



# BioLaw Journal

## Rivista di BioDiritto

1 20

*Special Issue*

*a cura di L. Busatta e  
M. Tomasi*



**Special Issue || Un diritto per la pandemia**

The online Journal about law and life sciences

# BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

**Editor in chief:** Carlo Casonato

**Steering Committee:** Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

**Scientific Committee:**

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vauchez, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

**Associate Editors:** Lucia Busatta and Marta Tomasi

**Editorial Boards:**

**Trento:** Lucia Busatta, Marta Fasan, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Marta Tomasi.

**Ferrara:** Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo

**Parma:** Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Simone Gabbi, Valentina Gastaldo, Gabriele Maestri, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Michele Tempesta, Paola Torretta, Veronica Valenti.

Email: [biodiritto@gmail.org](mailto:biodiritto@gmail.org)  
Website: [rivista.biodiritto.org/ojs](http://rivista.biodiritto.org/ojs)

**Peer review system:** All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

May 2020  
ISSN 2284-4503  
© Copyright 2020



Università degli Studi di Trento  
Via Calepina, 14 – 38122 Trento  
Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



**Front cover:** Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5<sup>th</sup> century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

**Cover design:** Marta Tomasi

## BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

### Special Issue n. 1/2020

#### Table of contents

<b>Editoriale. Riemergere dall'emergenza: la resilienza del pensiero giuridico contro le cicatrici del CoViD-19</b> .....	1
<i>Lucia Busatta, Marta Tomasi</i>	
<b>SEZIONE 1 – EMERGENZA E PROVE DI TENUTA ISTITUZIONALE</b>	
<b>Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus</b> .....	7
<i>Antonio D'Aloia</i>	
<b>Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio</b> .....	13
<i>Antonio D'Aloia</i>	
<b>Emergenza sanitaria ed orientamento democratico: questioni di metodo e di lavoro</b> .....	27
<i>Luca Buscema</i>	
<b>Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19</b> .....	35
<i>Giovanni Comazzetto</i>	
<b>Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale</b> .....	43
<i>Roberto Ravì Pinto</i>	
<b>Funzionalità delle istituzioni e impedimento dei titolari. Note sulla supplenza in tempo di epidemia</b> .....	51
<i>Giulio Santini</i>	
<b>La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus</b> .....	61
<i>Francesco Torre</i>	
<b>Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione</b> .....	71
<i>Lavinia Del Corona</i>	
<b>Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate</b> .....	79
<i>Stefano Ceccanti</i>	
<b>Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione</b> .....	83
<i>Giacomo Menegatto</i>	



<b>Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19</b> .....	89
<i>Giacomo Mingardo</i>	
 <b>SEZIONE 2 – GLI STRUMENTI DI GOVERNO DELLA CRISI SANITARIA</b>	
<b>Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus</b> .....	95
<i>Edoardo Raffiotta</i>	
<b>La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del CoViD-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano</b> .....	105
<i>Laura Fabiano</i>	
<b>Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria</b> .....	119
<i>Antonio Iannuzzi</i>	
<b>Le fonti della crisi: fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da CoViD-19</b> .....	135
<i>Luca Dell'Atti, Giuseppe Naglieri</i>	
<b>Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità</b> .....	145
<i>Alessandro Lauro</i>	
<b>Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19</b> .....	153
<i>Giulio Battistella</i>	
<b>Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”</b> .....	161
<i>Andrea Vernata</i>	
<b>La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza CoViD-19 in Italia</b> .....	167
<i>Elena Falletti</i>	
<b>Coronavirus, spostamenti, motivazioni, autocertificazione</b> .....	173
<i>Felice Ancora</i>	
<b>Emergenza sanitaria CoViD-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti</b> .....	177
<i>Vittoria Scarpa</i>	

### SEZIONE 3 – CENTRO E PERIFERIE: LE REGIONI DELL’EPIDEMIA

<b>L’emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione</b> .....	183
<i>Giovanni Di Cosimo, Giacomo Menegus</i>	
<b>Epidemia e differenziazione territoriale</b> .....	201
<i>Marco Betzu, Pietro Ciarlo</i>	
<b>Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell’emergenza CoViD-19</b> .....	209
<i>Fabio Francesco Pagano</i>	
<b>Sui raccordi tra livelli di governo in tempo di emergenza</b> .....	219
<i>Francesco Severa</i>	
<b>Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell’emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità diseguale</b> .....	227
<i>Carlo Ciardo</i>	
<b>Un’illegittimità troppo breve per essere accertata? Note minime su due ordinanze contingibili e urgenti in materia di sanità pubblica della regione Basilicata</b> .....	239
<i>Federico Ponte</i>	
<b>Il TAR in via cautelare non sospende l’ordinanza che vieta l’attività fisica. Nota a TAR Campania, sez. V, n. 01048/2020 del 18.03.2020, Pres. Scudeller</b> .....	243
<i>Camilla Della Giustina</i>	

### SEZIONE 4 – L’AGO DELLA BILANCIA: TRA INTERESSI PUBBLICI E DIRITTI FONDAMENTALI

<b>Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una “prima analisi” antropologico-giuridica</b> .....	249
<i>Christian Crocetta</i>	
<b>Il «diritto umano alla scienza» e l’emergenza da CoViD-19</b> .....	259
<i>Valentina Zambrano</i>	
<b>La dimensione costituzionale dell’emergenza: come l’epidemia moltiplica le disuguaglianze</b> .....	269
<i>Carla Maria Reale</i>	
<b>La legalità penale nella morsa dell’emergenza Coronavirus</b> .....	281
<i>Carmelo Rizzo</i>	

<b>Urne rinviate per il CoViD-19: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute</b> .....	293
<i>Gabriele Maestri</i>	
<b>L'ombra del <i>Cigno Nero</i> sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19</b> .....	301
<i>Pasquale Serrao d'Aquino</i>	
<b>Epidemie, diritti fondamentali e doveri dell'individuo</b> .....	309
<i>Ludovica Poli</i>	
<b>Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?</b> .....	315
<i>Matteo De Nes</i>	
<b>Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza CoViD-19</b> .....	321
<i>Adele Palma</i>	
<b>La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica</b> .....	327
<i>Marta Tomasi</i>	
<b><i>Salus rei publicae</i> e <i>salus animorum</i>, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del Coronavirus</b> .....	339
<i>Matteo Carrer</i>	
<b>La scuola ai tempi del CoViD-19. Una prima lettura del decreto-legge n. 22 del 2020</b> .....	345
<i>Paolo Maci</i>	
<b>Diritti individuali e doveri di solidarietà: la <i>new economy</i> durante l'emergenza. Brevi spunti di riflessione</b> .....	351
<i>Massimiliano Baroni</i>	
 <b>SEZIONE 5 – AT THE BED SIDE: SCELTE TRAGICHE E RISORSE LIMITATE</b>	
<b>La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?</b> .....	359
<i>Laura Palazzani</i>	
<b>CoViD-19: criteri etici</b> .....	371
<i>Lorenzo D'Avack</i>	
<b>Pandemia da CoViD-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio della foresta</b> .....	379
<i>Giuseppe R. Gristina, Luciano Orsi, Marco Vergano</i>	

<b>Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del CoViD-19</b> .....	399
<i>Alessandra Pisu</i>	
<b>Eutanasia e CoViD-19. Perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio</b> .....	451
<i>Alessandro Ferrara</i>	
<b>Le ricerche scientifiche durante l'emergenza sanitaria (il CoViD-19). Quale base giuridica per l'arruolamento dei pazienti?</b> .....	425
<i>Luigi Rufo</i>	
<b>Farmaci <i>off label</i> e sperimentazione clinica: l'emergenza CoViD-19 svela le potenzialità del dato normativo</b> .....	433
<i>Francesca Cerea</i>	
<b>L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative</b> .....	441
<i>Caterina Di Costanzo, Vladimiro Zagrebelsky</i>	
<b>Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del CoViD-19</b> .....	447
<i>Ludovica De Panfilis, Silvia Tanzi, Massimo Costantini</i>	
<b>Tragic choices in the time of pandemics</b> .....	453
<i>Paolo Sommaggio, Samuela Marchiori</i>	
 <b>SEZIONE 6 – LA GESTIONE GLOBALE DELLA PANDEMIA</b>	
 <b>IL RUOLO DEGLI ORGANISMI INTERNAZIONALI</b>	
<b>La pandemia globale di CoViD-19: riflessioni sul ruolo dell'OMS</b> .....	459
<i>Ilja Richard Pavone</i>	
<b>La scienza oltre i confini: obblighi di cooperazione internazionale nel campo della ricerca in relazione alle epidemie e alle pandemie</b> .....	483
<i>Simona Fanni</i>	
<b>Il Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS alla prova dell'emergenza CoViD-19</b> .....	515
<i>Giulia Perrone</i>	
<b>CoViD-19 &amp; the international health regulations: the fallout of a multinational framework</b> .....	521
<i>Lauren Tonti</i>	

**IL RUOLO DEGLI ORGANISMI DELL'UNIONE EUROPEA**

<b>Le prime risposte dell'Unione Europea alle conseguenze economiche della crisi CoViD-19</b> .....	527
<i>Marco Dani, Agustin José Menéndez</i>	

<b>What can we expect from the EU legal framework in a pandemic outbreak?</b> .....	541
<i>Iñigo de Miguel, Elena Atienza-Macías</i>	

<b>Coronavirus ed Unione europea: i dispositivi IPCR e la <i>task force</i> del 2 marzo 2020</b> .....	547
<i>Antonella Galletti</i>	

**SEZIONE 7 – LA MISURA E IL MODO DELL'AGIRE: PRECAUZIONE, COMUNICAZIONE E INFORMAZIONE**

<b>Rischio, contagio e responsabilità. Sulla sconsideratezza penalmente rilevante (dall'esperienza in materia di HIV al CoViD-19)</b> .....	551
<i>Andrea Perin</i>	

<b>Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da CoViD-19</b> .....	563
<i>Tullia Penna</i>	

<b>Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa</b> .....	571
<i>Simone Franca</i>	

<b>Comunicare la scienza "in tempo di guerra": il ruolo degli esperti in pubblico e quello della formazione</b> .....	579
<i>Massimiano Bucchi</i>	

<b>La soglia della postmodernità biologica. Epidemia di CoViD-19 tra tecnologie politiche e comunicazione</b> .....	581
<i>Anna Maria Campanale</i>	

<b>La Repubblica degli Scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus</b> .....	587
<i>Alessia Farano</i>	

<b>L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione</b> .....	591
<i>Alessandra Donati</i>	

<b>Il principio di precauzione ai tempi del CoViD-19 tra "rischio" ed "emergenza"</b> .....	597
<i>Teresa Pasquino</i>	

<b>Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria</b> .....	603
<i>Clara Silvano</i>	
<b>SEZIONE 8 – PRESSURE TEST: LA DIMENSIONE DELLE NEW TECHNOLOGIES</b>	
<b>La regola, l'eccezione e la tecnologia</b> .....	609
<i>Amedeo Santosuosso</i>	
<b>La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoVid-19?</b> .....	617
<i>Roberto Caso</i>	
<b>Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito</b> .....	623
<i>Francesco Paolo Micozzi</i>	
<b>La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilievi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di <i>fake news</i> relative al CoVid-19 sul <i>web</i> e sui <i>social network</i>»</b> .....	635
<i>Benedetto Ponti</i>	
<b>La <i>task force</i> per le <i>fake news</i> sul CoVid-19 tra protezione del diritto all'informazione e ipotesi di censura del <i>web</i></b> .....	653
<i>Luca Rinaldi</i>	
<b>Doppio taglio: il diritto d'informazione ai tempi dell'emergenza CoVid-19</b> .....	667
<i>Alessandro Zaffanella</i>	
<b>La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus</b> .....	677
<i>Marta Fasan</i>	
<b>La <i>data protection</i> ai tempi del Coronavirus tra prevenzione dei reati e repressione del contagio</b> .....	685
<i>Massimo Farina</i>	
<b>Telemedicina ed emergenza sanitaria: un grande rimpianto per il nostro Paese</b> .....	691
<i>Carlo Botrugno</i>	

**SEZIONE 9 – LOOKING AROUND: LE ESPERIENZE STRANIERE**

<b>Un'«imposizione democratica»: l'ordinamento costituzionale tedesco di fronte alla pandemia .....</b>	<b>697</b>
<i>Irene Domenici, Tim Rohmann</i>	
<b>Crisis del Coronavirus y estado de alarma en España .....</b>	<b>703</b>
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
<b>Le misure di “lockdown”, la libertà di movimento e lo stato di diritto durante la pandemia di CoViD-19 in Inghilterra .....</b>	<b>709</b>
<i>Riccardo Labianco</i>	
<b>Against ideology? Examining social rights in Ireland during times of crisis .....</b>	<b>715</b>
<i>Charles O’Sullivan</i>	
<b>Portugal: fighting CoViD-19 in the edge of Europe .....</b>	<b>723</b>
<i>Vera Lúcia Raposo</i>	
<b>CoViD-19 pandemic in Sweden: measures, policy approach and legal and ethical debates .....</b>	<b>731</b>
<i>Ana Nordberg, Titti Mattsson</i>	
<b>Chinese CoViD-19 epidemic prevention and control measures: a brief review .....</b>	<b>741</b>
<i>Li Du, Meng Wang</i>	
<b>The struggle against the CoViD-19 pandemic in Macao .....</b>	<b>747</b>
<i>Vera Lúcia Raposo, Man Teng long</i>	
<b>Stati Uniti d’America e CoViD-19: alcune fasi della gestione di una pandemia annunciata .....</b>	<b>753</b>
<i>Maurizio Di Masi</i>	
<b>The Brazilian government’s actions against the CoViD-19 .....</b>	<b>761</b>
<i>Sthéfano Bruno Santos Divino</i>	
<b>La emergencia de salud pública internacional derivada del Coronavirus (CoViD-19) y las reacciones normativa y fáctica brasileñas: un panorama a partir de la ley 13.979/2020 .....</b>	<b>765</b>
<i>Thomaz Fiterman Tedesco, Roberto Dias</i>	
 <b>CONCLUSIONI</b>	
<b>Riflessioni sul post-pandemia da Sars Cov-19 .....</b>	<b>775</b>
<i>Silvio Garattini</i>	

## Riemergere dall'emergenza: la resilienza del pensiero giuridico contro le cicatrici del CoViD-19

Lucia Busatta, Marta Tomasi

### 1. E fu così

I primi mesi del nuovo anno si preannunciavano intensi dal punto di vista giuridico, da diverse prospettive. Mentre l'Italia risultava impegnata nelle discussioni intorno al perfezionamento del procedimento per il riconoscimento di forme di autonomia differenziata avviato da alcune Regioni e ai tentativi di ristrutturazione del Parlamento attraverso una modifica costituzionale, il Regno Unito lasciava l'Unione europea allo scoccare della mezzanotte del 31 gennaio, transitando così nella nuova era della Brexit. A livello globale, il "fenomeno Greta" e i Fridays for future sembravano aver risvegliato la coscienza collettiva, ponendo al centro le questioni relative alla tutela dell'ambiente e ai doveri della politica mondiale nei confronti delle nuove generazioni. Accanto a ciò, si discuteva (e lo si fa ancora, ampiamente) dei nuovi contratti di lavoro e delle sfide della *new economy*. Anche il dibattito sulla gestione del fenomeno migratorio, nel nostro Paese (ma non solo), proseguiva incessantemente, dividendo i fronti politici.

Anche il più specifico ambito del biodiritto era impegnato con le difficoltà e le tensioni che emergono dall'impiego delle neuroscienze, dai dilemmi della salute mentale, dalle pratiche di gestazione per altri, dalle innovazioni in campo genetico (per tutti si pensi alla tecnica CRISPR/Cas9) o della medicina rigenerativa, dai bilanciamenti sottesi all'obbligo vaccinale e, più in generale, dalla necessità di assicurare la sostenibilità dei sistemi sanitari di fronte

all'avanzamento tecnologico e al pluralismo valoriale. Quesiti con i quali ci era parso di aver familiarizzato, come quelli sulla disciplina del suicidio medicalmente assistito, alimentati però negli ultimi anni di nuova linfa (con l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale) si affiancavano al dispiegarsi di potenzialità inedite, come quelle dell'intelligenza artificiale, che continuavano a svelarsi, pervadendo l'indagine giuridica. A tutte queste tematiche si sono rivolte le pagine degli ultimi fascicoli pubblicati da questa Rivista.

Il mondo, insomma, era in grande fermento.

Eppure, improvvisamente, l'urgenza di tutto questo è stata congelata. Ci siamo trovati sbalzati in una nuova realtà sospesa, caratterizzata dai tempi lunghi e dilatati della permanenza domestica e dall'intensità del traffico cibernetico e virtuale, nel quale le relazioni sociali si alimentano di gigabyte. Il contesto che si è creato ha richiamato, per un verso, *topoi* letterari noti, dagli untori di manzoniana memoria, a scene che ricordano da vicino alcuni passaggi del romanzo *La peste* di Camus. A tratti, le notizie che si rincorrevano, soprattutto nella prima fase dell'emergenza pandemica, sembravano richiamare la trama di qualche apocalittico film hollywoodiano.

Lasciando da parte le citazioni letterarie o cinematografiche, però, quello che conta è che ciò che il mondo si è trovato a fronteggiare nei primi mesi del 2020 è decisamente inedito. Si pensi solamente alla sospensione delle attività didattiche in presenza per le università e per le scuole di ogni ordine e grado, non solo nel nostro Paese, ma nella maggior parte degli ordinamenti europei e anche oltreoceano.

Mentre, timidamente, ci affacciamo alle misure che progressivamente consentiranno un rallentamento del distanziamento fisico – unica arma efficace contro il virus attualmente in possesso

dell'umanità – la pubblicazione di questo fascicolo ci consente di “fotografare” i principali ambiti del dibattito giuridico che la prima fase dell'emergenza pandemica ha generato.

## 2. Le ragioni di una *Special issue*

L'idea per un'edizione speciale di *BioLaw Journal*, dedicata alle questioni giuridiche legate all'epidemia, è nata verso la fine di febbraio 2020, pochi giorni dopo la conferma del primo caso autoctono di CoViD-19 e l'istituzione delle prime zone rosse. Non ancora del tutto consapevoli della dimensione della crisi che stavamo vivendo, abbiamo pensato di sollecitare l'avvio di un dibattito giuridico sulle principali questioni legate all'emergenza sanitaria e, seguendo una consolidata consuetudine stilistica della nostra Rivista, abbiamo deciso di sollecitare l'invio di contributi brevi, agili e focalizzati su specifiche questioni.

La risposta alla Call for Instant Forum non solo ci ha positivamente impressionato, ma ci ha tenuti significativamente impegnati durante le settimane del *lockdown*, servendo un po' da salvagente. In risposta alla call, sono pervenuti oltre un centinaio di scritti, inviatici da tutta Italia, ma anche da alcuni colleghi all'estero (fra i primi contributi stranieri, ad esempio, abbiamo ricevuto gli scritti dal Brasile e dalla Spagna). Fra questi, sono stati selezionati quelli che, oltre ad una complessiva tenuta sul piano argomentativo, presentavano un taglio originale e la trattazione di profili specifici dell'emergenza.

Il rapido susseguirsi degli avvenimenti, la continua evoluzione delle strategie di gestione della pandemia e il crescente volume dei materiali a disposizione hanno determinato un incessante flusso di ricezione di proposte, nonostante i termini iniziali previsti per la risposta alla Call fossero scaduti. L'ampio spettro di questioni trattate e la ricchezza dei contributi visti nel lo-

ro insieme ci hanno suggerito, dapprima, di anticipare gli scritti sul nostro sito, per renderli immediatamente fruibili, e, poi, di raccogliere, riorganizzare e rielaborare tutti i materiali ricevuti in un fascicolo *ad hoc*. La speranza è che questo, pur nella sua natura *istantanea* e forse proprio grazie ad essa, possa rappresentare un significativo punto di avvio per alcune riflessioni su un tema che – a partire dalla tutela della salute – ha finito per coinvolgere e travolgere ogni possibile profilo della regolazione giuridica, dall'equilibrio istituzionale, ai rapporti tra privati.

## 3. La struttura del fascicolo

La natura dinamica del percorso che ha condotto alla redazione del presente fascicolo ha reso indispensabile sistematizzare i moltissimi contributi raccolti, offrendo un filo conduttore che possa accompagnare la consultazione del volume. Due sono le chiavi di lettura indispensabili per orientarsi nella varietà e multiformità dei materiali che si presentano.

Da un lato, la scelta è stata quella di individuare delle “sezioni tematiche” che, senza la pretesa di tracciare confini definiti, consentono di ricondurre le questioni affrontate a categorie e terreni classici del discorso giuridico. La prima sezione (*Emergenza e prove di tenuta istituzionale*) offre una visione grandangolare dal punto di vista delle istituzioni, descrivendo le scosse sismiche che l'emergenza ha prodotto e le forme di resistenza che si sono cercate di sviluppare nell'immediato.

La seconda sezione (*Gli strumenti di governo della crisi sanitaria*) è composta, invece, da una serie di scritti con i quali gli autori si sono interrogati sulle fonti impiegate per gestire l'emergenza e sui loro impieghi legittimi e illegittimi. I commenti, riflettendo l'ampiezza del dibattito costituzionale che in questi mesi si è

andato consolidando, presentano, in taluni passaggi, posizioni discordanti in riferimento alla tenuta del principio di legalità, dando così concretezza delle diverse opzioni interpretative in campo.

L'attenzione di numerosi contributori, poi, si è catalizzata intorno alle questioni dei rapporti fra lo Stato centrale e le autonomie dei territori. Ne risultano analisi che mettono bene in luce la difficoltà di trovare un punto di equilibrio fra l'esigenza di evitare una Babele di soluzioni che creano disuguaglianza, non solo sanitaria, e quella di rispettare le ragioni della differenziazione e, quindi, le istanze decisionali autonome (*Centro e periferie: le regioni dell'epidemia*).

Una delle parti centrali del fascicolo, perché va al cuore dei ragionamenti che questa emergenza ha sollecitato, è dedicata alla questione dei bilanciamenti fra diverse posizioni e dimensioni, quella individuale delle libertà e quella collettiva della salute *in primis* (*L'ago della bilancia: tra interessi pubblici e diritti fondamentali*). Un'impostazione, peraltro, che può essere del tutto rovesciata se si considera che è verso la tutela della salute individuale che ogni sforzo si è mobilitato, determinando un sacrificio inevitabile alla sfera sociale. Emerge quindi l'inestricabile legame fra queste due dimensioni e il rapporto biunivoco fra diritti e doveri che a vicenda si alimentano.

All'interno di questo orizzonte, trova collocazione un focus specifico che affronta una delle questioni che stanno alla base delle invasive limitazioni delle libertà personali che abbiamo imparato a conoscere. Il fatto che l'Italia non abbia potuto evitare di rispondere in maniera particolarmente rigorosa al crescere dei contagi trova motivo, con buona probabilità e almeno in certa misura, nel fatto che il Servizio sanitario nazionale si sia trovato, almeno nelle prime convulse fasi, largamente impreparato a gestire

l'emergenza. In questo senso, i contributi raccolti in questa parte (*At the bedside: scelte tragiche e risorse limitate*) analizzano i rischi dell'ineluttabilità di alcune decisioni a fronte di un contesto caratterizzato da risorse scarse e, a motivo dei trascorsi investimenti pubblici poco lungimiranti, insufficienti a garantire, in certi frangenti, anche il nucleo fondamentale di alcuni diritti.

A fianco di queste sezioni, che analizzano i movimenti tellurici prodotti dall'emergenza prevalentemente nel sistema giuridico nazionale, trova collocazione una sezione che amplia lo sguardo, muovendo dalla gestione dell'epidemia verso quello della pandemia (*Il ruolo degli organismi internazionali e dell'Unione europea*). In questa sede, gli Autori mettono in luce la centralità del ruolo e dell'operato delle organizzazioni internazionali, non mancando di evidenziarne, in riferimento ad alcuni aspetti, profili di debolezza e criticabilità. A queste riflessioni si legano quelle più specifiche che riguardano le declinazioni assunte dal principio di solidarietà – primariamente finanziaria – nell'ambito dell'Unione europea.

Oltre alla forma e alla sostanza, questa crisi ha fortemente chiesto di dedicare attenzione alla misura e al modo degli interventi che sono parsi inevitabili. È così che il principio di precauzione, le modalità di comunicazione (anche della scienza) e i doveri di informazione sono diventati un capitolo autonomo di questa raccolta (*La misura e il modo dell'agire: precauzione, comunicazione e informazione*). All'interno di questo si intrecciano riflessioni che interessano competenze diverse sul punto dei rapporti fra costruzione delle politiche pubbliche e ruolo direttivo dei saperi scientifici.

Nello strumentario dei mezzi per affrontare la crisi, poi, il ruolo forse più promettente pare oggi essere rivestito dalle nuove tecnologie, che

si pongono come funzionali al contrasto della diffusione del virus (si pensi al tracciamento dei contatti ma anche allo sviluppo dei vaccini) e all'elaborazione delle terapie per neutralizzarlo. Le *new technologies*, che da sempre stimolano il diritto a interrogarsi, rivalutarsi e adattarsi, paiono assurgere, nel momento attuale più che mai, a mezzo di garanzia della sopravvivenza di ognuno. I contributi dedicati a queste tematiche (Pressure test: *la dimensione delle New Technologies*) valorizzano le potenzialità alle quali si è fatto cenno, senza arrendersi, però, a una tecnocrazia priva di alternative e alimentando, al contrario, il ragionamento vigile e critico.

Nel fedele rispetto dello spirito che anima questa Rivista, infine, la parte conclusiva del fascicolo (*Looking around: le esperienze straniere*) offre uno spaccato della realtà globale, proponendo dei brevi report relativi alle misure di contrasto alla diffusione del virus adottate in alcuni ordinamenti paradigmatici in Europa e nel mondo. Pur nella parzialità del quadro presentato, gli spunti avanzati forniscono preziose coordinate di base, indispensabili per lo sviluppo di più sistematiche riflessioni future.

La seconda chiave di lettura che abbiamo promesso riguarda la natura dei contributi ospitati. Questo fascicolo raccoglie infatti due tipi di scritti.

Il primo è quello classico dell'*Essay*, che presenta riflessioni più articolate e strutturate, supportate da più estesi apparati bibliografici. Il secondo è quello del *Forum*: si tratta in questo caso di pezzi più brevi e agili, che affrontano, nell'immediatezza della richiesta avanzata con la Call, questioni puntuali e specifiche. La lettura combinata di queste due forme di scritti, il cui insieme permette di collocare e comprendere il fenomeno dell'emergenza, consente di disporre di quadri di riferimento vasti, all'interno dei quali effettuare incursioni puntiformi che toc-

cano una molteplicità di aspetti del vivere, non solo giuridico.

In definitiva, l'immagine complessiva del fascicolo riflette a pieno la scelta, solo in parte imposta dai tempi, di preferire la vivacità dell'immediatezza al rigore strutturale, per il quale, semplicemente, non è ancora momento.

#### 4. Una prospettiva panottica

Come detto in apertura, i dibattiti giuridici di inizio anno sono stati bruscamente interrotti o, almeno, hanno subito un significativo rallentamento. Anch'essi si sono trovati immersi, come ognuno di noi, nella realtà sospesa con la quale abbiamo ormai familiarizzato.

Eppure, la dimensione generativa che è insita in ogni crisi ha fatto sì che il pensiero non rimanesse immobile e fosse solo riorientato, rimodulato in base alle specificità di questa nuova realtà. Facendo eco alla dimensione pandemica della crisi prodotta dal diffondersi del virus SARS-CoV-2, questo fascicolo offre una prospettiva panottica della ricerca, che avvicina più scienze e discipline (biologia, filosofia, sociologia, diritto costituzionale, penale, civile, amministrativo, comparato...), più generazioni di studiosi (dai giuristi "in erba", ai professori ordinari) e più realtà geografiche.

L'aspirazione, evidentemente, non è quella di esaurire alcunché, ma, piuttosto, di porsi come un punto di partenza per gli approfondimenti che per lungo tempo ci accompagneranno. Con un sentito ringraziamento alle collaboratrici della Rivista, che si sono impegnate con celerità e precisione nell'impaginazione dal fascicolo, non possiamo non esprimere la nostra gratitudine per i colleghi delle redazioni e, soprattutto, per i nostri referee, vera garanzia del rigore scientifico della Rivista.

Vi lasciamo, quindi, alla lettura delle pagine che seguono con la speranza che la storia biologica

di questo virus sia breve, ma con la certezza che la traccia (o la cicatrice) che questo ha lasciato nelle riflessioni del mondo del diritto sia dura a cancellarsi.

*Editorial*





## Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus

**Antonio D'Aloia**

Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Parma.

Mail: [antonio.daloia@unipr.it](mailto:antonio.daloia@unipr.it).

### 1. Uno scenario inedito

È la prima volta che ci troviamo in uno scenario del genere. Finora lo abbiamo sempre e solo immaginato, talvolta con quel senso di astrazione e di lontananza che accompagna le riflessioni su argomenti che ci sembrano praticamente estranei alla nostra possibilità di esperienza.

L'epidemia da Coronavirus ci ha spinto a dover ridurre, limitare, posporre tutta una serie di diritti e libertà fondamentali (lavoro, studio, circolazione, riunione, partecipazione ai culti religiosi, libertà personale, libertà di impresa), per l'obiettivo di proteggere la salute individuale e collettiva<sup>1</sup>.

I provvedimenti adottati ci hanno catapultato in un'emergenza che abbiamo sempre ritenuto un concetto su cui fare esercitazioni meramente teoriche, rimaste tali (almeno nel nostro Paese) anche dopo l'11 settembre, che forse è stato l'unico momento in cui il tema dei poteri di emergenza è sembrato assumere una configurazione concreta, misurabile, in qualche modo capace di incidere su alcuni aspetti della nostra vita.

Ma appunto, alcuni aspetti. Il pericolo virale è invece "totale", copre ogni possibile manifestazione delle nostre esistenze, dal lavoro (ricongestito nella formula "smart", grazie ad

Internet<sup>2</sup>) alla scuola al tempo libero, finanche alle relazioni familiari. È un nemico invisibile, subdolo, anche nel suo nascondersi per qualche giorno prima di rivelare la sua scomoda e contagiosa presenza.

### 2. Il diritto tra ragionevolezza e "paura"

Siamo ormai molto oltre il quadro teorico immaginato da Cass Sunstein nel suo *Il diritto della paura*<sup>3</sup>.

Il diritto è chiamato a fronteggiare un'emergenza che è globale e locale al tempo stesso, in bilico tra due rischi: l'insufficienza delle misure, con i rischi di collasso del sistema sanitario e delle esigenze di prevenzione; oppure una eccessività delle medesime, con rischi enormi ed incalcolabili per il sistema economico e sociale.

Tra questi rischi anche quello di un diritto che si arrende alla "paura" alla logica della prevenzione a tutti i costi, creando una spirale (la paura «contagiosa», come «incendio che divampa», dice Sunstein) che potrebbe essere tutt'altro che facile controllare nei suoi sviluppi.

Una delle difficoltà maggiori di questa situazione è che stiamo decidendo in un contesto di incertezza su troppe cose rilevanti: come avviene il contagio e perché si sta sviluppando così rapidamente (soprattutto da noi) nonostante le misure fin qui adottate, quali cose si possono fare con meno rischi, qual è il livello oltre il quale il sistema sanitario potrebbe non reggere l'urto di questa epidemia, come i rischi sanitari interagiscono con quelli economici, sociali.

Non basta la precauzione. Non dobbiamo semplicemente evitare o prevenire i problemi; ci siamo già dentro. Viviamo in una di quelle

<sup>1</sup> Si veda V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, del 27 febbraio 2020).

<sup>2</sup> V. T.E. FROSINI, *Un accesso libero e gratuito a internet tutela i diritti, scienza e tecnica ci aiutano*, in *Il Dubbio*, 12 marzo 2020.

<sup>3</sup> C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, trad. it., Bologna, 2010.

distopie finora soltanto immaginate dal cinema e dalla letteratura. I danni prodotti da questa epidemia sono già attuali e catastrofici.

Stiamo scoprendo la fragilità estrema delle nostre vite individuali e collettive così apparentemente solide e sicure.

La comunicazione ha oscillato tra eccessi di preoccupazione ed eccessi di ottimismo. Fino a qualche giorno fa abbiamo assistito ad una confusione di linguaggi e di opinioni che a volte è sembrata sottovalutare la portata del problema, a volte ha richiamato concetti che spaventano. Come è stato scritto su un autorevole quotidiano<sup>4</sup>, «siamo passati dallo psicodramma collettivo, alla sbornia minimizzatrice dell'hashtag #milanononsiferma, ancora alle nuove crisi di panico di fronte all'accelerazione dei contagi».

Come valutare le misure contenute nei provvedimenti adottati dal Governo, soprattutto quelli che hanno trasformato l'intero Paese in una zona protetta (vale a dire l'Ordinanza del 9 marzo 2020 e il Dpcm 11 marzo 2020: provvedimenti tutti basati sul D.L. 23/2/2020 n. 6)?

Nello spazio di pochissimi giorni siamo passati da una zona rossa limitata nel territorio e nella popolazione di riferimento, ad una "chiusura" dell'intero Paese.

Che cosa è successo per cambiare prospettiva così rapidamente, praticamente in 2/3 giorni?

La situazione è così drammatica che sembra non avere senso adesso chiedersi se le misure adottate siano coerenti con quella logica di ragionevolezza, proporzionalità, non eccessività che dovrebbe sempre contrassegnare le decisioni limitative dei diritti e delle libertà fondamentali.

<sup>4</sup> F. PRISCO, *Il coronavirus passerà, ma è una cosa seria e serve responsabilità: non facciamo come don Ferrante*, in *IlSole24ore*, 7 marzo 2020.

<sup>5</sup> V., ad es., l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania dell'8 marzo 2020, su cui le notazioni

Tuttavia, questa escalation di misure emergenziali, cambiare così radicalmente l'estensione e la portata delle misure di emergenza da un giorno all'altro, senza nemmeno verificare quali risultati potessero avere le misure inizialmente adottate, sembra quantomeno tradire un'istruttoria frettolosa e insufficiente; oppure un "non detto" che non può che rendere lo scenario ancora più preoccupante.

Le scene di sabato 7 marzo alla stazione di Milano, dopo la "pubblicazione" di un decreto non ancora ufficialmente pubblicato (uscirà in Gazzetta il giorno dopo), la "fuga" di migliaia di persone verso i propri comuni di origine (con le reazioni "formali" di alcune autorità locali<sup>5</sup>) 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, sul quale, quando tutto sarà finito, bisognerà riflettere.

Il senso di unità (e il rispetto delle regole) adesso deve essere totale. Le polemiche non servono a niente. Quando sarà possibile, però, bisognerà mettere in fila gli errori, i ritardi, le scelte sbagliate, le disposizioni oscure e incomprensibili, quel "procedere a vista" che ha contrassegnato le prime settimane della battaglia contro il virus, le cause prossime e remote (penso soprattutto alla politica sanitaria di questi ultimi 25/30 anni) che hanno fatto del nostro Paese, nonostante il livello e la qualità del suo sistema sanitario (in particolare nelle zone più colpite dal virus), l'anello debole della catena dell'epidemia (ormai pandemia) nel mondo senza confini.

critiche di V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 10/3/2020.

Per quanto tempo potranno reggere queste misure così drastiche? Questa sospensione quasi totale di libertà, possibilità di vita, attività? È ragionevole mantenere un medesimo regime giuridico per situazioni così radicalmente diverse (sia nella dimensione in termini assoluti del contagio che nel tasso giornaliero di crescita, a livello di decine di volte), come ad esempio la Lombardia o l'Emilia-Romagna, e alcune aree del Sud, come Molise, Basilicata, Calabria, Sardegna, alcune aree interne della Campania?

Sono domande che si ha quasi timore a fare. Sembrano inutili, o peggio fuori posto; tuttavia è bene farsele e cominciare a ragionare sulle possibili risposte.

### 3. La Costituzione di fronte all'emergenza

Soprattutto bisognerà riflettere su come adeguare il diritto e i suoi strumenti alla categoria dell'emergenza. Perché potrebbe succedere ancora, e sarebbe assurdo ripetere gli stessi errori. Molte Costituzioni hanno regole e procedure sull'emergenza. La Cost. spagnola, ad esempio, prevede, nell'art. 116, tre diversi stati di emergenza (allarme, eccezione, assedio), definendo procedure diverse anche nel raccordo tra azione del Governo e poteri del Parlamento e dei suoi organi.

In Francia, una legge del 3 aprile 1955, n. 55-385 (modificata recentemente dopo gli attacchi terroristici di Parigi) stabilisce che «[l]o stato di emergenza può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio metropolitano o dei dipartimenti d'oltremare, o nei casi di pericolo imminente risultanti da gravi problemi di ordine pubblico, o nel caso di calamità o eventi di eccezionale rilevanza e gravità».

La stessa Costituzione del 1958 contiene ben due disposizioni relative agli stati di emergenza: l'art. 16, secondo cui «[q]uando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione,

l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e 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 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, il Presidente del Senato, sessanta deputati o sessanta senatori, di verificare se le condizioni di cui al primo comma sussistano. 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»; l'altro articolo è il 36, che regola lo «Stato d'assedio» e il trasferimento di alcuni poteri all'autorità militare: «Lo stato d'assedio è decretato dal Consiglio dei ministri. Non può essere prorogato oltre dodici giorni senza autorizzazione del Parlamento».

L'Italia invece non ha norme costituzionali per emergenze del tipo di quella che stiamo vivendo. L'art. 78 della Costituzione si riferisce allo «stato di guerra», e i tentativi di interpretazione

estensiva di questo concetto non sono mai arrivati ad immaginare situazioni come quella in atto<sup>6</sup>.

Forse norme emergenziali implicite possono rinvenirsi nell'art. 16, dove si prevede la limitazione della libertà di circolazione da parte della legge, «in via generale», per motivi di sanità e sicurezza; e nel successivo art. 17, che consente di vietare le riunioni per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica. In entrambi i casi, il range semantico è sufficientemente ampio per contenere misure ordinarie (on in tempi ordinari), ovvero provvedimenti adatti alle circostanze eccezionali in corso.

Abbiamo dovuto inventare un diritto parlamentare “speciale”, assolutamente inedito, per consentire il voto di autorizzazione allo scostamento di bilancio. Com'è noto, la Conferenza dei capigruppo ha deciso all'unanimità che alla seduta dell'11 marzo 2020 partecipassero solo 350 deputati, scelti in modo da garantire – accanto al numero legale richiesto per quel tipo di deliberazione – la proporzionalità fra i gruppi parlamentari.

Anche qui alla fine l'intenzione era sicuramente apprezzabile: e cioè garantire il numero legale per la validità di una deliberazione fondamentale e ineludibile che ha bisogno (in base all'art. 81/2 della Cost.) del voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti; senza contare che la decisione, almeno in teoria, non impediva ad altri parlamentari diversi da quelli “selezionati”, di presentarsi in parlamento per lo svolgimento dei propri compiti di mandato.

Per il futuro però, conviene progettare e inserire nei regolamenti parlamentari (se occorre anche

sulla base di una indicazione costituzionale) una serie di procedure che possano permettere al Parlamento di svolgere il suo ruolo, simbolicamente decisivo soprattutto in questi casi straordinari, con strumenti adeguati alle circostanze e idonei a mettere a disposizione di tutti i parlamentari la possibilità di esprimere il loro voto, di rappresentare l'interesse generale, secondo tempi e modalità compatibili con la straordinarietà dei contesti. Come ha scritto S. Curreri, il concetto di “presenza” di cui all'art. 64, in circostanze eccezionali come quelle che abbiamo di fronte, può essere declinato anche nelle forme non necessariamente fisiche oggi permesse dalle tecnologie della comunicazione<sup>7</sup>.

Dall'art. 78 Cost. it., secondo me, si può e si deve prendere il modello<sup>8</sup>. Il Governo in prima linea, con i suoi apparati, i suoi strumenti normativi (primo fra tutti, secondo la nota teoria espositiva, il decreto legge, che comunque richiede un intervento delle assemblee parlamentari in sede di conversione, e anche questo procedimento potrebbe essere disciplinato in modo speciale quando si svolge in condizioni davvero emergenziali ed eccezionali), la sua maggiore rapidità di azione; il Parlamento a decidere preventivamente (per quanto possibile) i confini dei “poteri necessari” e delle conseguenti limitazioni delle libertà fondamentali.

Ad ogni modo, il Parlamento non può chiudere; meno che mai in circostanze come questa. Occorre definire preventivamente un diritto parlamentare dell'emergenza, fatto di voto telematico a distanza, forme di espressione delle opinioni, organismi “rappresentativi” straordinari, come la Deputazione Permanente prevista

<sup>6</sup> P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Digesto discipline Pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993.

<sup>7</sup> S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *La Costituzione.info*, 11 marzo 2020.

<sup>8</sup> C. FRESA, nel volume *Provvisoria con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, 113 ss., ne parlava come di una «contronorma di chiusura del nostro ordinamento».

dall'art. 78 della Cost. spagnola, modificazioni alle procedure di voto nei casi "dichiarati" di emergenza.

#### 4. Le scelte di allocazione delle risorse sanitarie e il valore della vita

L'emergenza più grave è in questi giorni (ancora) quella sanitaria. La rapidità di diffusione del contagio, la corsa (finora) inarrestabile del virus ha messo sotto stress la capacità di tenuta del sistema sanitario. Troppi malati, non si riesce a garantire a tutti le stesse prestazioni; sarà sempre peggio fin quando non invertiamo la curva del contagio.

Ha fatto discutere un documento della SIAARTI, del 6 marzo 2020, recante *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 questo documento si ipotizza «uno scenario in cui potrebbero essere necessari 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»; si parla addirittura di "medicina delle catastrofi", sottolineando che «l'allocazione in un contesto di grave carenza (*shortage*) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di privilegiare la "maggior speranza di vita"».

In altre parole, per la SIAARTI il criterio "first come, first served" potrebbe non essere quello più ragionevole in una situazione straordinaria di

squilibrio tra domanda e risorse. Bisogna considerare altri elementi come «il tipo e la gravità della malattia, la presenza di comorbidità, la compromissione di altri organi e apparati e la loro reversibilità».

È una rappresentazione pratica di quelle "scelte tragiche" che sono state all'origine del discorso bioetico. Pensiamo all'accesso alla emodialisi agli inizi degli anni '60, alle decisioni allocative in tema di trapianti di organi. "Chi potrà vivere quando non tutti possono vivere?", si diceva allora.

Il tema è profondo e difficile; e non riguarda solo l'emergenza del CoViD-19. La forbice tra possibilità scientifiche e tecnologiche di allungamento della vita e sostenibilità economica dei sistemi sanitari è destinata fatalmente ad allargarsi, soprattutto in rapporto alle cure sperimentali per malattie ad alta diffusione come quelle oncologiche. Si pensi al modello del *payment for value* introdotto per alcuni farmaci sperimentali oncologici come criterio per razionalizzare l'intervento pubblico di presa in carico della relativa spesa.

Il diritto non può retrocedere rispetto al principio che il valore di una vita non può essere "graduato". Non ci sono vite che valgono più di altre, e che meritano di essere salvate a preferenza rispetto ad altre.

La dignità umana non può essere misurata, a meno che non sia lo stesso soggetto a chiedere di far prevalere una sua personale visione della vita e della dignità, che lo porta a rifiutare o chiedere di interrompere una cura (anche attraverso una DAT<sup>9</sup>), o addirittura a chiedere di essere aiutato a morire (come ora viene ammesso dalla Corte Costituzionale Italiana e, in termini ancora più diretti, da quella tedesca: il riferimento, per la Corte Costituzionale italiana, è alle notissime ord. 207/2018 e sent. 242/2019; per il BVG alla

<sup>9</sup> V. D. RODRIGUEZ, *Il Coronavirus e le DAT*, in *Quotidiano Sanità*, 11 marzo 2020

recentissima pronuncia n. 2 BvR 2347/15 del 26 febbraio 2020).

Ciò posto, il documento della SIAARTI introduce criteri che non hanno a che fare con le condizioni personali del malato (come potrebbero essere età, condizioni familiari, presenza o meno di figli,...) ma piuttosto con valutazioni cliniche, legate alla presenza di altri processi patologici, alla gravità dello stato di malattia, alla possibilità di un risultato di reversibilità delle compromissioni riscontrate.

Sono scelte durissime, complicate. Forse quello della SIAARTI è un grido d'allarme per dire: "facciamo tutto il possibile per non arrivare a questa situazione". Qualora però dovessimo arrivarci, non me la sento di escludere che questi criteri

abbiano una loro (estrema, eccezionale) ragionevolezza.

Comunque vada, questa epidemia lascerà un segno indelebile nella coscienza collettiva. Non necessariamente negativo se non smetteremo di riflettere su quello che è successo, se impareremo dagli errori che sicuramente ci sono stati in questa vicenda e, più in generale, nei nostri modelli di vita e di organizzazione sociale<sup>10</sup>.

Intanto, il CoViD-19 non è il primo e non sarà l'ultimo dei problemi sanitari che il mondo globalizzato e interconnesso ci restituirà con puntualità sempre più ravvicinata. Succederà ancora. Facciamoci trovare pronti

(17 maggio 2020)

<sup>10</sup> Vedi le riflessioni di R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info*, 12 marzo 2020.

## Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio

Antonio D'Aloia\*

POST SCRIPTUM. CONSTITUTION AND EMERGENCY: TOWARDS THE END OF THE TUNNEL, WITH SOME HOPE AND SOME (PERSISTING) DOUBTS

ABSTRACT: Two months after the beginning of the toughest phase of the Coronavirus pandemic emergency, our country hardly begins to rebuild – as far as possible – that normalcy ripped by the sudden rapid evolution of the contagion. In this time, we have experienced the most imposing limitation of fundamental rights and freedoms since the war, a concentration of emergency measures like never before. This contribution, taking up the reflections carried out, in the first instance, in the essay “*Constitution and emergency. The Coronavirus experience*” carries out some additional reflections on the emergency management regulatory procedures, and on the impact it has had on the most important and fragile resources of a democratic society: the rights and freedoms constitutionally protected.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; emergency measures; Constitutional rights and freedoms; healthcare

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una postilla – 2. Parlare di diritti “nella tempesta”. La lezione di Capograssi – 3. Complessità e criticità della filiera normativa dell'emergenza – 4. Qualche dubbio sulla proporzionalità delle misure adottate – 5. La salute (quale idea di salute?) al vertice dei diritti. Noterelle sui rapporti tra scienza e politica nella gestione dell'emergenza – 6. Ragionare oltre la linea del “*here and now*” – 7. Scelte “tragiche” in un contesto di risorse limitate.

### 1. Le ragioni di una postilla

Il contributo al quale si aggiunge questa postilla è stato scritto il 14 marzo, subito dopo il provvedimento con cui tutto il territorio nazionale diventava “zona rossa” o “zona protetta”, nell'ambito del quale erano adottate, uniformemente, misure di contenimento del contagio pesantemente limitative di diritti e libertà fondamentali.

Da allora sono passati due mesi nei quali abbiamo vissuto una emergenza senza precedenti, impensabile. È difficile persino trovare le parole per spiegare l'enormità di questa pandemia. Le abbiamo usate tutte, abbiamo sperimentato l'intero vocabolario della paura e dello sgomento. Il CoViD-19 è davvero una di quelle “rotture” che attraversano la storia dell'umanità, in termini individuali e collet-

---

\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Parma. Mail: [antonio.daloia@unipr.it](mailto:antonio.daloia@unipr.it). Il presente lavoro è aggiornato al 17 maggio 2020.

tivi. È stato, ed è ancora, un evento di immensa tragicità (solo in Italia, oltre 200.000 contagiati e più di 30.000 morti), che oggi forse riusciamo a contrastare con maggiore efficacia (lo dimostrano l'incremento costante del numero dei guariti, e la drastica diminuzione dei malati gravi bisognosi di terapie intensive), anche se ancora ci sfuggono molte cose di questo nemico invisibile e potenzialmente "ubiquo"; un evento che spezza le vite individuali, si abbatte su famiglie, comunità, Paesi, diventa storia collettiva, dove paradossalmente i sentimenti condivisi sono la distanza, l'isolamento.

Anche sul piano del diritto, questa pandemia è stata una prova "estrema". Lo si è capito subito, e anzi è andata peggio di quanto non sperassimo all'inizio, quando –con una certa ingenuità– si pensava che saremmo ritornati dopo poche settimane ad una vita pressoché normale.

L'unico strumento che abbiamo avuto per combattere il contagio è stato uno strumento antico, il "confinamento"<sup>1</sup>, la rinuncia a tutta una serie di abitudini, comportamenti, modi di vita, che hanno sempre rappresentato le proiezioni quotidiane di libertà e diritti tutelati come fondamentali e inviolabili dalle nostre Costituzioni.

Se volessimo trovare un'immagine simbolica di questa "lacerazione" del tessuto giuridico, una delle più forti è quella della lunga fila di camion militari che portavano via da Bergamo, verso altre province, decine di bare con corpi che non potevano più essere seppelliti o cremati in Città: una cosa terribile, l'ultimo viaggio senza nessuno, per chi resta un dolore inespresso, che non può trovare nemmeno il conforto del saluto estremo.

Ha scritto Gabriella Luccioli<sup>2</sup> che «la morte è diventato un evento clandestino e solitario, che si consuma lontano dagli affetti, e ad essa è negato anche un funerale [...]. La fine della vita si risolve nell'anonimato di un numero che va ad alimentare una statistica e concorre ad accrescere la paura, perdendo definitivamente il suo significato profondo e la sua simbologia [...]»<sup>3</sup>.

Solo con il DPCM del 26 aprile 2020, è stata riammessa la possibilità di svolgere e di partecipare a cerimonie funebri. Forse poteva essere evitata, in quest'ultima normativa, l'asfissiante e un po' ridicola limitazione ai soli "congiunti" (peraltro non più di 15) della possibilità di partecipare al funerale. Una sorta di "burocrazia del dolore" di cui davvero non si sentiva il bisogno.

<sup>1</sup> Lo ricorda A. BARBERO nella splendida *lectio* di apertura del Salone del Libro, *Conseguenze inattese su come l'umanità reagisce alle catastrofi*, pronunciata il 14 maggio scorso.

<sup>2</sup> Nel suo intervento al forum *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *giustiziainsieme.it*, 2 aprile 2020. Anche il CNB, nel Parere su *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"* (8 aprile 2020), ha parlato di una «prova terribile a cui sono sottoposti gli ammalati terminali, senza la possibilità di poter salutare per l'ultima volta i propri cari. Oltre a negare l'accompagnamento alla morte del malato, l'epidemia rende impossibile a chi è rimasto di poter condividere il proprio dolore, attraverso il rito del funerale. Anche queste ferite dolorose, oltre a molte altre, lasceranno il segno nel vissuto delle persone e delle comunità».

<sup>3</sup> Ho trovato bellissima ed emozionante questa riflessione di D. MARAINI, *Il sacrificio del più debole*, in AA.VV., *C'è un posto nel mondo. Siamo noi*, Milano, 2020, 126: «[n]el mondo contadino, [...] il lutto veniva condiviso e in qualche modo festeggiato: si mangiava per ribadire l'importanza della vita, si beveva per calmare il dolore, si parlava al moribondo per raccomandargli di stare bene e tranquillo nel paradiso che si era meritato. I bambini poi erano in prima fila ad assistere alla cerimonia e non venivano allontanati come si fa oggi con l'idea che non debbano essere turbati. Senza pensare ai turbamenti che li assalgono nei continui rituali di morte violenta che vengono loro propinati dai fumetti e dalle immagini in video. Nell'iconografia attuale i morti fanno paura, [...]. E questo non ci fa bene, perché il rapporto con i morti è importante per i vivi. Un Paese che non conserva un buon rapporto coi morti, cancella il suo rapporto più profondo con la memoria».

Mi è sembrato utile perciò lasciare intatto quel primo contributo, provando (appunto, con una postilla) a inserire, in diversi punti, considerazioni integrative o precisazioni di alcuni concetti e punti di vista, tenendo conto di quello che è successo, e del dibattito che si è sviluppato in questi due mesi.

## 2. Parlare di diritti “nella tempesta”. La lezione di Capograssi

Parlare di diritti in questa emergenza è stato effettivamente diverso, più complicato.

Normalmente, le nostre riflessioni sui diritti, o sulla violazione dei diritti, ci vedono quasi sempre come osservatori esterni, “spettatori” spesso critici di un ordinamento, di un caso, di una scelta legislativa o amministrativa o di una decisione giurisdizionale che quasi mai ci tocca direttamente.

Oggi invece significa parlare drammaticamente di noi. Siamo stati (e siamo ancora) soggetti al centro della scena, al tempo stesso destinatari delle finalità protettive e vittime di misure che, per intensità, insieme dei diritti e delle libertà coinvolti, diffusione globale, tra le persone e i territori, non sono paragonabili a niente del passato.

Peraltro, il timore è che tutto questo non sia una parentesi, che ad un certo punto la chiudiamo e tutto torna esattamente come prima. Solo quando sarà disponibile un vaccino sarà possibile mettere la parola “fine” a questo bruttissimo film (e forse nemmeno allora, perché il virus può cambiare, presentarsi con forme diverse, per le quali il vaccino potrebbe non avere la stessa efficacia): e non è facile immaginare quale mondo e quale Paese troveremo a quel punto, su che cosa sarà possibile ricostruire, e come.

La verità è che siamo sull’orlo di una discontinuità antropologica, oltre che sociale e giuridica, nella quale vengono messi in gioco, senza conoscere perfettamente le regole del gioco stesso, alcuni degli elementi più autentici e preziosi con cui siamo soliti definire la nostra dimensione esistenziale.

Nondimeno, proprio in questo momento, dovremmo forse cominciare a pensare che questa situazione, che ci sembra così assurda, quasi ai limiti dell’irreale, è una situazione che quotidianamente, ogni anno, milioni di persone vivono, spesso con una gravità ancora più pesante, in quei tanti angoli del mondo dove la fame, la sete, la mancanza di difese contro malattie da noi ormai debellate, colpiscono duro nel silenzio e nell’indifferenza di molti.

Un saggio di Padre Andrea Vicini sull’ultimo numero di *Civiltà cattolica*<sup>4</sup> ci ricorda che solo nel 2018 ci sono stati 219 mln. di casi di malaria, e 435.000 morti di cui il 61% bambini con meno di 5 anni; sempre nello stesso scorcio di tempo, 10 mln. di persone si sono ammalate di tubercolosi, con oltre 1,2 milioni di morti.

Bernard Henry Levy<sup>5</sup> ricorda che la fame e la mancanza di beni e servizi essenziali (come l’acqua, i servizi igienici) restano ancora, scandalosamente, la principale causa di morte in molte zone nel mondo della connettività infinita. Eppure, i dati di questa tragedia sembrano nascosti, «notizie cadute nel dimenticato della follia legata al Coronavirus».

Il fatto di essere i protagonisti involontari di una tragedia servirà forse a darci una idea molto più diretta e profonda di quale sia il valore di quelle normali espressioni di libertà che oggi ci sono impediti.

<sup>4</sup> A. VICINI, *Vivere ai tempi del Coronavirus*, in *La Civiltà Cattolica*, I, 2020, 521 ss.

<sup>5</sup> B.H. LEVY, *La Pandemia e l’altro pianeta*, in *Repubblica*, 8 maggio 2020.

Mi viene in mente la frase con cui Capograssi apre nel 1950 la sua profonda e bellissima riflessione su *Il diritto dopo la catastrofe*<sup>6</sup>. Allora fu un'altra catastrofe: quella di aver creduto che gli uomini fossero classificabili per razza, e che «il diritto è semplicemente forza, lo scopo che vince nella storia, puro mezzo», che «non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità».

Ma è molto attuale quello che Capograssi dice appunto all'inizio della sua riflessione: «[...] il diritto la libertà il valore dell'individuo e delle libere spontaneità della sua vita sono come l'aria e la luce: chi si accorgeva di questi beni quando c'erano?»; e aggiunge, «[s]arebbe preferibile che non ci fosse bisogno delle catastrofi per capire; ma l'uomo è fatto in modo che ha bisogno della terribile pedagogia della storia...Il guaio è che, per capire, questa è condizione necessaria ma non sufficiente».

### 3. Complessità e criticità della filiera normativa dell'emergenza

Da pochi giorni, sulla base del DPCM 26 aprile 2020, si è avviata la c.d. fase 2, una timida riapertura di quegli spazi di vita chiusi o limitati nel periodo più duro della diffusione del virus. E ulteriori significativi allentamenti delle restrizioni adottate con i decreti di marzo sono stati disposti dal d.l. 33/2020 pubblicato in G.U. il 16 maggio, e dal DPCM del 17 maggio: dopo questi due provvedimenti, in realtà, è possibile cominciare a parlare di una vera e propria (mancano davvero poche cose) “fine della quarantena”<sup>7</sup>.

Molte cose sono state in questi due mesi corrette e integrate “in corsa”.

La filiera normativa ha assunto dimensioni colossali, difficilmente catalogabili (12 Dpcm, 10 decreti legge, più di 60 provvedimenti adottati dal Ministero della Salute, dal Dipartimento della protezione Civile e/o da altri Ministeri, oltre 200 ordinanze o comunque provvedimenti regionali, un numero imprecisato di provvedimenti locali).

Non sempre ha brillato per chiarezza: ci sono state incertezze terminologiche, una sovrapposizione a tratti confusa di provvedimenti provenienti da varie Autorità (nazionali, regionali, locali), una comunicazione istituzionale che ha in più occasioni riproposto uno schema – francamente inaccettabile – in cui provvedimenti normativi molto importanti e delicati sul piano sociale ed economico venivano annunciati e descritti 1/2 giorni prima della loro effettiva pubblicazione ed entrata in vigore, a volte con conseguenze pericolose sul piano della stessa efficacia delle misure adottate (basti pensare alla “fuga” dalla stazione di Milano la sera di sabato 7 marzo).

<sup>6</sup> G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, 177 ss.

<sup>7</sup> È il titolo di testa della Repubblica del 18 maggio 2020. L'art. 1 del d.l. 33/2020 stabilisce che «[a] decorrere dal 18 maggio 2020, cessano di avere efficacia tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli artt. 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e tali misure possono essere adottate o reiterate, ai sensi degli stessi articoli 2 e 3, solo con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica»; il secondo comma dello stesso articolo conferma che restano vietati, fino al 2 giugno 2020, gli spostamenti in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente ci si trova, salvo che per le ragioni già previste dal DPCM del 26 aprile. Sul punto, l'art. 6 del Dpcm, in modo alquanto confuso, sembra invece confermare l'attuale regime limitativo degli spostamenti tra le Regioni almeno fino al 15 giugno.

Nel contributo del 14 marzo io avevo espresso, in forma interrogativa, qualche perplessità innanzitutto sulle modalità con cui questa filiera normativa si è materializzata. A distanza di 2 mesi, questi dubbi non sono venuti meno, anzi, per certi versi, si sono rafforzati.

Sul piano istituzionale questa emergenza ha prodotto uno schiacciamento e una torsione della forma di governo sul Potere esecutivo. In parte era inevitabile: è così per ogni emergenza. Ma appunto, solo in parte.

Non sono stato l'unico ad esprimere dubbi sull'uso eccessivo (anzi quasi esclusivo) dello strumento del DPCM in luogo di atti normativi di carattere primario. Molti lo hanno fatto, in modo anche più diretto.

A queste critiche, si è opposta la tesi della doppia fondazione di questi atti sul Codice di protezione civile e sui decreti legge adottati dal Governo a partire dalla fine di febbraio a seguito della dichiarazione di emergenza del 31 gennaio (il primo è stato il d.l. 6/2020)<sup>8</sup>.

Una tesi sicuramente solida sul piano formale, non c'è dubbio. Effettivamente, la catena normativa può essere rigorosamente ricostruita attorno a queste basi "primarie", costituite da atti con forza di legge (il T.U. 1/2018 e i decreti legge CoViD-19). È il Testo Unico, come è stato ricordato, ad affidare al Governo la dichiarazione dello stato di emergenza (art. 24, da leggere in combinato disposto con l'art. 7, comma 1, lett. c).

Ma davvero questa emergenza può essere paragonata a quelle che hanno costituito l'esperienza di riferimento della normativa sulla protezione civile poi racchiusa nel Codice? Un terremoto, una inondazione, una calamità naturale di qualsiasi tipo, a parte la normale connessione di tutti i casi fin qui accaduti con segmenti parziali di territorio e popolazione, sono essi stessi, da soli, a scaricare la loro potenza distruttiva sulle vite e sui diritti delle persone coinvolte: il compito della politica normalmente è quello di "ricostruire" per quanto possibile (e nella maniera più rapida possibile) la normalità, ri-aprire le scuole, le chiese, le fabbriche, le attività commerciali e professionali, dove sono state distrutte; consentire nei limiti del possibile il rapido ritorno a condizioni abitative minimamente dignitose. In altre parole, dopo un'emergenza "ordinaria" (se mi si passa il termine vagamente "ossimorico"), il lavoro delle Autorità è "espansivo", proiettato verso la restituzione e la riapertura di quello che l'emergenza ha brutalmente cancellato, impedito, bloccato.

Con la Pandemia invece, questa sequenza ha sperimentato una inedita inversione. Le Autorità hanno dovuto chiudere, vietare, sospendere attività economiche, possibilità di vita, comportamenti quotidiani, esperienze relazionali e comunitarie, secondo modalità mai sperimentate prima.

Il segno dell'intervento pubblico è stato per due mesi quello della riduzione degli spazi di libertà, in nome dell'esigenza sicuramente fondamentale di tutelare la vita e la salute attraverso la riduzione della curva del contagio.

Per questo penso che, forse, un'emergenza di questo tipo, proprio per il suo impatto così singolare e incomparabile (anche nella sua "straordinarietà"), oltrepassa i confini della normativa base della protezione civile: è stato, è, e sarà (anche per gli effetti sul piano economico e sociale) un caso assolutamente unico, che meritava fin dall'inizio una diversa gestione degli strumenti normativi di emergenza.

---

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020, 12 ss.

Non è una guerra: credo anch'io che certe metafore possano valere solo in chiave retorica. Tuttavia, non abbiamo mai vissuto niente di simile dal dopoguerra ad oggi. Non siamo mai riusciti nemmeno ad immaginare una cosa così nelle nostre riflessioni teoriche sui poteri emergenziali.

In questo senso, il criterio formale mi sembra insufficiente per legittimare la catena normativa e lo stesso fatto che la dichiarazione dello stato di emergenza del Governo, del 31 gennaio scorso, non sia stata preceduta e accompagnata da una presa di posizione del Parlamento, quale organo rappresentativo della sovranità popolare.

Per questo, nel mio precedente contributo, insistevo sul fatto che l'art. 78, certamente in sé inapplicabile ad un'ipotesi lontana da quella bellica immaginata dai Costituenti, avrebbe potuto rappresentare almeno un modello (cioè semplicemente un termine di paragone), incentrato su due elementi minimali che in questa vicenda sono stati abbastanza disinvoltamente superati: la decisione parlamentare sullo stato di emergenza (emergenza bellica, in quel caso), e sui suoi limiti – temporali e sostanziali –<sup>9</sup>; il carattere “necessario” dei poteri conferiti al Governo, che a mio modo di vedere implica comunque, al di là dell'apparente estensione della nozione di ciò che è necessario, un profilo di proporzionalità, non eccessività, ragionevolezza, mancanza di alternativa delle misure adottate rispetto alla gravità del problema e al bilanciamento degli interessi in gioco; in altre parole, una logica del limite.

Approfittando della postilla, voglio precisare un punto che è stato, in alcune letture, travisato. Il richiamo dell'art. 78 come modello non significa (almeno non era e non è questo il mio pensiero) estendere *tout court* l'art. 78 fuori dal caso di “guerra”.

Nello stesso articolo affermo infatti che «[l]’art. 78 della Costituzione si riferisce allo “stato di guerra”, e i tentativi di interpretazione estensiva di questo concetto non sono mai arrivati ad immaginare situazioni come quella in atto».

Inoltre, nel descrivere lo sviluppo che potrebbe avere questo “modello”, considero il decreto legge come strumento “ordinario” di intervento (idoneo ad assumere, quando è strettamente necessario rapporto alla straordinarietà del caso, contenuti derogatori rispetto a norme costituzionali o comunque di eccedere «i limiti del disciplinabile con legge ordinaria»<sup>10</sup>); e il d.l. è sottoposto al controllo del PDR in sede di emanazione, e del Parlamento in sede di conversione (a parte poi il controllo della Corte Costituzionale nei limiti ammessi dalla sua stessa giurisprudenza, a partire dalla notissima sent. 29/1995)<sup>11</sup>.

Sta di fatto che nel caso dell'emergenza CoViD-19, questa garanzia è stata bypassata da un modello diverso, in cui il Governo (sebbene con un atto normativo “primario” sottoposto al controllo del Par-

<sup>9</sup> Vedi il classico lavoro di M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969.

<sup>10</sup> Secondo la nota teoria di C. ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, ora in Id., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, 213-214, 240-241.

<sup>11</sup> Dunque, la preoccupazione (espressa da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 23) secondo cui «la dichiarazione dello stato di emergenza-guerra comporterebbe il medesimo, completo stravolgimento dell'ordinario funzionamento delle istituzioni che è determinato dalla dichiarazione di guerra-guerra», mi sembra forse eccessiva, almeno in rapporto all'idea che avevo prospettato, vale a dire quella di tener conto che anche nell'ipotesi (certamente più estrema di quella attuale) della guerra, il Governo deve muoversi sulla base e nell'ambito di un indirizzo parlamentare.

lamento) ha delegato al Presidente del Consiglio l'adozione di misure fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali; e prima ancora lo stesso Governo ha dichiarato lo stato di emergenza.

Soprattutto il primo d.l. (n. 6 del 23 febbraio) poi, era di fatto una "disposizione in bianco", quasi "meramente attributiva di potere", e ciò ha fatto giustamente parlare di uno slittamento progressivo, una sorta di «effetto domino: il decreto legge al posto della legge, l'atto amministrativo al posto del decreto legge»<sup>12</sup>. Solo con il DL 19 del 25 marzo alcune evidenti "sbavature" del precedente decreto venivano almeno in parte corrette, attraverso una più precisa e tassativa declinazione delle tipologie di misure limitative e l'eliminazione della c.d. "clausola in bianco" («le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento dell'emergenza»), il superamento dell'originaria "limitazione territoriale" delle misure di contenimento alle specifiche aree "rosse", la trasformazione della violazione delle misure di contenimento da illecito penale in illecito amministrativo (con l'eccezione della contravvenzione di inosservanza della quarantena), il tentativo di ridimensionare il caos normativo locale ponendo un deciso limite al potere normativo derogatorio delle Regioni, e alle ordinanze dei Sindaci («I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali [...]»).

Ora, non voglio certamente (né penso che sia utile adesso) mettere in discussione i provvedimenti adottati in questa emergenza. Credo però che si debba ragionare su un modello (adesso mi riferisco a quello disciplinato dal Codice della protezione civile) che, per situazioni come quella che stiamo vivendo, che sono assolutamente straordinarie per intensità, diffusione, impatto sui diritti e sulle libertà delle persone, è apparso – almeno a mio modo di vedere – troppo sbilanciato su una direzione governativa (e del suo Presidente), come ho detto probabilmente inevitabile, ma che forse avrebbe potuto meglio essere coordinata con modalità e provvedimenti più idonei a favorire un coinvolgimento degli altri Poteri dello Stato, e segnatamente degli organi parlamentari, anche per favorire un'assunzione di responsabilità collettiva e un clima di più forte solidarietà e coesione nazionale di fronte ad un fatto così epocale.

#### 4. Qualche dubbio sulla proporzionalità delle misure adottate

Nel contributo pubblicato come "first online" esprimevo già qualche dubbio sulla proporzionalità delle misure adottate<sup>13</sup>. Mi sono chiesto per quanto tempo potessero reggere queste misure così drasti-

<sup>12</sup> G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020.

<sup>13</sup> In senso conforme v. anche V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 10, secondo cui «una specifica attenzione all'osservanza dei criteri di proporzionalità (come necessità) e adeguatezza avrebbe forse determinato una più ragionevole gradazione delle misure limitative in ragione del diverso sviluppo, nelle differenti aree territoriali, dei focolai di epidemia, insieme ad un vaglio più attento del rapporto tra divieto e realizzazione dell'effetto mirato (criterio dell'adeguatezza). Alcuni divieti, così, inesistenti in altri ordinamenti – come, ad es., la passeggiata individuale o con componenti conviventi del nucleo familiare – avrebbero potuto più opportunamente essere surrogati da previsioni strumentali, relative al rispetto delle regole del cd. distanziamento sociale al fine di evitare pericolosi assembramenti, vietati dalla legge. A questo riguardo, costituisce un utile paradigma di riferimento, a livello comparato, di normazione emergenziale non pienamente conformata alla logica del Präventionsstaat (v. supra) quella rappresentata dal cd. "modello" tedesco. Nelle legislazioni territoriali dei singoli Länder, competenti *ratione materiae* a fronteggiare l'emergenza sanitaria, il sistema dei divieti previsti appare nel complesso meno

che, questa sospensione quasi totale di libertà, possibilità di vita, attività; se fosse ragionevole mantenere un medesimo regime giuridico per situazioni territoriali così radicalmente diverse (sia nella dimensione del contagio che nel tasso giornaliero di crescita, a livello di centinaia di volte). Come è stato detto, forse con una semplificazione che però rende molto bene il quadro reale della situazione, questo virus è stato una tragedia in Lombardia e in alcune aree del Nord Italia, un problema più o meno rilevante nel resto del Paese, con situazioni di sostanziale irrilevanza<sup>14</sup>.

Ad ogni modo, soprattutto nelle fasi più drammatiche della situazione emergenziale (a cavallo tra marzo e aprile), il peso dell'interesse collettivo alla tutela della salute e al contenimento del contagio, è apparso, da subito, schiacciante. I provvedimenti limitativi adottati dal Governo sono stati accolti in un clima di generale e indiscutibile condivisione, dove soprattutto all'inizio sembrava quasi inopportuno avanzare qualche critica o anche semplicemente qualche domanda. Le cose sono poi progressivamente cambiate nel tempo.

In un editoriale su *La Repubblica*, Michele Serra dava sinteticamente del "liberista" a chi aveva espresso qualche critica sull'operato del Governo, «uno che ha del tutto perduto di vista il concetto di limite, il concetto di società, il concetto di bene comune»<sup>15</sup>.

C'è un vecchio pregiudizio in queste parole: la separazione tra sfera economica e sfera sociale come se fossero due cose distinte, senza capire che dietro il dubbio se sia possibile mantenere, e per quanto, questo *lockdown* così generalizzato, c'è una preoccupazione che è innanzitutto sociale. Se le imprese chiudono, se il sistema economico collassa, saranno sempre i più deboli a pagare il prezzo più alto: con quale fisco contribuiremo a pagare le misure di sostegno; Per quanto tempo possiamo reggere, soprattutto un Paese che ha il nostro debito pubblico?

Qualche settimana fa, sul settimanale *The Economist*<sup>16</sup>, queste domande sono state poste, magari in modo troppo diretto, finanche brutale; ma non le possiamo eludere. È vero che una quota di disoccupazione e di fallimenti di imprese è un prezzo necessario da pagare per l'obiettivo di protezione che si vuole raggiungere, ma fino che misura? Se questa forma estrema di distanziamento sociale non dovesse riuscire a fermare la diffusione del contagio, quanto può durare? Quanto possiamo durare? Possiamo pensare di replicarla se il contagio dovesse ripresentarsi, o dovesse permanere su livelli significativi?

Non si tratta di mettere a confronto la vita umana, la salute da un lato, e l'economia dall'altro, come se fossero due "opposti". È un'alternativa posta in modo sbagliato: dietro l'economia ci sono milioni

---

rigoroso e più ispirato a paradigmi di proporzionalità ed alle connotazioni proprie della Costituzione liberal-democratica. Inoltre, non di rado è impiegato il modello della raccomandazione (atto privo, dunque, di regole di carattere obbligatorio assistite da sanzione) per dissuadere il singolo dal tenere condotte ritenute potenzialmente in grado di favorire il diffondersi dell'epidemia».

<sup>14</sup> Con il d.l. 33/2020, l'elemento della differenziazione e della proporzionalità con riferimento alla situazione effettiva del contagio comincia ad essere considerato come un dato di riferimento delle misure adottabili, sia per quanto riguarda eventuali limiti alla circolazione endo-regionale (possibili solo «con riferimento a specifiche aree del territorio medesimo interessate da particolare aggravamento della situazione epidemiologica»: art. 1, comma 1); sia per gli spostamenti extra-regionali, consentiti a partire dal 3 giugno, e limitabili solo con riferimento «a specifiche aree del territorio nazionale, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente in dette aree» (art. 1, comma secondo).

<sup>15</sup> M. SERRA, *Il fantasma della libertà*, in *La Repubblica*, 24 marzo 2020.

<sup>16</sup> A Grim Calculus. *The Stark Choices between life, death and economy*, in *The Economist*, 4 aprile 2020.

di vite, le loro speranze di futuro per sé e per i figli, la loro dignità sociale, la possibilità di mantenere un'esistenza libera e dignitosa come recita l'art. 36 della nostra Cost., in fondo la stessa salute in una delle tante manifestazioni sostanziali di questo "diritto-contenitore".

Come spiega Cass Sunstein, in *Fear's Law*, «la povertà e la disoccupazione non fanno bene alla salute»<sup>17</sup>. Il rischio è di entrare in uno di quei cortocircuiti della precauzione, nei quali il principio si mostra "incoerente" rispetto ai suoi stessi significati e motivazioni.

In un'intervista sul Times del 12 aprile, Lord Sumption, ex Giudice della Corte Suprema del Regno Unito, ha ragionato sui rischi di una paura che spinge «i governi a fare troppo», una «paura che ci impedisce di pensare ai costi più remoti delle misure necessarie per evitarle (si intende: le conseguenze dell'epidemia), misure che ci possono portare a disgrazie ancora più grandi e di natura diversa»<sup>18</sup>.

Le parole del Presidente del Parlamento tedesco, Wolfgang Schauble, contenute nell'intervista al quotidiano Süddeutsche Zeitung, sintetizzate nella frase simbolo «Se c'è un valore assoluto nella nostra Costituzione, questo è la dignità umana. Ciò tuttavia non esclude che noi dobbiamo morire», avevano questa direzione di senso: vale a dire invitare a riflettere in modo più attento ed equilibrato sulle misure adottate, sulla insostenibilità nel medio-lungo periodo del modello "lockdown", sulle pesantissime conseguenze che questa strategia può avere su tutta una serie di diritti fondamentali e di aspetti essenziali della dignità umana, oggi e domani; in altre parole, sulla possibilità di reggere il "costo" di queste misure così rigorose, su cui il nostro Paese è stato effettivamente all'avanguardia<sup>19</sup>.

La Svezia ha adottato un modello diverso; all'inizio criticato da tutti, da ultimo invece apprezzato dall'OMS. Il Paese non si è fermato, e pur tuttavia il dato (in termini di incidenza percentuale) sui contagi e sui morti è sicuramente migliore di quello italiano.

Poteva essere un'alternativa anche per noi? È difficile dirlo adesso. Quello che mi sento di dire è che, se tornasse di nuovo un'emergenza come quella di marzo, non credo che la scelta sarebbe ancora una volta quella di fermare tutto. Cominciamo ad avere un'idea del disastro che ci attende sul piano economico-sociale, che peraltro non sembra, al momento, adeguatamente affrontato nei provvedimenti di stampo economico-sociale adottati dal Governo. Tante misure, ma prive di una prospettiva strategica unitaria; e soprattutto, una certa preoccupante distanza (temporale e sostanziale) tra le

<sup>17</sup> Trad. it., C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010, 8.

<sup>18</sup> Afferma Lord Sumption nell'articolo: «[l]a verità è che nelle politiche pubbliche non ci sono valori assoluti, nemmeno la conservazione della vita. Ci sono solo pro e contro. Non permettiamo forse di circolare con le automobili, tra le armi più letali che siano mai state concepite, anche se sappiamo con certezza che ogni anno verranno uccise o mutilate migliaia di persone? Lo facciamo perché riteniamo che sia un prezzo che vale la pena pagare per muoversi in velocità e comodità. Ognuno di noi che guida è una parte tacita di quel patto faustiano. Nella migliore delle ipotesi, le misure di isolamento sono comunque solo un modo per guadagnare tempo». La traduzione italiana dell'articolo è stata pubblicata a questo link: <https://www.milanofinanza.it/news/lord-sumption-se-continua-cosi-la-cura-sara-la-minaccia-piu-pericolosa-per-l-umanita-202004062049205118>.

<sup>19</sup> Cfr., in tema, V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, del 6 maggio 2020; e, volendo, A. D'ALOIA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza...della confusione*, in *Giustamm*, 30 aprile 2020.

previsioni normative e la loro applicazione concreta (questo vale sia per le misure del d.l. “liquidità”, sia per la cassa integrazione o l’indennità per gli autonomi).

### 5. La salute (quale idea di salute?) al vertice dei diritti. Noterelle sui rapporti tra scienza e politica nella gestione dell’emergenza

Per come è stata gestita, questa crisi ci ha insegnato, o forse confermato, che le gerarchie tra i diritti esistono, e possono portare anche a sacrifici quasi totali di alcuni diritti per salvaguardarne altri, ritenuti evidentemente più fondamentali.

Nella sentenza n. 85/2013 (caso ILVA), la Corte costituzionale affermò che «[t]utti 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» (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».

Rispetto alla salute poi, il Giudice costituzionale mostrò chiaramente di non condividere l’assunto del giudice rimettente, 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. Nella visione della Corte, nemmeno «la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come “valori primari” (sentenza n. 365 del 1993) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. 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».

Alla fine, sono sempre i fatti ad avere una forza capace di sparigliare il gioco, a costringerci a ripensare opinioni e punti di vista che sembrano consolidati. Il Coronavirus ha portato allo scoperto una netta graduazione gerarchica tra diritti. Su tutti, la salute come bene supremo, visto nella sua doppia figurazione di diritto individuale e interesse collettivo.

È stato detto, e anche questa opinione ha un fondo di verità, che la salute è in realtà un diritto presupposto. Tutti gli altri diritti presuppongono lo stare bene in salute.

A parte il fatto che non è sempre così, perché ad esempio il “diritto di morire” (per molte Corti e per molti studiosi correlato intrinsecamente alla libertà personale del soggetto, alla sua dignità come autodeterminazione) difficilmente potrebbe rientrare in questa definizione, non posso non notare un certo paradosso in questa lettura “a senso unico” della salute.

La salute in realtà è un bene complesso, non riducibile alla sola integrità fisica o assenza di malattia. Com’è noto, l’OMS nel Preambolo del suo atto costitutivo (del 1946), definisce la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un’assenza di malattia o di infermità». Questa definizione ha avuto un ruolo importante nel sottolineare l’esigenza di curare le persone e non solo le malattie, e nel superare una concezione puramente biologica dei fenomeni morbosi.



L'OMS ha ulteriormente precisato nella Carta di Ottawa<sup>20</sup> che per conseguire uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, l'individuo o il gruppo devono essere in grado di identificare e realizzare le proprie aspirazioni, di soddisfare i propri bisogni, di modificare l'ambiente o di adattarvi.

La salute viene quindi vista come risorsa di vita quotidiana, in un'ottica che insiste sulle risorse sociali e personali oltre che sulle capacità fisiche, e la promozione della salute non è perciò responsabilità esclusiva del settore sanitario.

In questa emergenza, invece, si è tornati ad un'idea essenziale, "fisica", della salute: la salute come assenza o cura della malattia, come fuga dal contagio, e come interesse ad evitare il collasso del SSN (sulle cui mancanze organizzative poi si dovrà discutere).

Una gestione a senso unico della crisi, eppure questa è una crisi "totale", di quelle che invadono tutti gli spazi della vita pubblica e privata, in cui tutti gli aspetti (quello sanitario, quello economico, quello giuridico, quello psicologico e culturale) sono fortemente interconnessi, devono essere valutati nella loro complessità che è economica, sociale, "politica", non solo scientifica.

Abbiamo sempre pensato che un buon decisore politico, nel campo della tutela della salute, deve evitare quella che la Corte, in una non lontana sentenza (n. 282/2002), chiamò la «discrezionalità politica pura». Però – era sempre quella sentenza a dirlo – quando vengono in gioco «altri diritti e doveri costituzionali», lo spazio della discrezionalità politica inevitabilmente si allarga, l'orizzonte della decisione non può essere ridotto esclusivamente ai dati scientifici relativi ad uno specifico problema di salute (in particolare quando poi sono tutt'altro che certi e incontrovertibili, come in questo caso, per la natura inedita della minaccia virale).

Il *risk assessment*, in un contesto come quello che abbiamo davanti, ha tante variabili, che richiedono un bilanciamento complesso, con una forte dimensione politica ed economico-sociale. Il passaggio tra le diverse fasi di uscita dell'emergenza non può dipendere solo e automaticamente da un dato statistico (l'ormai famoso R0, ovvero il "numero di riproduzione di base", che misura la potenziale trasmissibilità del CoViD-19). Il "rischio zero" non esiste: tra questo e il rischio "eccessivo", ci sono molte tappe intermedie, appunto il concetto di rischio "calcolato" che è, dichiaratamente, alla base del recentissimo d.l. 33 del 16 maggio. Non è un terreno fatto solo di numeri o di dati oggettivi; ci sono le scelte, i bilanciamenti, la "politica".

## 6. Ragionare oltre la linea del "here and now"

Nel contributo oggetto di questa integrazione, dicevo ad un certo punto che quando sarà possibile, bisognerà mettere in fila gli errori, i ritardi, le scelte sbagliate, le disposizioni oscure e incomprensibili, quel "procedere a vista" che ha contrassegnato soprattutto le prime settimane della battaglia contro il virus, le cause prossime e remote (penso soprattutto alla politica sanitaria di questi ultimi 25/30 anni) che hanno fatto del nostro Paese, nonostante il livello e la qualità del suo sistema sanitario (in particolare nelle zone più colpite dal virus), uno degli anelli più deboli della catena dell'epidemia nel mondo senza confini. All'inizio si diceva "andrà tutto bene": non è stato così, non è andato tutto bene.

<sup>20</sup> Congresso internazionale sulla promozione della salute Ottawa, 17-21 novembre 1986.

Certo, l'unicità drammatica di quello che è successo non può non giustificare, almeno in parte, una certa intempestività nel comprendere il pericolo, e una certa inadeguatezza organizzativa nel contrastarlo e nel proteggere famiglie e cittadini.

Nondimeno, io non riesco a non farmi delle domande.

La prima: Se c'è una dichiarazione di emergenza il 31 gennaio, che già evidentemente è il frutto di un'analisi, di un'istruttoria su quello che stava succedendo in Cina da dicembre, nella quale è scritto che si «impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale», perché i primi provvedimenti risalgono al 21-22 febbraio? E quelli davvero rigorosi al primo fine settimana di marzo? Eppure, a gennaio avevamo già sotto gli occhi la crescita esponenziale dei contagi in Cina, vale a dire il modo di muoversi di questo virus, il suo procedere rapidissimo ed esponenziale.

Il Paese ha subito l'impatto violento del contagio con una evidente arretratezza e impreparazione per quanto riguarda i piani di prevenzione da parte del sistema sanitario italiano, le strategie complementari di contenimento dell'epidemia, come l'effettuazione diffusa, almeno per alcune categorie, di "tamponi" di accertamento della positività al CoViD-19, o l'acquisizione straordinaria (e senza limiti di costi) di risorse e strumenti per contrastare la diffusione del virus, di supporti di prevenzione: mascherine e altri mezzi di protezione personale, respiratori, strutture di ricovero straordinarie. Ancora oggi, dopo due mesi, siamo lontani dal mettere in atto l'utilizzazione dei meccanismi di *contact tracing* che avrebbero dovuto accompagnare l'avvio della c.d. fase 2.

Il secondo profilo problematico alla fine è proprio questo. Non si è avuta la sensazione di un lavoro che procedesse, com'era invece necessario, su entrambi i binari; quello del contenimento del contagio e quello della prevenzione in condizioni di necessaria convivenza con il virus dopo la fine del *lock-down*. Come ricorda Luciano Fontana, nella sua Prefazione al volume collettaneo *C'è un posto nel mondo. Siamo noi*, «[a]bbiamo cominciato a dubitare che chi ci governava stesse facendo i passi giusti. Che ci stesse ripetendo sempre la stessa cosa, "restate a casa", perché non riusciva a dirci nulla di più concreto e confortante in termini di misure efficaci per resistere, ma soprattutto per ripartire»<sup>21</sup>.

Invero, ci sono cause anche remote di questa impreparazione, che riguardano il progressivo svuotamento del sistema sanitario pubblico negli ultimi venti anni, il totale fallimento del discorso della prevenzione sanitaria come contenuto essenziale di una moderna strategia di tutela della salute.

È sempre il solito problema. La democrazia ha mostrato di volta in volta il suo totale schiacciamento sul presente, su ciò che serve, qui e ora, per mantenere o accrescere il consenso. Da anni sono stati lanciati avvertimenti anche molto circostanziati sul rischio di pandemie; ci siamo arrivati vicini nel 2003, e nel 2009, e molti documenti di organismi di indirizzo scientifico segnalavano la necessità di prepararsi per tempo, attraverso l'acquisto di scorte, predisposizione di strutture ospedaliere dedicate, l'adozione di protocolli di contenimento.

C'erano le avvisaglie della tempesta, ma abbiamo voluto aspettare di caderci dentro. Prevenire eventi come una pandemia non è redditizio a breve termine. Pertanto, non ci siamo premuniti né di mascherine né di test da eseguire massicciamente. E abbiamo ridotto la nostra capacità ospedaliera in nome dell'ideologia dello smantellamento del servizio pubblico.

<sup>21</sup> L. FONTANA, *Prefazione*, in AA. VV., *C'è un posto nel mondo. Siamo noi*, Milano, 2020, IX.

La crisi del CoViD-19, in questo senso, è anche l'ennesimo schiaffo al principio di sostenibilità, ai suoi significati più autentici, alle implicazioni che dovrebbe avere nel senso di una politica capace di prevenire i problemi, di farsi trovare pronta, investendo sul futuro, lavorando su problemi ed esigenze prevedibili, allungando lo sguardo oltre l'angusta linea del "here and now".

Se una cosa ci ha sbattuto in faccia questa emergenza, è che la salute di ciascuno riguarda tutti gli altri. Siamo tutti connessi in una relazione di interdipendenza. La salute è un bene comune globale e deve essere gestita come tale (a cominciare dal vaccino contro il CoViD-19, quando dovesse essere scoperto e validato<sup>22</sup>). Bisogna lavorare per uniformare i livelli, altrimenti nel mondo iperconnesso quello che accade in un angolo anche remoto può replicarsi velocemente dovunque.

Scriva Paolo Giordano che «questa pandemia non è affatto l'ultima, la «grande peste» che non tornerà per un altro secolo, al contrario: il riscaldamento globale promette la moltiplicazione delle pandemie tropicali, come affermano la Banca Mondiale e l'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (Ippc) da anni. E ci saranno altri coronavirus»; e aggiunge, «il contagio è un sintomo, l'infezione è nell'ecologia. [...] chi di noi può sapere cosa hanno liberato gli incendi smisurati in Amazzonia dell'estate scorsa? Chi è in grado di prevedere cosa verrà dall'ecatombe più recente di animali in Australia? Microrganismi mai censiti dalla scienza potrebbero aver bisogno urgente di una nuova patria. E quale terra migliore di noi, che siamo così tanti e saremo sempre di più, che siamo così suscettibili e abbiamo così tante relazioni, che ci muoviamo dappertutto?»<sup>23</sup>.

La sfida allora è ripensare il mondo dopo il CoViD-19. Lo diciamo da anni che il mondo va ripensato, ma c'è sempre tempo per farlo davvero; forse questa pandemia (proprio perché non è semplicemente un "intervallo", ma un "cambiamento"<sup>24</sup>, per il suo carattere pervasivo e trasversale ad ogni aspetto dell'esperienza umana e sociale) riuscirà a rendere realistico e anzi ineludibile ciò che finora è apparso utopico e irrealizzabile. In fondo, come ci ha ricordato Alessandro Barbero nella sua *lectio* prima richiamata, la reazione dell'umanità alle catastrofi ha generato il più delle volte conseguenze "inattese" e positive.

## 7. Scelte "tragiche" in un contesto di risorse limitate

Nell'ultimo paragrafo del contributo, ho parlato del documento della SIAARTI intitolato *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*.

Oggi, fortunatamente, quei giorni in cui il sistema sanitario è sembrato travolto dall'onda dei malati gravi di CoViD-19, sembrano passati. Il rapporto tra risorse di terapia intensiva e domanda di accesso si è stabilizzato su livelli adeguati di sostenibilità.

Ad ogni modo, il dibattito sui criteri etici di allocazione è troppo importante per essere accantonato. Potrebbe riproporsi, per questa o altre patologie.

<sup>22</sup> Vedi L. MANCONI, *Vaccino, bene dell'umanità*, in *La Repubblica*, 18 maggio 2020, 26, secondo cui «quel vaccino avrà, per la sopravvivenza di una parte significativa della popolazione mondiale e per la vita morale dell'intero Pianeta, un peso tanto rilevante quanto quello rappresentato dalla foresta amazzonica, e da altri patrimoni naturali, nell'assicurare il fabbisogno di ossigeno, e, con ciò, il "respiro del mondo"».

<sup>23</sup> P. GIORDANO, *Nel contagio*, Torino, 2020, 43-45.

<sup>24</sup> Così scrive E. MAURO, *Un nuovo Patto tra democrazia e welfare*, in *La Repubblica*, 18 maggio 2020, 27.



Sul tema, mi sembra importante sottolineare il parere adottato dal Comitato Nazionale di Bioetica in data 8 aprile 2020. Per il CNB, «ogni paziente va visto nella globalità della sua situazione clinica, tenendo in considerazione tutti i necessari fattori di valutazione. Ferma restando la priorità del trattamento secondo il grado di urgenza, altri fattori sono ordinariamente oggetto di valutazione: gravità del quadro clinico in atto, comorbidità, quadro di terminalità a breve, ecc. L'età, a sua volta, è un parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale. La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente [...] È importante poi che la decisione terapeutica concernente i diversi pazienti da trattare, secondo la gravità della loro patologia, sia per quanto possibile il frutto di un consulto tra più medici, per garantire il confronto tra diversi punti di vista ed una scelta la più corretta possibile, e, fatto altrettanto importante, per consentire di condividere la responsabilità ed il peso di una decisione che sarà sempre lacerante».

Condivido questa posizione; ma in fondo, a parte qualche improprietà testuale, anche il documento della SIAARTI non ha mai isolato il criterio dell'età, proponendo invece di considerarlo come elemento da valutare insieme alla presenza di comorbidità, e alle prospettive di "resource consuming"; in altre parole, il criterio di base è quello per cui la risorsa medica limitata va assegnata a chi se ne può giovare meglio e in più breve tempo, e nell'ambito di questo ragionamento l'età diventa un fattore importante nella valutazione di appropriatezza clinica, ma non da solo o automaticamente, altrimenti finirebbe col determinare una situazione discriminatoria legata aprioristicamente ed esclusivamente ad una condizione personale come l'età. Ho trovato personalmente apprezzabile il passaggio finale del documento del CNB in cui il Comitato scrive che «tra le tante persone vulnerabili, un'attenzione particolare va dedicata agli anziani. Va rimarcato il loro eguale diritto ad ottenere cure adeguate».

In questa ottica, mi sento di confermare che, per quanto sarebbe auspicabile che non ci fosse mai bisogno di dover prendere scelte così laceranti, l'impostazione del documento SIAARTI offre un punto di riferimento ragionevole, rispetto al quale è difficile immaginare alternative altrettanto valide e giustificabili.

## Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore

Luca Buscema\*

HEALTH EMERGENCY AND DEMOCRATIC ORDER: ISSUES OF METHOD AND VALUE

Abstract: New dangers – including emergent infectious diseases and tragic incidents of civilian mass casualties – pose serious and immediate threats to the population. This implies the need to identify a priori substantial limits within which the (temporary) suspension of fundamental human rights can possibly be arranged to protect individual and collective health.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; state of exception; fundamental rights; conflicting values

SOMMARIO: 1. Emergenza sanitaria e crisi dello Stato di diritto: note introduttive – 2. Lo “stato di eccezione”, le libertà e la solidarietà nel corso di una pandemia – 3. La gestione della crisi (non solo) sanitaria all’interno di un ordinamento democratico.

*«Il sole incessante, le ore dedicate al sonno e alle vacanze, non invitavano più come prima alle feste dell’acqua e della carne; suonavano vuote, invece, nella città chiusa e silenziosa; avevano perduto il metallico splendore delle stagioni felici. Il sole della peste stingeva tutti i colori e fuggava ogni gioia».*

(A. Camus, *La peste*)

### 1. Emergenza sanitaria e crisi dello Stato di diritto: note introduttive



Nel mondo ci sono state, in egual numero, pestilenze e guerre; e tuttavia pestilenze e guerre colgono gli uomini sempre impreparati<sup>1</sup>.

L’emergenza sanitaria che in questi giorni ha assunto le proporzioni di una vera e propria pandemia ha provocato, in uno con una drammatica esposizione a pericolo della vita di ciascuno, il

\* Abilitato a Professore di II fascia – Area 12/C1 – Diritto Costituzionale. Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo (lus 10) – Università degli Studi di Catania. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche – Curriculum: Rapporti interordinamentali e tutela dei diritti fondamentali (lus 08) – Università degli Studi di Messina. Docente a contratto Università degli Studi di Messina. Mail: [lbuscema@unime.it](mailto:lbuscema@unime.it). Il presente lavoro è aggiornato al 18 marzo 2020.

<sup>1</sup> A. CAMUS, *La peste*.

repentino crollo di alcune certezze proprie di uno Stato democratico e della c.d. “società del benessere”.

Si è giunti ad affermare che la situazione di crisi inverteasi (ovviamente, non solamente a livello nazionale) sia quanto di più assimilabile ad un evento di natura bellica, poiché causa di “stringenti” limitazioni ai diritti fondamentali della persona e perché potenziale minaccia alla pace e sicurezza internazionali.

Certamente, un’epidemia, specie se diffusa nell’ambito di territori già martoriati da guerre civili o da conflitti tra Stati sovrani, può contribuire a determinare l’insorgenza di nuovi fattori di instabilità interna ed a mettere a repentaglio il mantenimento di pacifiche relazioni internazionali.

In più, laddove precarie si dimostrino le tutele apprestate dall’ordinamento statale circa la consistenza ed effettività dei diritti umani, alle indicibili sofferenze causate dalla malattia si potrebbe accompagnare anche un ulteriore arretramento delle garanzie riconosciute in favore delle libertà civili.

Uno scenario che, però, pur essendo stato ravvisato in passato in occasione della propagazione dell’ebola all’interno del continente africano, non viene unanimemente accolto in dottrina.

Sembra, infatti, secondo una data corrente di pensiero, che risulti difficile identificare uno specifico legame intercorrente tra la diffusione di una malattia infettiva e possibili ripercussioni a livello di stabilità politico/istituzionale<sup>2</sup>; in più, aderendo alla tesi della sovrapponibilità concettuale, quanto a conseguenze ed effetti, tra epidemie e stato di belligeranza, potrebbe presentarsi il pericolo di “delocalizzare” – rimettendo, quasi esclusivamente, alle organizzazioni internazionali gli oneri di gestione della crisi – la responsabilità delle misure di contrasto, in particolare laddove la patologia infettiva sia (solo) endemica<sup>3</sup>.

In verità, quale che sia la propagazione territoriale del virus (confinato all’interno di una specifica e ben delimitata area geografica, ovvero largamente diffuso), il nemico invisibile da affrontare procura comunque una generalizzata sensazione di smarrimento, individuale e collettivo, ed impone di apprestare, con rapidità, misure di contenimento efficaci, capaci di neutralizzare ed allontanare la scure che, tristemente, si abbatte con ferocia sulla popolazione inerme.

Ciò, postula la ricerca di un difficile bilanciamento tra i diversi valori in gioco e richiede, innanzitutto, l’attivazione dei doveri (costituzionali) di solidarietà, contraltare indefettibile dei diritti inviolabili degli individui.

Le misure restrittive delle libertà fondamentali della persona, in siffatte occasioni tanto necessarie quanto improvvise, pongono, quindi, gli ordinamenti giuridici ispirati ai principi di fondo del costituzionalismo moderno di fronte alla necessità di predisporre strumenti di prevenzione (di necessità assistiti da una componente sanzionatoria) che, garantendo un accettabile livello di sicurezza (sanitaria) della collettività, non pregiudichino, in ogni caso, in modo irrimediabile, il “nocciolo duro” dei valori consacrati all’interno delle Costituzioni democratiche.

<sup>2</sup> Cfr. A. DE WAAL, *Reframing governance, security and conflict in the light of HIV/AIDS: a synthesis of findings from the AIDS, Security and Conflict Initiative*, in *Social Science & Medicine*, 2009, 114 ss.

<sup>3</sup> Sul punto v. S. ELBE, *Should HIV/AIDS Be Securitized? The Ethical Dilemmas of Linking HIV/AIDS and Security*, in *International Studies Quarterly*, 2006, 119 ss.

## 2. Lo “stato di eccezione”, le libertà e la solidarietà nel corso di una pandemia

Il tema della liceità dell'introduzione, nel corso di uno stato di emergenza, di specifiche previsioni tese a consentire (circoscritte) deroghe al principio di intangibilità dei diritti fondamentali della persona sottintende, innanzitutto, il rispetto di limiti di carattere sostanziale e/o valoriale (oltre che di natura procedimentale e di competenza).

La loro salvaguardia viene affidata ora al controllo politico, proprio di un sistema di governo democratico, svolto dall'assemblea dei rappresentanti del popolo nei confronti dell'organo esecutivo, ora, più propriamente, al sindacato esercitato dai giudici (ordinari e/o costituzionali) in vista della garanzia della primazia del diritto rispetto al (non auspicato, ma pur sempre possibile) pericolo di deriva autoritaria suscettiva di tradursi nell'adozione di (arbitrarie ed “anticostituzionali”) misure restrittive delle libertà nel corso della crisi.

L'instaurazione di veri e propri “stati di eccezione” (ovvero di emergenza), situazioni in cui «l'ordinamento giuridico è sospeso e continuamente infranto»<sup>4</sup>, appare invero fortemente condizionata dalla natura e consistenza dei poteri conferiti agli organi preposti all'esercizio delle funzioni fondamentali dello Stato, in ossequio alle procedure formalmente previste all'interno delle diverse disposizioni costituzionali, in ragione della effettiva situazione di necessità concretamente inverteasi, cui corrisponde la precisazione degli argini entro i quali inscrivere la derogabilità e/o sospendibilità delle garanzie costituzionali poste a presidio dei diritti di libertà<sup>5</sup>.

Così, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze (da un lato, la tutela dell'interesse collettivo e, dall'altro, la salvaguardia delle garanzie individuali), svolge un ruolo decisivo la valutazione condotta in merito alla necessità e proporzionalità delle misure adottate.

Di conseguenza, se insuperabili motivi di sicurezza collettiva possono giustificare l'impiego di provvedimenti restrittivi di singoli diritti e libertà, particolarmente grave deve essere il pericolo per ammettere il ricorso alla facoltà di deroga che consenta di sospendere la garanzia anche di diritti per i quali, in tesi, venga postulata la loro intangibilità<sup>6</sup>.

Rendere cedevoli le libertà fondamentali della persona a fronte di una situazione di emergenza implica, comunque, l'adozione di una “deliberazione” democratica capace di rinsaldare il legame tra la legittimità della decisione politica e la “condivisione sociale” della stessa, garantendo una maggiore effettività delle misure assunte.

Obiettivo che, come già rilevato, in seno ad uno Stato di diritto, invoca il riscontro di presupposti indeffettibili giustificativi di una (ancorché momentanea) sospensione e/o deroga ai valori di libertà in quanto «ciò risulti funzionale ad assicurare all'ordinamento la sua salvaguardia, nell'ossequio al principio del *primum vivere*»<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Così P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 158.

<sup>5</sup> Cfr. P. BONETTI, *op. cit.*, 153 ss.

<sup>6</sup> Sul punto v. I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 955 ss.

<sup>7</sup> Così P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, 2013, 124.

In tal senso, «anche nei periodi emergenziali primo strumento di difesa della democrazia e del costituzionalismo rispetto alla volontà delle maggioranze politiche del momento è la rigidità delle costituzioni»<sup>8</sup>.

Ne deriva che, a fronte della multiforme e cangiante natura ed intensità del pericolo da fronteggiare, necessità e proporzionalità della disciplina derogatoria costituiscono connotazioni assiologiche di decisioni politiche tese a circoscrivere, per quanto possibile, la discrezionalità degli organi del pubblico potere entro una cornice di legalità (costituzionale) che impedisca il tradimento dei valori sui quali si fonda un ordinamento democratico<sup>9</sup>.

In specie, vanno apprezzati, in ragione dell'intensità della compressione dei diritti fondamentali dell'individuo, i requisiti della necessità ed urgenza del provvedere, insieme ad una adeguata valutazione della durata dell'efficacia delle misure straordinarie disposte solo per il tempo ritenuto strettamente indispensabile al fine di superare la crisi ed, eventualmente, limitate esclusivamente ad una specifica area geografica laddove il pericolo sia radicato.

Qualora ci si debba confrontare con un'emergenza sanitaria, in particolare, detti elementi (anche di fatto) sono da stimare, ovviamente, non solamente alla luce di un giudizio eminentemente politico, bensì sulla scorta di riflessioni ancorate a saldi parametri tecnico/scientifici, correttamente veicolati e frutto di seria ed approfondita (non superficiale, giammai ideologica) ricerca epistemologica, suscettiva di tradursi in:

- a) un apprezzamento, sorretto dai caratteri dell'indipendenza e dell'autorevolezza degli studi ed approfondimenti condotti, della reale consistenza del pericolo;
- b) una valutazione del rischio, soppesando potenziali costi e benefici per la salute, individuale e collettiva, correlata all'applicazione, o meno, di misure di contenimento della crisi;
- c) una gestione del rischio che coniughi precauzione, proporzionalità, flessibilità ed efficacia degli strumenti di governo della situazione di emergenza.

Ciò, può condurre all'adozione di provvedimenti variamente restrittivi delle libertà dei singoli, ora promuovendo buone pratiche e comportamenti unicamente "raccomandati", ora introducendo prescrizioni obbligatorie, limiti sì stringenti ai diritti fondamentali, ma necessari per la tutela della pubblica incolumità.

In ogni caso, pur nella piena consapevolezza della drammaticità della situazione da affrontare, le "terapie" da apprestare, ancorché implicanti divieti e sofferenze, vanno sempre indirizzate nel senso di salvaguardare quanto più possibile l'intera collettività – con speciale cura riservata in favore delle fasce più deboli – e non chiederne il "martirio" in vista di un asserito ma non (scientificamente, oltre che eticamente e moralmente) dimostrato "bene comune".

Così, in nome della ricerca di una presunta "immunità di gregge", nel caso di repentina diffusione di virus patogeni, tradisce la più intima essenza del costituzionalismo moderno l'idea secondo la quale "ci si debba preparare a perdere i propri cari" senza che sia lo Stato-Istituzione, innanzitutto, a profondere ogni sforzo possibile nella direzione di supportare – e non abbandonare al proprio destino, perché asseritamente "utile" alla collettività – l'inerme popolazione.

<sup>8</sup> Così P. BONETTI, *op. cit.*, 25.

<sup>9</sup> In merito, per un approfondimento, v. P. BONETTI, *op. cit.*, 39 ss.

Per tale via, si concretizza, di fatto, il fallimento dello Stato (sociale) di diritto e la negazione del principio secondo il quale solo una collettività politica coesa, avvinta dal medesimo *idem sentire* e capace di riscoprire il senso di appartenenza ad un'unica comunità proprio nel corso di una (ancorché drammatica) situazione di emergenza, possa conservare ancora la speranza di superare la crisi inveratasi.

Anche quando non si abbia «nulla da offrire se non sangue, fatica, lacrime e sudore [...] di fronte a [...] molti mesi di lotta e sofferenza»<sup>10</sup>, il sacrificio cui il popolo è chiamato presuppone, infatti, non il ricorso a strategie di matrice darwiniana, bensì la (ri)affermazione, con maggiore forza, dei valori di solidarietà sintetizzabili nel motto «*No one left behind*».

Ciò, però, deve pragmaticamente confrontarsi con l'eventuale (ancorché non auspicata) inadeguatezza di un apparato amministrativo impreparato a gestire l'emergenza a causa di penuria di dotazioni infrastrutturali, di beni mobili e di personale specializzato; scellerate politiche di contenimento della spesa possono condurre, in tali occasioni, a dover effettuare "scelte tragiche" che, com'è facile intuire, denotano, anch'esse, al pari della "deliberata resa" prima accennata, il tracollo dello Stato sociale rispetto al quale l'estemporanea crisi ne mette tristemente in luce l'inefficienza.

Quanto più diffusa all'interno dell'intero territorio nazionale sia l'esposizione al rischio (sanitario), poi, tanto più pressante appare l'esigenza di garantire uniformità del trattamento giuridico, introdotto "in deroga", relativo alla consistenza delle libertà fondamentali dell'individuo.

Così, ambiguo e controproducente si dimostra il florilegio di provvedimenti *extra (rectius: contra) ordinem* adottati dalle autorità locali che, seppur animati dalle migliori intenzioni, incidono direttamente sull'efficacia di una strategia unitaria (ancorché sicuramente sempre criticabile e perfettibile) e possono rappresentare la fonte primaria di incertezza del diritto capace di aggravare ulteriormente le ormai (temporaneamente) compromesse libertà (personali, di circolazione, economiche) esposte già a restrizioni.

Ovviamente, va da sé che la (mera) coattività delle misure apprestate si appalesi largamente insufficiente a presidiarne la reale attitudine alla risoluzione della crisi inveratasi; nel corso di una situazione di emergenza, infatti, è solo il massimo, spontaneo adeguamento da parte dei consociati alle prescrizioni impartite dalla pubblica autorità a costituire il reale mezzo per il tramite del quale perseguire gli obiettivi prefissati, innanzitutto in vista della salvaguardia della pubblica incolumità.

In tal contesto, si osserva, l'effettività della norma emergenziale postula l'ottemperanza da parte di tutti e di ciascuno del dovere di solidarietà sociale che contribuisce ad arricchire di contenuti proprio i diritti di libertà momentaneamente compressi, ricordandosi che «a volte fare del proprio meglio non è abbastanza; dobbiamo fare ciò che è necessario»<sup>11</sup>.

Già nel corso dei primi anni del XX secolo appariva incontrovertibile, in un assetto politico/costituzionale ispirato ai principi propri del costituzionalismo moderno, che «the liberty secured by the Constitution [...] does not import an absolute right in each person to be at all times, and in all circumstances, wholly freed from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> W. CHURCHILL, *Discorso alla Camera dei Comuni*, 13 maggio 1940.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 1905

Del resto, i diritti fondamentali, «come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l'animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo»<sup>13</sup>.

Ed allora, pur “nell'ora più buia”, «arriva un momento speciale nella vita di tutti, un momento per il quale quella persona è nata. Quella speciale opportunità, quando egli la coglie, soddisferà la sua missione – una missione per la quale egli è singolarmente qualificato. In quel momento, egli trova la grandezza. È la sua ora più bella»<sup>14</sup>.

Sovente, nel corso dell'emergenza, i doveri di solidarietà assumono, per tale via, una connotazione diversa ed ulteriore rispetto alla “mera” osservanza di prescrizioni giuridicamente vincolanti e rispondano all'interno di un bagaglio assiologico personale che qualifica l'adempimento del proprio dovere con fedeltà ed onore, davvero fulgido esempio di alte virtù civili e morali, fino all'estremo sacrificio.

Non può, però, certo essere dimenticato come sventurata sia la terra che ha bisogno di eroi<sup>15</sup>.

Diviene, quindi, compito ineludibile dello Stato-ordinamento assumere su di sé la responsabilità di perseguire l'obiettivo di superare una situazione di crisi mettendo in campo tutte le risorse a disposizione, non risparmiandosi, ma attivando ogni possibile forma di collaborazione e di cooperazione solidaristica al fine di promuovere, coordinare e organizzare iniziative di soccorso e di aiuto.

### 3. La gestione della crisi (non solo) sanitaria all'interno di un ordinamento democratico

L'insegnamento che può essere ritratto dallo stato di pandemia inverteosi in questi ultimi tempi va rinvenuto nella necessità di provvedere, una volta superata la fase critica, ad una rinnovata attenzione nei riguardi delle procedure di prevenzione, individuazione, gestione e contenimento delle emergenze (non necessariamente solo) sanitarie.

Ciò, in special modo, in riferimento ad (almeno) una duplice prospettiva: da un lato, una lungimirante pianificazione della spesa pubblica che sappia opportunamente valorizzare la primaria esigenza di garantire un sistema sanitario (socialmente, oltre che economicamente) sostenibile anche nel corso di una crisi; dall'altro lato, un modello generale di misure di contenimento dell'emergenza capace di coniugare, pur nella irrinunciabile “flessibilità” delle previsioni, i diritti fondamentali della persona con il “bene comune”, sì giuridicamente in ossequio ai criteri di proporzionalità e gerarchia dei valori, ma anche in un'ottica di “compartecipazione spontanea” della popolazione disposta a ben accettare limitazioni alla propria sfera di (intangibile) libertà pur di perseguire la “*salus rei publicae*”.

Un particolare strumento rivolto a tal fine potrebbe essere rappresentato dai c.d. “decreti cassetto”, ovvero provvedimenti governativi, aventi valore di legge, chiamati a disciplinare preventivamente eventuali emergenze e idonei ad esplicare concreta efficacia solo al presentarsi del pericolo previsto. Si tratterebbe, cioè, di fonti di rango primario la cui efficacia sarebbe sottoposta alla condizione dell'accertamento, da parte del potere esecutivo, della sussistenza dei presupposti di fatto al ricorrere dei

<sup>13</sup> Così C.A. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione*, Roma, 2008, 63.

<sup>14</sup> W. CHURCHILL, *Discorso alla Camera dei Comuni*, 18 giugno 1940.

<sup>15</sup> B. BRECHT, *Vita di Galileo*, (trad. it. E. CASTELLANI), 1993, 115.

quali assumerebbero «vigore giuridico *erga omnes*»<sup>16</sup>, ferma restando, in seno ad una democrazia parlamentare, la indispensabile, successiva conversione in legge.

Sulla stessa scia, potrebbe collocarsi l'ipotesi di decreti con forza costituzionale, il cui fondamento dovrebbe essere ricercato non nell'art. 77 cost., bensì nello stato di necessità, ovvero in una vera e propria situazione di emergenza istituzionale.

L'effetto principale consisterebbe non nella deroga, bensì nella sospensione del precetto costituzionale fintantoché permanga lo stato di crisi.

Tale meccanismo sarebbe formalmente «illegale», ma «non anti-giuridico», in quanto legittimato da una fonte che prevale sulla legge, ovvero la necessità quale fonte-fatto<sup>17</sup>.

L'atto governativo *de quo* potrebbe essere qualificato, cioè, in termini di «atto anomalo di necessità»<sup>18</sup>, «*quodammodo* ingabbiato nella struttura procedimentale prescritta per i decreti-legge, a fini sostanzialmente di garanzia»<sup>19</sup>.

Nell'ambito di un siffatto quadro ricostruttivo, però, si avverte un vero e proprio conflitto tra valori costituzionali; emergono, infatti, da un lato, la rigidità della Costituzione del 1948 (di modo che la stessa possa essere oggetto di deroga e/o modifica solo in applicazione della procedura prevista dall'art. 138 cost.) e, dall'altro lato, «il valore dell'identità e continuità dell'ordinamento nel tempo, valore che è prima e fuori ma anche, a un tempo, dentro l'ordine costituzionale, in nome del quale si legittima la momentanea messa tra parentesi dell'art. 77 in combinato disposto con l'art. 138»<sup>20</sup>.

Invero, rispetto ai meccanismi costituzionali di «reazione all'emergenza» sino a questo momento descritti, si potrebbe prospettare, in realtà, una soluzione connotata da un «minor impatto traumatico»; al di là dell'impiego ordinario della decretazione d'urgenza, sarebbe possibile immaginare il ricorso ad una «legge quadro», frutto di meditata riflessione parlamentare, ovviamente condotta non nel corso della crisi, che consenta di tracciare le coordinate assiologiche essenziali entro le quali inscrivere la ricerca del giusto temperamento tra sicurezza sanitaria e libertà civili.

Ciò, facendo leva su di una approfondita disamina delle evidenze (predittive) offerte dalla comunità scientifica che potrebbe orientare il Legislatore nella direzione della maturazione di un compiuta consapevolezza in merito all'entità dei rischi da affrontare ed alle conseguenti, necessarie misure di contenimento.

Presupposti scientifici, quindi (di per sé, oggettivi e «non democratici»), a supporto di processi decisionali (questi sì democratici in uno Stato di diritto), «tramite i quali le istituzioni pubbliche, sulla base delle accreditate acquisizioni scientifiche, devono operare i bilanciamenti fra i delicati interessi in gioco»<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Così P.G. GRASSO, *Guerra. II) Disciplina costituzionale della guerra*, in *Enciclopedia Giuridica*, XV, Roma, 1989, 7.

<sup>17</sup> Sul punto, v. G. DE VERGOTTINI, *Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, in *Diritto e Società*, 1992, 241.

<sup>18</sup> Così G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1958, 263.

<sup>19</sup> Così P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 4524.

<sup>20</sup> Così A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, 2005, 179.

<sup>21</sup> Così N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Rivista italiana di Medicina Legale*, 2018, 244.

Esemplificativo, pur nella diversità del sistema costituzionale di “pesi e contrappesi”, è, in seno all’ordinamento statunitense, il *Model State Emergency Health Powers Act*, documento redatto all’indomani dei tragici eventi dell’11 settembre 2001 dal *Center for Law and the Public’s Health at Georgetown and Johns Hopkins Universities*, “archetipo di disciplina” posto all’attenzione dei singoli Stati allo scopo di consentire di modellare le proprie legislazioni per meglio e più efficacemente contrastare i pericoli derivanti dal bioterrorismo o da epidemie e/o pandemie<sup>22</sup>.

Trattasi, in particolare, di un prototipo ideale di regolamentazione della crisi – da modulare, all’interno di uno Stato federale, sulla base delle peculiari esigenze territoriali – elaborato nella prospettiva della ricerca di un (fragile) equilibrio tra interessi pubblici e libertà fondamentali della persona mediante una puntualizzazione delle garanzie (sostanziali e procedurali) da rispettare onde non mortificare, pur durante una situazione di emergenza sanitaria, il “nocciolo duro” dei diritti inviolabili dell’individuo<sup>23</sup>.

Per tale via, in verità, si apre la strada ad una nuova concezione dell’amministrazione dell’emergenza, in termini di prevenzione e precauzione, nell’ambito di una “società del rischio” resa edotta circa l’“ordinarietà” dell’esposizione a pericolo dovuta ad una sempre più massiccia “antropizzazione della natura”.

Ciò, postula la previsione e l’esercizio di inedite potestà (anche amministrative), non necessariamente predeterminate in assoluto, ma comunque orientate nella direzione di una progressiva, compiuta “costituzionalizzazione dell’emergenza”.

Permane intonsa, in ogni caso, quale indispensabile presupposto, una radicata coscienza collettiva che contribuisca a far confluire le forze dello Stato-Ordinamento in una condivisa direzione, in vista del superamento della crisi (improvvisamente) esplosa.

Si richiede, quindi, in primo luogo, una rivoluzione culturale, consapevoli del fatto che «il successo non è mai definitivo, il fallimento non è mai fatale; è il coraggio di continuare che conta»<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. The Centers for Law and the Public's Health: A Collaborative at Johns Hopkins and Georgetown Universities, *The Model State Emergency Health Powers Act (MSEHPA)* in [www.publichealthlaw.net/ModelLaws/MSEHPA.php](http://www.publichealthlaw.net/ModelLaws/MSEHPA.php) (18/03/2020).

<sup>23</sup> In merito, v. L. O. GOSTIN, *The Model State Emergency Health Powers Act: Public Health and Civil Liberties in a Time of Terrorism*, in *Health Matrix*, 2003, 13, 15 ss.; J. G. HODGE, JR., L. O. GOSTIN, *The Model State Emergency Health Powers Act. A Brief Commentary*, in <http://www.publichealthlaw.net/MSEHPA/Cen-ter%20MSEHPA%20Commentary.pdf> (18/03/2020).

<sup>24</sup> W. CHURCHILL, *Discorso alla Camera dei Comuni*, 18 giugno 1940.

## Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19

Giovanni Comazzetto\*

THE STATE OF EXCEPTION IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM. REFLECTIONS ON THE IMPACT OF COVID-19  
CONTAINMENT MEASURES

ABSTRACT: This article explores some aspects of the pandemic emergency and aims to analyse the legal basis of the lockdown. It focuses on the definition of the “state of exception”, in order to evaluate its function as a key concept in public law discourse.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; state of exception; emergency powers; civil liberties

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Stato di eccezione? – 3. Brevi notazioni comparatistiche: gli stati di eccezione in Francia e le scelte del Costituente in Italia – 4. L'emergenza Coronavirus: gli strumenti normativi adottati per contrastare l'epidemia – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. Premessa

**D**i fronte ad eventi tragici e del tutto fuori dell'ordinario, la dottrina giuridica sembra essere gravata di una responsabilità enorme: cercare di *comprendere* il reale senza farsi travolgere dal caotico susseguirsi degli eventi, *contribuire* al dibattito pubblico in vista della migliore risoluzione delle drammatiche vicende che affliggono la società intera, e *conservare* al diritto (in particolare alla Costituzione) tutta la sua capacità ordinante, la sua normatività. Se già in tempi “normali” è tuttavia difficile osservare la realtà “alla giusta distanza”<sup>1</sup>, allo scopo di coglierne il senso e la direzione, ciò risulta ancor più complicato oggi, di fronte ad una minaccia “invisibile” – ma foriera di conseguenze decisamente concrete, e ancora in parte sconosciute nella loro portata – che ci assedia in una quotidianità connotata da solitudine, preoccupazioni economiche e incertezza sul futuro. Occorre allora, più che mai, prestare attenzione alle *parole*, e mantenere un approccio critico verso concetti e categorie che, se confusamente evocati, rischiano di “inquinare” il dibattito, piuttosto che consentirne uno sviluppo davvero produttivo. Uno di questi concetti, qui evocato con la dovuta distanza critica, è lo “stato di eccezione”: su di esso, alla luce dell'emergenza che stiamo vivendo, si concentrerà la breve riflessione proposta.

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Padova, XXXI ciclo; Avvocato del Foro di Padova. Mail: [giovanni.comazzetto@phd.unipd.it](mailto:giovanni.comazzetto@phd.unipd.it). Il presente lavoro è aggiornato al 24 aprile 2020.

<sup>1</sup> Della “giusta posizione” da cui guardare alla realtà parla lo storico Carlo Ginzburg in una recente e suggestiva intervista (*Occhiacci di legno su di noi*, in C. CROSATO (a cura di), in *L'Espresso*, 5 aprile 2020, 70-74).

## 2. Stato di eccezione?

Ad uno sguardo che sia al contempo storico e comparatistico, lo “stato di eccezione” appare come una delle massime sfide del costituzionalismo democratico. Trattasi di un paradigma controverso, che conobbe grande fortuna nei primi decenni del Novecento, diventando in particolare la “posta in gioco” del dibattito teorico tra due dei massimi pensatori del secolo, seppure collocati, nella Germania di Weimar, “ai lati opposti delle barricate”: Walter Benjamin e Carl Schmitt<sup>2</sup>. All’alba del nuovo millennio gli studi sul tema hanno conosciuto una nuova fioritura, determinata dagli straordinari problemi posti dalle misure di emergenza (di dubbia compatibilità sia con gli assetti costituzionali delle democrazie europee, sia con principi consolidati di diritto internazionale) adottate da numerosi Stati occidentali allo scopo di contrastare il terrorismo internazionale.

Il sintagma in questione viene alla ribalta ogni volta che una qualche emergenza intervenga ad interrompere il normale corso della vita di una comunità, determinando l’adozione (o la richiesta di adozione) di provvedimenti consistenti nella temporanea sospensione di parte della legislazione vigente, e talvolta nella sospensione (parziale, raramente totale) della stessa Costituzione. Sebbene le soluzioni prescelte dai diversi ordinamenti per fronteggiare le situazioni di crisi (che possono consistere in guerre interne o esterne, catastrofi naturali, etc.) siano le più varie, si assiste generalmente ad una modifica del riparto di attribuzioni tra i diversi organi (costituzionali e non), talvolta anche alla creazione di organi *ad hoc*; e all’instaurazione di regimi/ordinamenti speciali, connotati dall’operatività di fonti del diritto anch’esse “speciali” (disciplinate in maniera più o meno esplicita) quando non *extra ordinem*. Sebbene frequentemente evocata, l’espressione “stato di eccezione” non designa in verità un regime emergenziale contemplato espressamente nel nostro ordinamento (come si vedrà *infra*); tutt’al più, il richiamo ad essa – ricorrente in alcuni commenti alla gestione dell’emergenza epidemiologica da CoViD-19 – allude ad un concetto-limite della dottrina dello Stato, la cui rilevanza dipende peraltro da quale concetto di “diritto” ciascun giurista ponga a fondamento del proprio lavoro<sup>3</sup>.

La breve riflessione che segue mira a dimostrare le seguenti tesi: la gestione dell’emergenza epidemiologica da CoViD-19 (tutt’ora in corso, nel momento in cui si scrive), sul piano delle fonti del diritto, non ha determinato “rotture” della Costituzione; la legittimità complessiva delle azioni poste in essere finora deve, peraltro, ritenersi condizionata alla loro temporaneità e alla loro stretta proporzionalità rispetto agli scopi perseguiti; gli eventi che finora si sono verificati, pur avendo messo «sotto

<sup>2</sup> V. sul punto, in particolare, W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, trad. it., Torino, 1999, 39 ss.; e C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, trad. it., Bologna, 1972, 33 ss. Per un confronto tra i due Autori, v. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 68-83.

<sup>3</sup> Sottolinea la necessità di tenere distinte le situazioni di emergenza dagli stati di eccezione «nell’accezione ristretta e propria affermatasi dopo la poderosa riflessione teorica schmittiana» A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 1, 2020, 203. Fa un uso “critico” dell’espressione G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 2, osservando che «[l]o stato d’eccezione non è il paradigma fondativo delle nostre comunità politiche, non è la regola, non può neppure essere legittimato come strumento di governo, deve invece nei limiti del possibile essere circoscritto».

stress»<sup>4</sup> l'ordinamento costituzionale, non sembrano tali da esigere, per il futuro, modifiche della Costituzione al fine di introdurre nuovi regimi emergenziali. È chiaro che si tratta di osservazioni proposte *rebus sic stantibus*; e che fa parte del *Beruf* del costituzionalista<sup>5</sup> lottare per il diritto, affinché non si affermi (*rectius*: non si rafforzi ulteriormente) nel prossimo futuro una 'cultura dell'emergenza' tale da indebolire l'assetto costituzionale e compromettere gravemente i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini, minacciati da tempo dagli effetti nefasti della crisi economica globale e posti di fronte alle insidie sempre più preoccupanti del "capitalismo della sorveglianza".

### 3. Brevi notazioni comparatistiche: gli stati di eccezione in Francia e le scelte del Costituente in Italia

Come è noto, nell'ordinamento italiano non è contemplata la possibilità di dichiarare, a certe condizioni, la sospensione di tutta o parte della Costituzione; l'unico regime eccezionale espressamente previsto è lo stato di guerra *ex art. 78*, a norma del quale «[l]e Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari» (lo stato di guerra è poi dichiarato dal Presidente della Repubblica *ex art. 87*). In ciò il sistema italiano si differenzia, ad esempio, dal sistema costituzionale francese, che prevede ben tre diversi regimi emergenziali: l'attribuzione di poteri eccezionali al Presidente della Repubblica «quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto» (art. 16 della Costituzione francese); la dichiarazione dello stato di assedio (*état de siège*) da parte del Consiglio dei ministri, per una durata non superiore ai dodici giorni, salva ulteriore proroga autorizzata dal Parlamento (art. 36); l'*état d'urgence*, disciplinato da una legge del 1955, dunque anteriore alla Costituzione vigente (del 1958) ma sostanzialmente «ri-legittimato dal legislatore e dal Conseil Constitutionnel»<sup>6</sup>. Quest'ultimo strumento è stato peraltro quello più utilizzato finora, anche in forza della genericità dei suoi presupposti: tra gli episodi più recenti che hanno determinato la dichiarazione dell'*état d'urgence* si possono ricordare la rivolta delle *banlieues* del 2005 e la serie di attentati terroristici di matrice islamica fondamentalista avvenuti nel corso del 2015<sup>7</sup>. È diffusa, in dottrina, la consapevolezza del carattere "emergenzialista" della Costituzione francese, ciò che può spiegarsi anche alla luce della sua scaturigine da un periodo turbolento come quello della guerra franco-algerina, connotato da forti tensioni

<sup>4</sup> L'espressione è adoperata da F. TORRE, *La costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in questo fascicolo.

<sup>5</sup> Mutuo questa espressione da G. FERRARA, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010.

<sup>6</sup> Così P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 166.

<sup>7</sup> È peraltro degno di nota il fatto che, ad oggi, in Francia non si sia deciso di ricorrere alla dichiarazione dell'*état d'urgence* previsto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, per contrastare l'emergenza coronavirus: inizialmente si è provveduto tramite *Décrets* e *Arrêtés* del Governo e dei singoli Ministri; poi, a seguito dell'annuncio del 16 marzo del Presidente Macron, il 18 marzo sono stati presentati un progetto di legge ordinaria, un progetto di legge organica sull'emergenza sanitaria e un progetto di legge di modifica della legge finanziaria per il 2020 per far fronte all'emergenza, che sono stati rapidamente approvati prima della fine di marzo (v. la documentazione normativa raccolta da P. Pisacchia, aggiornata al 17 aprile 2020, nel sito della rivista *Nomos. Le attualità nel diritto*, <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/news/problemi-giuridici-dellemergenza-coronavirus/>).

politiche e dall'impronta indelebile che la carismatica figura di De Gaulle lasciò anche sulla complessiva architettura istituzionale (ci si riferisce, in particolare, alla centralità della figura del Presidente della Repubblica e alla netta preminenza del potere esecutivo rispetto al legislativo).

Il rapido confronto con la soluzione francese non deve peraltro ritenersi indicativo di una netta contrapposizione tra modelli. Non solo, infatti, la grande varietà di soluzioni adottate a livello formale dai diversi ordinamenti democratici per affrontare gli stati di emergenza impedisce di definire categorie univoche cui ricondurre ciascuna esperienza costituzionale; ma ciò che la storia (anche recente) insegna è che gli strumenti "eccezionali" per affrontare le situazioni di emergenza si sviluppano ovunque, indipendentemente da una specifica formalizzazione costituzionale. Ciò non significa, certo, che quest'ultima sia irrilevante rispetto a ciò che avviene *in concreto*; bensì che uno sguardo meramente formalistico alle disposizioni normative, in particolare di rango costituzionale, sugli stati di eccezione (espressione che intendiamo qui nel senso più generico, di ipotesi di sospensione o deroga delle costituzioni democratiche di fronte a situazioni di crisi, o di instaurazione di regimi temporanei di carattere emergenziale), impedisce di cogliere l'essenza del fenomeno; soprattutto se ci si arresta alla constatazione dell'assenza di una disciplina costituzionale degli stati di emergenza, e non si considera se un fondamento costituzionale per l'adozione di strumenti 'eccezionali' di normazione non possa – con le necessarie cautele – comunque rinvenirsi, alla luce di principi quali l'autoconservazione dell'ordinamento e la *salus rei publicae*<sup>8</sup>.

Tornando al contesto italiano, vale la pena di osservare come, oltre alla dichiarazione dello stato di guerra (espressione che si ritiene perlopiù riferita soltanto alla guerra "esterna", ripudiata dall'art. 11, e non a fenomeni quali il terrorismo internazionale o l'insurrezione armata contro i poteri dello Stato suscettibile di evolversi in guerra civile), l'unico altro strumento espressamente connesso a situazioni eccezionali che la Costituzione del '48 prevede è quello della decretazione d'urgenza di cui all'art. 77. Non ci si può soffermare in questa sede sulle ragioni che indussero i Costituenti a non disciplinare ipotesi di sospensione delle garanzie costituzionali per i casi di emergenza; ci si può limitare a rilevare come dai lavori preparatori emerga la volontà di non aprire varchi nella preclusione di sospendere quei diritti fondamentali di libertà che erano stati così solennemente proclamati come inviolabili<sup>9</sup>. Ciò premesso, risulta difficilmente sostenibile (per quanto si sia talvolta proposta questa interpretazione in dottrina) che con lo strumento del decreto-legge si possano sospendere disposizioni di rango costituzionale. Trattasi infatti, pacificamente, di fonte primaria, dunque subordinata alla Costituzione nella sua interezza, e che può eventualmente comprimere, in via temporanea, i livelli di tutela dei diritti solo in forza di clausole limitative (contenute, chiaramente, nella stessa Costituzione) circondate da garanzie quali la riserva di legge rinforzata; la successiva, eventuale legge di conversione è ugualmente fonte ordinaria e certo non costituzionale; né è agevole sostenere che la *necessità* assurga in casi eccezionali a fonte del diritto<sup>10</sup>, in quanto nell'art. 77 questa è soltanto *pre-*

<sup>8</sup> Vedi sul punto le condivisibili riflessioni di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 113 ss.

<sup>9</sup> Vedi, *ex multis*, P. BONETTI, *op. cit.*, 215 ss.

<sup>10</sup> Osserva M. LUCIANI, *op. cit.*, 113 ss., che «[l]a Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte».

*supposto giustificativo* dei provvedimenti del Governo e non la loro *fonte* (che rimane la Costituzione)<sup>11</sup>.

#### 4. L'emergenza coronavirus: gli strumenti normativi adottati per contrastare l'epidemia

Di fronte all'emergenza Coronavirus il Governo italiano ha agito servendosi sia dell'unico strumento previsto dalla Costituzione per le situazioni di emergenza diverse dalla guerra – la decretazione d'urgenza, appunto – sia di atti di più controversa qualificazione. Tra i primi provvedimenti adottati, figura la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, con la quale si è dichiarato lo «stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Lo stato di emergenza è un istituto previsto dal cd. *Codice della protezione civile* (d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), attivabile nelle ipotesi previste dall'art. 7 del medesimo decreto; tra queste, in particolare, figurano le «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo». Ai sensi dell'art. 25, comma 1, a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza (di competenza del Consiglio dei ministri) possono adottarsi «ordinanze di protezione civile, [...] in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Nel caso di specie, è stato dichiarato lo stato di emergenza per la durata di sei mesi (a norma dell'art. 24, comma 3 del citato Codice, esso «non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi»). Successivamente, in corrispondenza con la crescente diffusione dell'epidemia sul territorio nazionale, sono intervenuti il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri 'attuativi' del citato decreto-legge<sup>12</sup>.

Due sono gli aspetti più discussi, sotto il profilo costituzionalistico, della scelta complessivamente adottata dal Governo per contrastare l'emergenza che stiamo tutt'ora vivendo.

In primo luogo, l'adozione di diversi decreti-legge (in particolare il citato d.l. 6/2020<sup>13</sup>) che, sebbene all'interno di una «catena normativa»<sup>14</sup> dotata di precisi riferimenti anche nella legislazione di prote-

<sup>11</sup> Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 235 ss.

<sup>12</sup> Al citato d.l. 6/2020 hanno fatto seguito i seguenti provvedimenti: DPCM 25 febbraio 2020; DPCM 1 marzo 2020; d.l. 2 marzo 2020, n. 9; DPCM 4 marzo 2020; d.c.m. 5 marzo 2020; d.l. 8 marzo 2020, n. 11; DPCM 8 marzo 2020; l. 5 marzo 2020, n. 13 (conversione in legge del d.l. 6/2020); DPCM 9 marzo 2020; d.l. 9 marzo 2020, n. 14; DPCM 11 marzo 2020; d.l. 17 marzo 2020, n. 18; DPCM 22 marzo 2020; d.l. 25 marzo 2020, n. 19; DPCM 1 aprile 2020; d.l. 8 aprile 2020, n. 22; d.l. 8 aprile 2020, n. 23; DPCM 10 aprile 2020. L'elenco è aggiornato al 19 aprile 2020; per la relativa documentazione si veda, nel sito *federalismi.it* (*Osservatorio Emergenza Covid-19*), la rassegna curata da M. Malvicini (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41655>).

<sup>13</sup> Ritieni che questo decreto indulga «troppo alla logica della prevenzione» e ne individua ulteriori punti di debolezza, in relazione alla disciplina costituzionale delle libertà più incise, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 590 ss. Molto critico anche G.M. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo. Caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *ilsussidiario.net*, 26 febbraio 2020, e ID., *Coronavirus e decreti. Il vero errore nascosto negli ultimi provvedimenti del governo*, *ivi*, 24 marzo 2020.

<sup>14</sup> Sulla cui consistenza porta argomenti rigorosi e convincenti M. LUCIANI, *op. cit.*, 109 ss.

zione civile, hanno dato vita ad un “ordinamento emergenziale temporaneo” ove sono stati fortemente limitati diritti fondamentali tra i quali la libertà di circolazione (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), la libertà di insegnamento e l’accesso all’istruzione (artt. 33 e 34), la libertà di iniziativa economica (art. 41); l’elenco non è peraltro esaustivo. In secondo luogo, la discrezionalità nell’attuazione di tali previsioni (talvolta molto generiche: si veda l’art. 2 del decreto ultimo citato, ove si consentiva alle autorità competenti di adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza»), rimessa ad una successione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d’ora innanzi: DPCM), che in quanto tali non sono stati sottoposti a controllo “preventivo” ed emanati dal Presidente della Repubblica, né sono destinati ad essere discussi e convertiti dal Parlamento<sup>15</sup>. Di particolare rilevanza sono le misure (adottate, sulla base del “quadro” fissato nel d.l. 6 del 2020, con DPCM dell’8 marzo 2020 rispetto alla regione Lombardia e alle altre cd. “zone rosse”, ed estese il giorno successivo a tutta Italia) consistenti nel *vietare ogni spostamento delle persone fisiche*, fatti salvi gli spostamenti dovuti a comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità, motivi di salute o per fare rientro nel proprio domicilio, abitazione o residenza; e nel *divieto di ogni forma di assembramento di persone* in luoghi pubblici o aperti al pubblico. È chiaro come questa compressione, per quanto temporanea, di diversi diritti e libertà fondamentali, si ponga in forte tensione con il principio sopra citato, per cui il decreto-legge non può né derogare né sospendere alcuna disposizione costituzionale. Se tuttavia si vuole evitare di incorrere nella trappola dell’eccesso di formalismo – pericolo cui non può sottrarsi chi guardi al fenomeno giuridico stando nel “nirvana” del puro positivismo –, senza peraltro ricorrere ad opposte argomentazioni fondate sull’ineffabile principio *necessitas legem non habet*, è opportuno guardare al testo costituzionale *nel suo insieme*. Un tale sguardo complessivo non può fare a meno di rilevare, ad esempio, che la libertà di circolazione può essere limitata, per legge, *in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*; che le riunioni, in base all’art. 17, possono essere vietate *per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica*; che analoghe ragioni possono sorreggere la decisione del Governo di sostituirsi agli organi degli enti territoriali (art. 120); e così via. In generale, inoltre, la tutela dei diritti fondamentali citati – temporaneamente “compressa” in forza dei decreti d’urgenza, che a loro volta delegano le statuizioni più specifiche ai successivi DPCM in quanto ordinanze emergenziali – deve essere bilanciata con il diritto alla salute, che l’art. 32 definisce *fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività*, e più in generale con il dovere di solidarietà (art. 2). A proposito, invece, del secondo punto sopra menzionato, si condivide l’opinione per cui «il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 [...] autorizza il Governo a regolare fatti emergenziali attraverso poteri di eccezione, anche in deroga alla legge e limitativi di diritti. Infatti, per come è costruito nell’ordinamento italiano [...] il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità (Corte cost. sent. n. 115 del 2011). Il suo limite pertanto non è nella legge, cui può derogare, ma nei principi dell’ordinamento giuridico e ovviamente nelle norme costituzionali»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sulla legittimità dei DPCM in questione e sulla loro natura di «ordinanze emergenziali» si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da coronavirus*, in questo fascicolo., secondo il quale «i provvedimenti amministrativi *extra ordinem* emanati in esecuzione della normativa primaria altro non sono che ordinanze emergenziali, o meglio, norme d’ordinanza, in linea con le discipline, la giurisprudenza e le prassi vigenti in materia di poteri eccezionali dell’esperienza repubblicana».

<sup>16</sup> E.C. RAFFIOTTA, *op. cit.*. Sul punto v. anche ID., *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 75 ss. Per un approfondimento delle diverse accezioni del



## 5. Riflessioni conclusive

È chiaro, in ogni caso, che la *temporaneità* delle misure adottate costituisce fattore dirimente ai fini della valutazione della loro costituzionalità, dal momento che ci si trova a librarsi su di una situazione decisamente “eliminarla”, in ogni senso. Conclusivamente sul punto, può affermarsi che la gestione complessiva dell'emergenza da parte del Governo ha un *fondamento costituzionale*, e dunque (fatte salve le critiche che possono appuntarsi su singoli provvedimenti, in particolare sulle norme “in bianco” già citate) non può genericamente essere tacciata di illegittimità; al tempo stesso, occorre riconoscere che il sistema delle fonti risulta afflitto da tempo (e certo non dall'inizio di questa emergenza) da una «crisi strutturale»<sup>17</sup>. Tutto ciò rende non più rinviabili almeno due linee di riflessione e dibattito (tra loro intrecciate): da un lato, la necessità di difendere la Costituzione (la cui “elasticità” è stata senza alcun dubbio messa a dura prova, ma non al punto da rendere necessaria, per il futuro, una regolamentazione costituzionale degli stati di emergenza<sup>18</sup>) da qualsivoglia prassi che miri a *mutare l'eccezione in regola*, normalizzando tecniche di normazione e amministrazione che possono essere giustificate solo alla luce di un'emergenza “senza precedenti” come quella in corso; dall'altro lato, l'opportunità di concentrare l'attenzione su fenomeni di lungo periodo, che attengono non solo alla citata crisi endemica del sistema delle fonti, ma anche ai crescenti squilibri nelle relazioni tra i poteri dello Stato che esigono rigorosi interventi di ripensamento e di “correzione” – operazione cui nemmeno si può pensare di attendere, nella misura in cui sfugga il quadro complessivo entro cui siffatti fenomeni si sono via via prodotti.

Sembra allora potersi concludere che non è lo “stato di eccezione” ad offrire la chiave di lettura più adeguata ai fenomeni in corso. Ferma restando, peraltro, la necessità di vigilare affinché la compressione delle libertà democratiche duri il meno possibile e non dia luogo ad abusi e discriminazioni, è a questioni forse altrettanto rilevanti che occorre rivolgere l'attenzione, in particolare nella prospettiva della *ricostruzione*, che non potrà essere un tentativo di ritorno alla “normalità” – perché anche quella normalità (perduta) appariva sempre più come una *deviazione* dal percorso di emancipazione trac-

---

principio di legalità e della fondamentale sent. 115/2011 citata nel testo, v. anche G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it (Osservatorio Emergenza Covid-19)*, 6 ss., il quale tuttavia ritiene che in alcuni casi «la normativa primaria, e a maggior ragione quella secondaria, sempre più influente in questa vicenda, non rispettano gli standard di legalità sostanziale richiesti dalla richiamata giurisprudenza, con svariati profili di contrasto con gli artt. 23, 24, 25, 97 Cost.» (*ivi*, 11). Critici, in particolare sull'uso dei DPCM, anche F. TORRE, *op. cit.*, e A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, 494 ss.

<sup>17</sup> Così A. RUGGERI, *op. cit.*, 204.

<sup>18</sup> Molti Autori si sono invece espressi nel senso dell'opportunità di una revisione costituzionale, allo scopo di disciplinare puntualmente gli stati di emergenza: v. *ex multis* E.C. RAFFIOTTA, *op. cit.*, 11, il quale ritiene che il superamento di questa crisi «potrà essere l'occasione per ripensare all'ordinamento dello stato di eccezione nel nostro Paese»; A. RUGGERI, *op. cit.*, 206, che ritiene necessaria «una disciplina costituzionale dell'emergenza che offra ‘copertura’, a condizioni ed entro limiti puntualmente stabiliti, agli interventi in forma non legislativa che portano a contrazioni ora più ed ora meno vistose dei diritti»; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020, 1-15, il quale ritiene che al termine dell'emergenza si dovrà provare a risolvere «quella sfida – troppe volte fallita in questi ultimi decenni – di un ammodernamento delle nostre istituzioni con delle riforme costituzionali importanti», con riguardo in particolare al sistema delle fonti, al sistema delle autonomie e al rapporto Governo-Parlamento.

ciato dalla Costituzione. Occorrerà allora ragionare, con maggiore impegno che in passato, sulla necessità di tutelare i diritti sociali (da tempo aggrediti e indeboliti dalle politiche neoliberiste, con effetti devastanti, come ha dimostrato il crollo dei sistemi sanitari di alcune regioni), ora sempre più a rischio viste le temute conseguenze economiche della crisi; sui pericoli connessi alle sempre nuove forme di sorveglianza, consentite dallo sviluppo tecnologico, cui generalmente guarda con favore il potere politico nei periodi di emergenza; sulle prospettive dell'Unione europea, che uscirà probabilmente ancora più indebolita da questa fase politica, e che è apparsa particolarmente distante, sul piano delle azioni di contrasto all'emergenza economica, da quegli ideali di solidarietà che ne dovrebbero costituire la ragion d'essere.

## Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale

Roberto Ravi Pinto\*

EMERGENCY IN THE CONSTITUTIONAL STATE: SOME BRIEF CONSIDERATIONS

ABSTRACT: The purpose of these brief considerations is to identify some theoretical starting points relating to the state of emergency. In this regard, after a general recognition of the category, the relationship between the constitutional state and the state of emergency will be highlighted, also in contrast with the authoritarian state; therefore, the article will concentrate on the unstable border between the state of emergency and the state of exception, examining, at the end, the emergency situation caused by the CoViD-19 in the theoretical frame mentioned above.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; liberal-democracy; state of exception; point of attack

SOMMARIO: 1. Una ricognizione generale sulla categoria dell'emergenza – 2. Stato costituzionale e stato d'emergenza – 3. Dall'emergenza attuale all'eccezione potenziale – 4. Conclusioni.

### 1. Una ricognizione generale sulla categoria dell'emergenza

L'emergenza è il caso critico qualificabile *sub specie juris* (o forse sarebbe più corretto dire, come si cercherà di chiarire fra breve, *sub specie constitutionis*); una particolare situazione di fatto che esprime, cioè, un pericolo per la conservazione del gruppo sociale, che si riconduce e risolve nell'alveo ordinamentale. Come suggerisce la parola stessa, del resto, nel caso emergenziale, la situazione di pericolo "emerge" dallo stato di normalità, che rischia di esserne travolto; nel campo semantico appena richiamato, tuttavia, sono ricomprese situazioni fattuali molteplici ed eterogenee: ciascuna di esse accomunata all'altra dalla carica detonante che esprime nei confronti dell'ordinamento giuridico, inteso quale fisiologica circolarità tra fatto e diritto.

L'emergenza intesa quale mero fatto va prima di tutto declinata secondo le coordinate spazio-temporali: si avrà quindi un'emergenza esterna e un'emergenza interna. Mentre la prima si esaurisce (probabilmente) nello stato di guerra (argomento che, in ogni caso, esula dalle considerazioni qui espresse)<sup>1</sup>, la seconda può manifestarsi in molti modi: può essere politica, economica, sanitaria, ambientale e rileva a seconda che investa una parte o l'intero territorio nazionale. L'estensione spaziale del fenomeno considerato non è di secondaria importanza, come si vedrà, sotto il profilo del bilan-

\* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina. Mail: [rravipinto@unime.it](mailto:rravipinto@unime.it). Il presente lavoro è aggiornato al 25 aprile 2020.

<sup>1</sup> Sulla controversa questione di un'interpretazione estensiva dell'art. 78 Cost., come tale applicabile a situazioni emergenziali, e per i relativi riferimenti bibliografici, v. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivistaic.it*, 2, 2015, 12; di recente, in ordine alla possibilità di applicare lo schema logico dell'art. 78 Cost. alla situazione emergenziale in atto, v. anche le considerazioni critiche di S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, *Un dialogo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19, 24 marzo 2020, 5.

ciamento dei rapporti centro/periferia (forma di Stato in senso orizzontale) e delle misure che possono essere adottate per contrastarla. L'altra coordinata interpretativa è quella temporale: l'emergenza si assume, già sul piano fattuale, come limitata nel tempo<sup>2</sup>. Un'emergenza duratura e costante cessa di essere tale, per divenire normalità. A quel punto anche l'ordinamento giuridico ne verrà mutato radicalmente.

L'emergenza è, dunque, quel particolare fenomeno che sollecita in modo radicale la tenuta dell'ordinamento giuridico (in particolar modo l'ordinamento giuridico costituzionale) sia sotto il profilo dell'effettività che sotto il profilo della sua legittimità (profili evidentemente interconnessi, ma sul punto si ritornerà alla fine di queste considerazioni)<sup>3</sup>; a tal riguardo, com'è noto, Carl Schmitt distingue tra *emergenza* latamente intesa, in cui il caso critico è ancora riconducibile ad una qualche norma giuridica, ed *eccezione* in cui l'ordinamento giuridico viene travolto nelle sue fondamenta, ma nel quale sussiste ancora un ordinamento politico, quello statale. L'eccezione è, insomma, lo scenario estremo dell'esistenza politica: oltre, c'è il *bellum omnium contra omnes*, la fine dello Stato e, quindi, la fine della comunità come soggetto politico indipendente e originario<sup>4</sup>.

Alla distinzione richiamata corrispondono, poi, le due locuzioni: dittatura commissaria (stato d'emergenza) e dittatura sovrana (stato d'eccezione)<sup>5</sup>. Il primo tipo di dittatura si ha quando il *dictator* opera sulla base di attribuzioni conferitegli da un potere costituito, nell'ambito del quale egli agisce con poteri *extra ordinem* riguardo «alla commissione da eseguire»<sup>6</sup>. La dittatura sovrana, invece, è quel tipo di dittatura che «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione. Essa non sospende una costituzione vigente facendo leva su

<sup>2</sup> Sulla provvisorietà come «carattere distintivo dell'emergenza», P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, 58.

<sup>3</sup> Sul concetto di legittimità, segnatamente, v., tra gli altri, M. LUCIANI, *Carl Schmitt ed il concetto di «dittatura»*, in *Diritto e società*, 3-4, 1975, in part. 556 ss.; F. LANCHESTER, *Legittimità e legittimazione: le prospettive del costituzionalista*, *Il Politico*, 63, 4, 187, 1998, 547-565; sulla relazione tra le categorie di effettività e di legittimità e quelle di *potestas* e *auctoritas* v. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione, I, fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, part. 395 ss., nonché ID., *La transizione costituzionale, Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999, Torino, 2000, 73 ss.

<sup>4</sup> «Lo stato d'eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal *caos*, dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico. L'esistenza dello Stato dimostra qui un'indubbia superiorità sulla validità della norma giuridica», così C. SCHMITT, *Teologia politica, Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in ID., *Le categorie del Politico*, Milano, 1972, 39.

<sup>5</sup> Cfr. G. SCHWAB, *Carl Schmitt, La sfida dell'eccezione*, trad. it., Bari, 1963, 60 ss.

<sup>6</sup> C. SCHMITT, *La dittatura, Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921), trad. it., Roma, 1975, 37; Sottolinea M. LUCIANI, *Carl Schmitt*, cit., 547: «lo Schmitt parla di dittatura *commissaria* per due concorrenti motivi. Il primo, di ordine logico, è da ritenere risieda nel fatto che il potere del dittatore può essere in questa ipotesi fatto risalire ad una vera e propria *commissione* a lui affidata da parte degli organi supremi (sovrani) dell'ordinamento, al fine di assolvere, come si è visto, ad un impegno contingente, puntuale e temporaneo. D'altro canto, ed è il secondo motivo, di ordine storico, al *dictator* romano può essere avvicinato il *commissario*, figura ben nota al diritto pubblico sino al declino dello stato assoluto e che non a caso lo Schmitt fa oggetto di attenzione particolare». Sulle premesse teorico-concettuali della ricostruzione schmittiana anche M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *historiaconstitucional.com*, 12, 2011, 27.

un diritto da essa contemplato e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una Costituzione ritenuta come quella autentica»<sup>7</sup>.

A ben vedere sia nello stato d'emergenza che nello stato d'eccezione, il valore tutelato è l'autoconservazione del gruppo sociale (*salus rei publicae suprema lex esto*): nella prima, però, la decisione in ordine all'*an* (se dichiarare l'emergenza e come qualificarla giuridicamente), al *quantum* (apprezzamento in ordine alla gravità della situazione emergenziale) e al *quomodo* (mezzi per contrastarla) viene fatta alla luce della costituzione (in senso lato) vigente: nella dittatura sovrana invece la risoluzione dell'emergenza (divenuta eccezione) avviene *en de hors de la constitution* e porta alla *posizione* di un nuovo *punto di attacco*<sup>8</sup> di tipo valoriale, ovvero una nuova costituzione<sup>9</sup> (ma si chiarirà questo punto successivamente).

## 2. Stato costituzionale e stato d'emergenza

Lo Stato costituzionale, osservato nel suo fisiologico funzionamento, presuppone, com'è noto, una poliarchia di valori, potenzialmente in contrasto tra loro, ma in reciproca e dialettica relazione: il conflitto, laddove insorga, è (apparentemente) circoscritto e limitato a casi particolari e non sembra investire l'ordinamento nella sua complessità, non sembra, cioè, metterne in discussione la tenuta.

Da un punto di vista logico, in realtà, ciascun ordinamento (sia esso democratico o non democratico) si fonda almeno, per così dire, su un valore, che rappresenta il *punto d'attacco* dell'ordinamento stesso: negli ordinamenti liberal democratici e personalisti i valori costitutivi (costituzionali) sono riconducibili alla separazione dei poteri (da cui deriva anche il decentramento istituzionale) e alla tutela dei diritti fondamentali; negli altri ordinamenti invece – semplificando – il valore (o disvalore) costitutivo è posto arbitrariamente dal gruppo dominante. In ogni caso, prima ancora che un valore costitutivo (o costituzionale) venga preso in considerazione è necessario che un gruppo sociale esista e si conservi: l'autoconservazione costituisce, quindi, il presupposto fattuale e al tempo stesso normativo di ogni ordinamento giuridico e dei suoi valori costitutivi (o costituzionali).

L'emergenza come fatto mette in pericolo l'integrità, non solo del gruppo sociale, che deve essere salvato, ma anche la coerenza intrinseca dell'ordinamento rispetto alle proprie premesse di valore, quindi rispetto alla sua costituzione. Nello stato d'emergenza (a differenza di quanto, come si vedrà tra poco, avviene nello stato d'eccezione) gli organi competenti non decidono della situazione fattuale, possono solo decidere se qualificarla o meno come stato emergenza e – come si è detto prima – stabilire la natura delle misure e la gravità delle medesime. La decisione *intorno* all'emergenza è, co-

<sup>7</sup> C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 45.

<sup>8</sup> Sulla locuzione «punto d'attacco» riferita alla filosofia dei valori, C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, 53.

<sup>9</sup> Affascinante, ed estremamente critica, poi, la lettura dello *stato d'eccezione* di G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione, Homo sacer*, II, I, Torino, 2003, part. 56 ss.; l'Autore contesta la ricostruzione operata sulla scorta della dittatura commissariale romana e sulla relativa degenerazione, e, richiamando un altro istituto del diritto romano, lo *iustitium* («il termine *iustitium* – costruito esattamente come *solstitium* – significa letteralmente “arresto, sospensione del diritto”»), ricostruisce lo stato d'eccezione, non come luogo di *giuridicizzazione* del *politico*, bensì come *non luogo*, «spazio vuoto di diritto» che, inspiegabilmente, «sembra essere per qualche ragione, così essenziale all'ordine giuridico, che questo deve cercare in tutti i modi di assicurarsi una relazione con esso, quasi che, per fondarsi, dovesse mantenersi necessariamente in rapporto con un'anomia».

me si è appurato, comune allo Stato democratico e a quello non democratico<sup>10</sup>; la risposta allo *shock* che l'emergenza impone distingue le due forme di Stato. Proprio nella graduazione delle misure e nelle limitazioni dei diritti fondamentali si apprezza il bilanciamento tra valori fondamentali: lo Stato costituzionale non può rinunciare mai fino in fondo ai suoi valori costitutivi (costituzionali appunto), anche di fronte al caso imprevedibile e come tale «non previsto, cioè non descritto dall'ordinamento giuridico vigente»<sup>11</sup>, cioè, non può contraddire le sue premesse, ma può (e, per continuare a definirsi tale, deve) limitarne l'efficacia nel tempo e nello spazio, e ciò nella misura strettamente necessaria a contenere e risolvere il caso critico. La limitazione temporale dei diritti fondamentali per un periodo di tempo definito, ma non prevedibile aprioristicamente, è bilanciamento, si potrebbe dire, in senso eminente. La parola *spazio*, poi, non si riferisce alla mera estensione territoriale dell'emergenza, che come tale, laddove si presenti in modo massivo, investe necessariamente porzioni importanti di (o addirittura l'intero) territorio dello Stato, bensì all'articolarsi, all'estendersi per così dire, del diritto emergenziale dal centro alla periferia.

In altre parole, se la prima coordinata, quella temporale, riguarda la sospensione dei diritti fondamentali per un periodo limitato, e quindi attiene alla forma di Stato in senso verticale, al rapporto, cioè, tra autorità e libertà; la seconda si rivolge, invece, alla forma di Stato in senso orizzontale e quindi al decentramento istituzionale, con l'ovvia conseguenza che le decisioni intorno all'emergenza sono di competenza degli organi di indirizzo politico e gli interventi di altri livelli di governo, laddove ammessi, non possono, in uno Stato costituzionale, adottare misure differenti da quelle previste a livello centrale<sup>12</sup>, il solo cui compete il bilanciamento tra i beni apicali che l'emergenza pone in discussione<sup>13</sup>.

È, a questo punto, facilmente intuibile il perché lo Stato non democratico, nel governo delle emergenze, non riscontri i *problemi* che, invece, può incontrare uno Stato democratico (e in particolar modo costituzionale), sebbene entrambi siano posti di fronte al caso critico e alla necessità – comune – di preservare il gruppo sociale.

La vera differenza nel governo delle emergenze tra Stato non democratico e Stato democratico risiede quindi non (o meglio non soltanto) nella possibilità di individuare procedure e controlli nel governo dello stato emergenziale, bensì negli obiettivi che si perseguono nel governare il caso critico: per lo Stato autoritario è sufficiente preservarsi sul piano dell'effettività, lo Stato liberal-democratico (e personalista) nel perseguire l'istanza di conservazione, invece, deve necessariamente difendere anche i presupposti di valore posti alla base della civile convivenza, pena la sua stessa soccombenza. Per questa ragione, come si cercherà di articolare nel paragrafo successivo, la differenza schmittiana

<sup>10</sup> Per una recente riflessione sul tema delle forme di Stato, cfr. A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2019, 53 ss.

<sup>11</sup> P. PINNA, *op. cit.*, 8.

<sup>12</sup> Quanto appena detto non esclude la possibilità che la normativa statale consenta alle Regioni e agli enti locali di intervenire, in singole parti del territorio nazionale, con misure maggiormente restrittive.

<sup>13</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivistaaic.it*, 2, 2020, del 10 aprile 2020, 130 ss.; A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *ditittiregionali.it*, 21 marzo 2020, 376 ss.; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; v. inoltre F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza CoVid-19*, in questo fascicolo.

tra stato d'emergenza e stato d'eccezione e la conseguente distinzione tra dittatura commissaria e dittatura sovrana, probabilmente, hanno senso solo nell'ambito dello Stato liberal democratico.

### 3. Dall'emergenza attuale all'eccezione potenziale

In uno stato costituzionale fondato sul principio di separazione dei poteri e sulla tutela dei diritti fondamentali è la stessa costituzione ad individuare (anche solo implicitamente) l'organo competente a risolvere il caso critico e quest'organo non può che essere il titolare dell'indirizzo politico. In secondo luogo, la limitazione deve necessariamente essere limitata nel tempo, pena il trasformarsi dell'emergenza in eccezione; infine, l'estensione spaziale dell'emergenza può richiedere una risposta coordinata: ciò implica un accentramento delle competenze in capo al livello centrale di governo, il solo in grado di dare una risposta unitaria.

L'esigenza di fronteggiare una situazione emergenziale e di preservare l'ordine costituito può – ovviamente – investire anche lo Stato non democratico, in cui – per definizione – sono assenti principi quali la separazione dei poteri, e anche la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, laddove prevista formalmente, appare essere più un mero enunciato propagandistico che una reale tensione ad un ideale di giustizia. In questi contesti la differenza tra emergenza ed eccezione appare, però, labile, attesa l'assenza di parametri costituzionali che consentano di verificare la validità delle decisioni rispetto alle premesse.

Il caso critico, in altri termini, investe – in entrambe le forme di Stato – sia il piano esistenziale che quello ordinamentale: tuttavia, mentre lo stato non-democratico si preoccupa di gestire l'emergenza sul piano dell'effettività, quello liberal-democratico, e segnatamente costituzionale, deve gestire l'emergenza sia sotto il profilo dell'effettività (*potestas*) che sotto quello della legittimità (*auctoritas*), adottando misure di contenimento e risoluzione che, nel garantire la tenuta dell'ordinamento, siano al tempo stesso legittime e avvertite come tali dal gruppo sociale.

Sopra si è fatto cenno ad una possibile tassonomia dell'emergenza: tuttavia, alla luce di quanto affermato, sembra potersi dire che, almeno in potenza, ogni emergenza può trasformarsi in emergenza politica, può trasformarsi, cioè, in un test di resistenza per le strutture istituzionali e costituzionali di un determinato ordinamento giuridico. L'emergenza intesa quale caso critico, difatti, erode la legittimazione di quei sistemi giuridici che si fondano soprattutto sul perseguimento di un'istanza di giustizia, che si muovono cioè sul piano della legittimità: è possibile, quindi, che l'emergenza fattuale si trasformi in emergenza politica e che lo stato d'emergenza, a sua volta, si trasformi in stato d'eccezione.

Il *discrimen* tra stato d'emergenza e stato d'eccezione è, probabilmente, individuabile in questo: nell'emergenza gli organi cui spetta la competenza nel caso critico si limitano a dichiarare la situazione di pericolo, ma non la creano; v'è ancora una norma generale ed astratta (sia essa esplicita o implicita), nella quale il fatto emergenziale viene ricondotto e quindi, fuor di metafora, v'è ancora una costituzione. Nello stato d'eccezione, invece, il caso critico sfugge di mano e la sua risoluzione, che avviene al di fuori della costituzione vigente, coincide con un nuovo posizionamento (o un riposizionamento) assiologico.

A ben vedere mentre lo stato d'emergenza intende preservare non soltanto l'esistenza del gruppo sociale, ma anche i suoi valori costitutivi (o costituzionali), nello stato d'eccezione una delle parti in conflitto decide dell'esistenza del gruppo, ponendo al tempo stesso nuovi valori costitutivi (o costituzionali). Se da un lato, quindi, l'ordinamento costituzionale vigente guarda all'emergenza con le proprie categorie e i propri valori, nello stato d'eccezione l'emergenza può essere strumentalizzata – quando, secondo la ricostruzione schmittiana, non sia lo stesso sovrano ad imporla – per la ridefinizione dell'assetto costituzionale<sup>14</sup>.

Laddove si ritenga plausibile quanto appena delineato, sorge spontanea una domanda: fino a che punto, per governare il fatto emergenziale, possono limitarsi i diritti fondamentali, senza rischiare che lo stato d'emergenza si trasformi in stato d'eccezione? La razionalizzazione dell'emergenza, le procedure che di volta in volta possono essere individuate, i controlli sull'operato degli organi costituzionali deputati alla gestione del caso critico sono sicuramente fondamentali; è tuttavia necessario che i soggetti, cui è riconosciuta la competenza nel caso di necessità, siano in grado di continuare a legittimare le proprie decisioni come compatibili con la cornice assiologica di riferimento<sup>15</sup>.

In questo si avverte ancor di più la distanza con gli Stati non democratici, laddove stato d'emergenza e stato d'eccezione si sovrappongono in un corto circuito, che si gioca, per lo più, sul piano dell'effettività che non su quello della legittimità<sup>16</sup>.

Per concludere, quindi, si può dire che negli stati emergenziali a palesarsi è, in sostanza, il valore fondamentale intorno al quale il gruppo sociale si consolida e nel quale si rispecchia: nel bilanciamento di valore definitivo che l'emergenza pone, ciascun ordinamento dismette le auto-qualificazioni contenute nei testi costituzionali e – alla prova del fatto estremo – chiarisce, una volta per tutte, la sua vera natura.

#### 4. Conclusioni

In conclusione, alla luce di quanto sopra delineato, appare opportuno spendere qualche considerazione sulla grave emergenza sanitaria in atto nel nostro Paese. Come si è cercato di dire, il fatto emergenziale, investendo l'ordinamento nella sua globalità, sposta il bilanciamento tra valori costituzionali sul piano più alto, quello dell'autoconservazione del gruppo sociale; in questo senso si possono individuare, almeno, tre profili di analisi: a) il rapporto tra autorità e libertà, in ordine alla compressione delle libertà civili (forma di stato in senso verticale); b) il rapporto tra centro/periferia, in ordine, per così dire, all'estensione territoriale del diritto emergenziale (forma di stato in senso oriz-

<sup>14</sup> Secondo l'elaborazione schmittiana il sovrano non solo risolve lo stato d'eccezione, ma è lui stesso a stabilire quando l'eccezione si verifichi. Cfr. C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 29. Sul punto v. anche M. LUCIANI, *Carl Schmitt*, cit., 549.

<sup>15</sup> In questo senso, B. ACKERMAN, *La costituzione d'emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, trad. it., Roma, 2005, 35, coglie un punto nodale quando, riguardo alla categoria dello stato d'emergenza, afferma che «dobbiamo riappropriarci del concetto e sottrarlo a pensatori fascisti come Carl Schmitt che lo usò come un randello contro la democrazia liberale».

<sup>16</sup> A. SPADARO, *La transizione costituzionale*, cit., 78.

zontale); c) il rapporto tra gli organi costituzionali in ordine alla competenza sul caso critico (forma di governo)<sup>17</sup>.

In ordine al primo punto: la limitazione di alcune libertà fondamentali si inserisce nello schema paradigmatico dello stato d'emergenza<sup>18</sup>. Nel conflitto tra valori supremi che l'istanza di autoconservazione pone, i beni della vita e della salute prevalgono inevitabilmente su altri beni costituzionalmente protetti, siano essi la libertà di circolazione e soggiorno<sup>19</sup> che la stessa libertà di iniziativa economica. Una simile limitazione, però, è compatibile con l'assetto costituzionale, nella misura in cui sia circoscritta per un tempo, se non definito, quantomeno ragionevolmente definibile. Se questo profilo appare del tutto scontato, meno scontata potrebbe apparire la riflessione in ordine al rapporto che intercorre tra centro e periferia. V'è, per così dire, un rapporto di proporzionalità inversa tra la compressione delle competenze degli enti decentrati e l'estensione territoriale dell'emergenza: più il fatto emergenziale si distende sul territorio nazionale, più la competenza a risolverlo tende ad essere attratta dal livello centrale di governo; ciò trova conferma, del resto, nello stesso principio di sussidiarietà (cui fa riferimento anche il codice della protezione civile, contenuto nel d.lgs. n. 1/2018), da intendersi, in questo caso, anche in termini bidirezionali o rovesciati<sup>20</sup>.

Quest'ultima considerazione ci porta infine all'ultimo punto: *quis iudicabit?* a chi spetta cioè la competenza *extra ordinem* sul caso critico? Com'è noto, la nostra Costituzione non formalizza lo stato d'emergenza, ma non per questo è sprovvista di strumenti per contrastarla<sup>21</sup>. I provvedimenti provvisori ex art. 77 Cost. furono concepiti proprio in questa prospettiva, preoccupandosi, il Costituente, di individuare, per il caso di necessità, una fonte del diritto subordinata alla Costituzione<sup>22</sup>. In ogni caso, dal sistema si può ricavare, verosimilmente – e in termini più generali –, una competenza *implicita* sull'emergenza, che spetta proprio all'esecutivo (in quanto organo direttamente responsabile di fronte al Parlamento)<sup>23</sup> il quale può individuare comunque la fonte più opportuna a risolvere il caso criti-

<sup>17</sup> Secondo P. PINNA, *op. cit.*, 1 ss., «i problemi relativi allo stato d'eccezione (o di necessità) [...] vengono considerati attinenti alla dialettica tra autorità e libertà», sicché «lo stato d'eccezione viene ricostruito come condizione in cui le libertà vengono “sacrificate” per assicurare l'ordine minacciato»; questa lettura, tuttavia, «trascura di considerare [...] che lo stato d'eccezione att[ie]ne non solo né tanto alle libertà, ma anche e soprattutto all'organizzazione dei poteri pubblici e alle relazioni tra questi. [...] Sotto quest'ultimo profilo, è di maggiore interesse, invece, l'impostazione per cui lo stato d'eccezione costituisce un problema della sovranità, sicché al centro di essa è posta la questione di chi esercita il potere di eccezione e le caratteristiche del potere medesimo».

<sup>18</sup> Cfr. sul punto S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *op. cit.*, 3.

<sup>19</sup> Sulla compressione della libertà di circolazione e soggiorno in seguito all'emergenza sanitaria da CoViD-19, da ultimo, G. D'AMICO, *La libertà “capovolta”, Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, 2020, 163 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1994, 1041 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009.

<sup>21</sup> Cfr. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale, Definizione e modelli*, Milano, 2003, 323 e ss.

<sup>22</sup> Cfr. G. ROLLA, *op. cit.*, 10 ss., ma v. anche A. SPADARO, *I principi di continuità e sussidiarietà*, cit., 1046 ss.

<sup>23</sup> Appare opportuno ricordare come secondo attenta dottrina, la nostra «Costituzione ammette la sospensione di posizioni soggettive private, mentre come regola esclude la sospensibilità di norme costituzionali di organizzazione», così P. PINNA, *op. cit.*, 139.

co<sup>24</sup>, che, in quanto fatto imprevedibile per definizione, non può essere imbrigliato in prescrizioni normative rigide (purché, beninteso, si tratti di fonte di livello *sub-costituzionale*, nel «rispetto del principio di legalità e della riserva di legge»)<sup>25</sup>.

Per concludere, lo Stato costituzionale gioca la *partita* esiziale intorno al caso critico, non solo sul piano dell'effettività, ma anche e soprattutto su quello della legittimità: lo Stato liberal democratico e personalista, infatti, non cessa (e non deve cessare) di essere tale anche durante l'emergenza, poiché continua (e deve continuare) a far leva sull'*auctoritas* piuttosto che – come accade negli stati autoritari – sulla *potestas*; laddove, invece, rinunciasse alle proprie premesse di valore, diverrebbe inevitabilmente altro.

Per questa ragione, nel momento in cui il caso *limite* si manifesta, bisogna fare appello alle istanze più elevate, riconosciute e fatte proprie dalla Costituzione, in primo luogo al dovere di solidarietà sociale, nel quale, a ben vedere, ogni bilanciamento, anche quello più estremo, si riassume e risolve.

<sup>23</sup> Secondo una parte della dottrina, la collocazione gerarchica della singola fonte, in fondo, è soltanto orientativa, va considerato, infatti, anche il nucleo di valore da essa qualificato normativamente; sul punto v. A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, II, studi degli anni 1992/95, Torino, 1996, 400.

<sup>24</sup> Del resto, come affermava S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e pubblica amministrazione*, 1, 1909, pt. 1, 256 ss.: il «conflitto che nasce fra il diritto dello Stato di mantenere la sua esistenza e il suo assetto politico, e il diritto di libertà degli individui, che è necessario limitare o sacrificare in favore del primo [...] non è e non può essere che un momento del tutto secondario, una semplice conseguenza rispetto ad un momento più generale e comprensivo. [...]. Quel che importa qui notare è [...] la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove. Onde la conseguenza che il momento originario, cui si deve aver riguardo, è per l'appunto tale sostituzione, sia pure provvisoria e limitata, di un nuovo diritto obbiettivo al diritto obbiettivo già esistente»; sulla necessità come fonte del diritto, v. anche P. PINNA, *op. cit.*, 92 ss.

<sup>25</sup> Sul punto, G. SILVESTRI, *Covid-19*, cit.; vale, inoltre, la pena sottolineare che la *costituzionalizzazione* degli stati d'emergenza appare strada accidentata da percorrere, per almeno due ragioni: innanzitutto, la nostra Costituzione prevede già un preciso paradigma dell'emergenza (cfr., tra gli altri, anche F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivistaic.it*, 4, 2011); in secondo luogo, ogni tipo di emergenza (sia essa economica, ambientale, sanitaria) che, per intensità *fattuale*, lambisca il *piano* costituzionale è, almeno in potenza, emergenza politica in senso proprio. In altre parole, la razionalizzazione a livello costituzionale degli stati emergenziali, in realtà, *inocula* sul piano più elevato dell'ordinamento – quello costituzionale, appunto – pericolose componenti di decisionismo.

## Funzionalità delle istituzioni e impedimento dei titolari. Note sulla supplenza in tempo di epidemia

Giulio Santini\*

FUNCTIONALITY OF INSTITUTIONS AND IMPEDIMENT OF THE OFFICE HOLDERS. NOTES ON DEPUTISING DURING THE EPIDEMIC

ABSTRACT: This article aims to reconstruct the Italian system of deputising and succession of office holders in the case of death or impediment, looking for any criticalities related to the possibility of multiple vacancies during the epidemic. Most important positions at national, regional and local level are analysed. Further, short notes are devoted to collegiate bodies, such as the Constitutional Court and the Council of Ministers.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; deputising; succession of the office holders; functionality of institutions

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il Presidente della Repubblica – 3. Il Presidente del Consiglio dei ministri – 4. I Presidenti delle Camere e della Corte costituzionale – 5. I Presidenti delle Regioni e delle Province autonome – 6. I Sindaci – 7. Gli organi collegiali – 8. Conclusioni.

### 1. Premessa

**N**ell'Italia repubblicana, una situazione come quella dell'emergenza per l'epidemia di *CoViD-19* costituisce senz'altro un *unicum* carico di incertezze. La notevole e repentina diffusione della malattia non ha risparmiato esponenti dell'amministrazione e delle istituzioni, alcuni dei quali direttamente preposti alla gestione della salute pubblica: membri del Governo, Presidenti di Regione, Sindaci, giudici costituzionali, parlamentari, consiglieri regionali. L'operatività degli organi monocratici e collegiali più importanti del Paese è stata messa alla prova tanto dalle restrizioni alla mobilità e all'aggregazione delle persone, quanto dall'impedimento fisico di alcuni dei titolari: sicché, pare opportuno riflettere, in questo contributo, sulle regole che disciplinano simili avverse circostanze e sulle criticità che eventualmente possano emergere quando esse assumano le proporzioni che le recenti vicende hanno mostrato, con l'avvertenza che si terrà da parte la materia del regolare funzionamento delle assemblee rappresentative, in quanto meriterebbe una trattazione autonoma, anche alla luce di questioni quali l'espressione del voto a distanza, la distorsione della rappresentanza e il controllo degli atti dell'esecutivo<sup>1</sup>.

\* Allievo ordinario di Scienze giuridiche, Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" (Pisa). Mail: [giulio.santini@sssup.it](mailto:giulio.santini@sssup.it). Il presente lavoro è aggiornato al 27 aprile 2020.

<sup>1</sup> Sul punto, il rinvio è almeno a S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in questo fascicolo; F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del*

## 2. Il Presidente della Repubblica

Analogamente a quanto avviene nel caso di viaggi all'estero di lunga durata, il Presidente della Repubblica, caduto malato, potrebbe dichiarare la circostanza dell'impedimento temporaneo con atto a propria firma (un d.P.R., sentito il Consiglio dei ministri, sulla proposta del suo Presidente)<sup>2</sup>. Come è noto, il supplente, tanto in questo caso, quanto in quello di morte o impedimento permanente, sarebbe il Presidente del Senato, ex art. 86.1 Cost., il quale assume il titolo di Presidente supplente della Repubblica.

Qualora il Capo dello Stato fosse impossibilitato a dichiarare la propria infermità, verrebbe in rilievo, sulla scorta di quanto verificatosi nel 1964 per la malattia di Antonio Segni, la necessità di una presa d'atto degli esiti dei bollettini medici da parte del Consiglio dei ministri, pronunciata su istanza del relativo Presidente e notificata ai Presidenti delle Camere<sup>3</sup>. Di questa devono essere apprezzate, a un tempo, l'essenzialità procedurale e la capacità di coinvolgere tanto il Parlamento (che sarebbe, peraltro, chiamato in qualche modo a "ratificare" la scelta riunendosi per l'elezione del successore) quanto l'Esecutivo<sup>4</sup>.

Nella lacuna «del tutto volontaria»<sup>5</sup> del testo costituzionale, e in assenza di precedenti, questa prassi, con il coinvolgimento del Presidente supplente e, quindi, del suo vicario alla presidenza *pro tempore* del Senato, è stata ritenuta valida anche per l'accertamento dell'impedimento permanente: esso, come la dipartita, dà luogo alla indizione delle elezioni presidenziali da parte del Presidente della Camera, o, si ritiene, di chi ne faccia le veci, entro quindici giorni (art. 86.2 Cost.), salvo che il Parlamento sia sciolto o manchino meno di tre mesi alla fine della Legislatura (eventualità per cui rileva l'art. 85.3 Cost.).

È peraltro interessante osservare come, a differenza del d.P.R. dichiarativo dell'impedimento temporaneo, e a somiglianza dell'atto di dimissioni, tale accertamento non abbia il tenore dell'atto normativo, pur essendo soggetto alla pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale*.

*coronavirus*). Una prima introduzione, in *Federalismi.it*, 6, 2020, 215 ss.; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020; M. BOZZAOTRE, *Alcune considerazioni su voto a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 31 ss.; N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, *ivi*, 121 ss.

<sup>2</sup> Si tratta di un'eventualità in passato abbastanza frequente, ma caduta in desuetudine in età di viaggi più brevi e dai tempi di spostamento assai ridotti (cfr. G. GUARINO, *Viaggio all'estero e supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 109, 1958, 305 ss.). Un esempio, forse il più recente, è quello relativo alla visita di Francesco Cossiga negli Stati Uniti e in Gran Bretagna (in parte in forma privata), all'inizio del 1992; col d.P.R. n. 6/92 fu disposta la supplenza «per le funzioni non inerenti allo svolgimento della missione all'estero [...] fino al rientro del Capo dello Stato nel territorio nazionale» (cfr. Archivio storico Pres. Rep., cerimoniale, 10-14 genn. 1992).

<sup>3</sup> Cfr. la ricostruzione di P. BARILE, *Natura e accertamento degli impedimenti del Presidente della Repubblica*, in *Rassegna parlamentare*, 6, 1964, 401 ss.

<sup>4</sup> Cfr. tra gli altri P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2014, 225 ss.; G. ROLLA, *L'organizzazione costituzionale dello Stato*, Milano, 2010, 325 ss. Per una rassegna di altre possibili soluzioni: G. CUOMO, *Il Presidente della Repubblica: impedimento e supplenza*, Napoli, 1982, 133 ss. Fa salva la possibilità di ricorrere alla Corte costituzionale in sede di conflitto fra poteri L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986,

<sup>5</sup> P. ARMAROLI, *L'elezione del Presidente della Repubblica in Italia*, Padova, 1977, 272.

Bisogna ricordare che una malattia, pur seria, da sola non osta al disimpegno delle funzioni presidenziali: per esempio, nell'inverno del 1962, a seguito delle dimissioni del Governo Fanfani III, Giovanni Gronchi tenne le consultazioni dal letto della sua casa privata, costretto da una grave forma di influenza<sup>6</sup>. Tuttavia, questo gli fu possibile anche perché alle molteplici personalità convocate non era impedito di accedere al suo capezzale. In un caso di sindrome da nuovo *coronavirus*, lievi o gravi che siano i sintomi, pare che l'isolamento non possa consentire altrettanto: così, nel caso urgessero colloqui istituzionali, l'alternativa a delegarli al Presidente del Senato sarebbe di effettuarli a distanza: un'eventualità già da tempo comune, per esempio, nel caso delle consultazioni telefoniche di rito con i Presidenti emeriti impossibilitati a recarsi al Quirinale, e, in ultimo, particolarmente praticata anche ai livelli più alti, per le difficoltà e i pericoli insiti negli spostamenti e negli incontri fisici.

Per quanto riguarda il ruolo del Capo dello Stato negli organi collegiali, occorre ricordare come Cesare Merzagora, nel 1964, abbia fissato il precedente per cui è al Presidente supplente, e non al relativo Vicepresidente, che spetta la presidenza *ad interim* del Consiglio superiore della Magistratura (seppure solo per «decidere che, nella specie, fosse inopportuno esercitare tali funzioni in prima persona»<sup>7</sup>). Lo stesso deve essere creduto per quanto riguarda il Consiglio supremo di difesa, il cui Vicepresidente è il Presidente del Consiglio dei ministri (*ex art. 2 l. 624/50*).

Se non è questa la sede per approfondire il tema dei limiti all'esercizio del potere presidenziale da parte del supplente, oggetto in dottrina di ampie e problematizzanti ricostruzioni<sup>8</sup>, mette conto, per il fatto che non si tratta di eventualità del tutto improbabile, indagare il caso di simultanea incapacità del Presidente della Repubblica e di quello del Senato. Sul punto si registra, in dottrina, un contrasto: è stato sostenuto da più voci che le funzioni vicarie siano rimesse a una persona determinata, il cui titolo di legittimazione risiederebbe nell'essere stato eletto al vertice di Palazzo Madama<sup>9</sup>; altri autori hanno invece ritenuto trattarsi di una fattispecie di supplenza di organo: chi, in mancanza del Presidente del Senato, ne svolga le funzioni a titolo interinale risulterebbe chiamato alla supplenza, finché duri l'assenza o incapacità di questi o del Capo dello Stato<sup>10</sup>.

Così, viene in rilievo la figura del Vicepresidente vicario: scelto, tra i quattro eletti dai senatori, dallo stesso Presidente di assemblea (*ex art. 9 r.S.R.*); in difetto di tale designazione, che talora interviene in via generale, e talaltra per un determinato affare, la *senioritas* dovrebbe risultare dall'anzianità di carica o, in subordine, dal numero di voti ricevuti nella medesima elezione, secondo il precedente fissato in occasione della morte del Presidente Tommaso Morlino, nel 1983; mancando tutti Vicepresidenti, dovrebbe valere il criterio che assegna la presidenza provvisoria al senatore decano d'età<sup>11</sup>.

La diversa qualità della legittimazione di Presidente e vicario, nonché il rilievo solo endorganico delle attribuzioni di quest'ultimo, farebbe propendere, in via di principio, per accogliere la tesi che rimette

<sup>6</sup> Archivio storico Pres. Rep., cerimoniale, 6-10 febb. 1962.

<sup>7</sup> L. PALADIN, *op. cit.*, 193.

<sup>8</sup> Per le quali si rinvia, in modo ovviamente non esaustivo, alla bibliografia citata in questa sezione; cfr. anche A.M. DE CESARIS, *La supplenza del Presidente della Repubblica*, Napoli, 1990.

<sup>9</sup> Per primo L. ELIA, *La continuità degli organi costituzionali*, I, Milano, 1958, 100; anche, G. CUOMO, *op. cit.*, 146 ss.

<sup>10</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Art. 86*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Il Presidente della Repubblica*, Bologna-Roma, 1978, 122.

<sup>11</sup> Cfr. L. GORI, *Presidenti e Vicepresidenti delle Camere*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO, G. RIVOSECCHI (a cura di), *I Presidenti di assemblea parlamentare*, Bologna, 2014, 216 ss.

la supplenza soltanto al primo<sup>12</sup>; ma la necessità di assicurare in ogni caso la continuità delle istituzioni rende preferibile una soluzione che contempra la possibilità di ricorrere al Vicepresidente: in questo modo (se del caso, nelle more dell'elezione del successore) potrebbe essere identificata una "linea di successione" aperta almeno ad altri quattro soggetti (ma forse a tutti i senatori)<sup>13</sup>. Rifiutare questa interpretazione costringe a prospettare lo scenario di un grave vuoto di potere in situazioni drammatiche, ovvero un farraginoso meccanismo per il quale si dovrebbero invocare le dimissioni del Presidente del Senato incapace, onde procedere all'elezione di un sostituto, aprendo un *iter* lungo e complesso, specie quando sia difficile riunire l'assemblea<sup>14</sup>; in caso, poi, di doppio impedimento temporaneo, tale operazione, che comporterebbe una menomazione definitiva delle attribuzioni del Presidente del Senato per una supplenza di breve durata, appare invero poco giustificabile<sup>15</sup>.

### 3. Il Presidente del Consiglio dei ministri

Muovendo ora l'analisi a proposito delle alte cariche dello Stato, per quanto riguarda il Presidente del Consiglio dei ministri, l'attore politico più importante nel caso di una grave crisi<sup>16</sup>, la legge si pronuncia espressamente (art. 8 l. 400/88), prevedendo, nei casi di assenza o impedimento temporaneo, che la supplenza spetti al Vicepresidente del Consiglio dei ministri (eventualmente al più anziano di essi, se sono più di uno) o, in mancanza, al Ministro decano d'età (al presente, Luciana Lamorgese). La norma è venuta recentemente in rilievo in occasione della malattia di Paolo Gentiloni, nel gennaio 2017, quando egli fu temporaneamente sostituito da Pier Carlo Padoan e nel giugno 2018, durante la visita di Giuseppe Conte in Canada, con il Consiglio dei ministri eccezionalmente presieduto da Matteo Salvini.

Non disciplinata in maniera esplicita, e assai poco investigata dalla dottrina, l'ipotesi di cessazione delle funzioni del Presidente del Consiglio dei ministri per decesso o impedimento permanente. Si ri-

<sup>12</sup> Interessante anche l'osservazione di L. PALADIN, *op. cit.*, p. 194, per cui la teoria della supplenza rimessa a persona determinata risulta suffragata alla luce del fatto che «nel corso dell'impedimento il Presidente del Senato rimane sospeso dall'esercizio delle funzioni che istituzionalmente gli competono», essendo così scisse la persona-Presidente e l'organo-Presidenza, le cure dei quale sono rimesse *pro tempore* al vicario.

<sup>13</sup> Se la figura e il termine "linea di successione" possono apparire impropri in un regime repubblicano, caratterizzato dalla necessaria legittimazione democratica dei titolari di incarichi politici, si può tuttavia ricordare il disposto dell'art. II.1.6 della Costituzione americana ha consentito al Congresso l'approvazione dei *Presidential Succession Acts* (l'ultimo datato 1947 e più volte emendato), i quali affidano la continuità del Governo, quando vengano a mancare (in modo permanente o temporaneo) Presidente e Vicepresidente, a una rosa di diciassette soggetti (lo *Speaker* della Camera dei rappresentanti, in subordine il Presidente *pro tempore* del Senato, infine i Segretari del Gabinetto secondo la precedenza protocollare; cfr. A.S. BELENKY, *Who Will Be the Next President? A Guide to the U.S. Presidential Elections System*, Cham, 2016, 60 ss.).

<sup>14</sup> È la proposta di A. BOZZI, *Sulla supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 1959, 48.

<sup>15</sup> Cfr. V. CARBONE, *La supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico.*, 1, 1963, 55.

<sup>16</sup> Le cronache della Gran Bretagna hanno registrato l'eventualità di un capo di Governo impedito dal *CoViD-19*: le funzioni di Boris Johnson, costretto al ricovero in ospedale, sono state interinalmente affidate a Dominic Raab, *First Secretary of State* (incarico con funzioni vicarie istituito nel 1962 in alternativa a quello di *Deputy Prime Minister*: cfr. R. BRAZIER, *Constitutional Practice: the Foundations of British Government*, Oxford, 1999, 81).

tiene che, in caso di morte del capo dell'Esecutivo, il Presidente della Repubblica dovrebbe procedere senza indugio alla nomina di un successore, avviando la formazione di un nuovo esecutivo<sup>17</sup>: nelle more eserciterebbe la supplenza chi avrebbe avuto titolo in caso di impedimento *sede plena*. Per quanto riguarda l'accertamento dell'incapacità permanente, che avrebbe le medesime conseguenze, è lecito pensare che il Capo dello Stato debba attivarsi su impulso del Consiglio dei ministri, eventualmente di concerto con le Camere o i loro Presidenti (ferma restando la possibilità di una mozione di sfiducia per un Gabinetto senza guida).

#### 4. I Presidenti delle Camere e della Corte costituzionale

Data la presenza di vicari, il decesso (nelle more dell'elezione del successore) e l'impedimento temporaneo dei Presidenti del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati e della Corte costituzionale non dovrebbero creare particolari problemi per i rispettivi organi. Resta il nodo del problematico accertamento dell'impedimento permanente: per la spiccata autonomia dei tre organi costituzionali, comunque, si ritiene non possa che essere rimesso a un procedimento del tutto interno, su iniziativa degli uffici di presidenza<sup>18</sup>.

Dei Vicepresidenti del Senato si è detto, mentre il vicario di Montecitorio è individuato, per una prassi che sembra discendere da una lettura coordinata degli art. 2, 5 e 9 r.C., nel Vicepresidente più anziano d'elezione, o, in subordine, nel più votato dello stesso scrutinio, in eventuali Vicepresidenti di Legislature precedenti, o, infine, nel deputato più vecchio<sup>19</sup>. L'art. 6 della l. 87/53 demanda al Presidente della Corte costituzionale di nominare un vicario, che, *ex art. 22-bis r.C.c.*, assume il titolo di Vicepresidente ed è a sua volta supplito, se del caso, dal giudice più anziano (di carica), cui i colleghi possono conferire la stessa qualifica (art. 23 r.C.c.)<sup>20</sup>. Attualmente, sarebbero quindi chiamati alla supplenza Roberto Calderoli al Senato (in mancanza di un vicario designato) e Mara Carfagna alla Camera; alla Corte costituzionale i Vicepresidenti confermati da Marta Cartabia sono due: Aldo Carosi (decano di carica) e Mario Rosario Morelli.

#### 5. I Presidenti delle Regioni e delle Province autonome

Nelle Regioni ordinarie, la morte del Presidente eletto direttamente comporta, *ex art. 126.3 Cost.*, le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio. Altrettanto vale per l'impedimento permanente, ma sono pochi i casi in cui se ne disciplina la verifica: in Emilia-Romagna è richiesta la presa d'atto da parte della Consulta di garanzia statutaria (art. 69.1(a) s.r.); in Toscana è previsto l'intervento di una commissione medica nominata dal Consiglio regionale, con la discussione del referto in assemblea e l'emanazione di un decreto del relativo Presidente (art. 2 l.r. 16/10); l'organo legislativo è

<sup>17</sup> Cfr. L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 690.

<sup>18</sup> Cfr., per le Camere, E. VOZZI, *Art. 63*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Le Camere*, I, Bologna-Roma, 1983, 436.

<sup>19</sup> Cfr. L. GORI, *op. cit.*, 218.

<sup>20</sup> La figura del Vicepresidente designato dalla Corte è stata introdotta nel 1996 per far fronte alla contingenza di tre giudici con la medesima anzianità di carica (cfr. E. MALFATTI, R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 62).

coinvolto anche in Umbria, dove la decisione spetta all'Ufficio di presidenza (art. 50.3 s.r.); infine, nel Lazio, l'accertamento è compiuto con decreto del Presidente dell'assise regionale (art. 44.2 s.r.).

Dove si abbia carenza di disposizioni, sono state ipotizzate soluzioni di fatto che prevedano al richiedente di un parere agli organi di garanzia statutaria, ma è possibile pensare anche a una valorizzazione della figura chiamata a convocare le elezioni suppletive: tale compito, in generale, spetta a chi tiene la presidenza *pro tempore* (d'intesa con il Presidente della Corte d'appello in Emilia-Romagna, ex art. 16.1 s.r., o con quello del Consiglio regionale in Basilicata, ex art. 5.2 l.r. 20/18); e, in Lombardia e Liguria, applicandosi ancora l'art. 3.4 l. 108/68, al Rappresentante dello Stato. In circostanze di inerzia davvero estreme, potrebbe altresì soccorrere l'art. 126.1 Cost. che disciplina lo scioglimento del Consiglio e la rimozione del Presidente della Giunta con decreto motivato del Presidente della Repubblica nei casi in cui «abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge»<sup>21</sup>.

Peraltro, sarebbe difficile gestire elezioni anticipate nell'incombenza di un'emergenza come quella in corso, in quanto i termini per il loro svolgimento sono generalmente brevi: nella maggioranza dei casi tre mesi, ma sei in Veneto (art. 11.1 l.r. 5/12), e cinque in Emilia-Romagna (art. 16.2 l.r. 21/14: di cui tre per l'indizione dei comizi da cui decorrono, al massimo, altri sessanta giorni per lo svolgimento). Piemonte e Liguria non hanno adottato, *in parte qua*, una disciplina particolare, così fanno riferimento alla legislazione statale che, ex art. 3 l. 108/68, prevede un termine di quarantasei giorni tra la convocazione e lo svolgimento dei comizi, fatto salvo l'accorpamento con altre tornate elettorali che si svolgano nello stesso anno (art. 7 d.l. 98/11): tuttavia, questa normativa è viziata di anacronismo, riferendosi ad assemblee che, prima della revisione ex l.cost. 1/99, non erano soggette a cessazione anticipata. Infine, si rileva come la legge elettorale della Calabria difetti di un termine *non post quem* per lo scrutinio anticipato: nel precedente del 2014, si è superato quello suggerito dalla normativa sussidiaria nazionale.

In materia di tempi elettorali, non sembra del resto risolutiva la previsione, ex art. 1.1(d) d.l. 26/20, che proroga di tre mesi il mandato dei Consigli regionali in scadenza entro il 20 agosto 2020, onde consentire lo svolgimento delle elezioni in una fase più avanzata dell'anno (nei sessanta giorni successivi al nuovo termine, o nella domenica compresa nei sei giorni ulteriori): nulla è regolato, infatti, a proposito di una cessazione anticipata degli stessi.

Nei contesti di autonomia speciale, l'impedimento permanente o la morte del Presidente danno luogo a conseguenze diverse: in Trentino-Alto Adige, l'intervento del Consiglio regionale, che elegge un sostituto entro quindici giorni (art. 39 s.r.); in Valle d'Aosta, il rinnovo, entro due mesi, dell'intera Giunta da parte del *Conseil de la Vallée* (art. 7.1 l.r. 21/07); elezioni anticipate, indette da chi fa le veci del Presidente, in Friuli-Venezia Giulia (art. 30 s.r., senza termine per la convocazione), Sicilia (art. 10.2 s.r., entro tre mesi) e Sardegna (entro sessanta giorni, art. 35 s.r. e art. 10.4 l.r.s. 1/08). Quanto all'accertamento dell'impedimento permanente, in Valle d'Aosta esso è dichiarato dalla maggioranza assoluta dei consiglieri (art. 7.1, l.r. 21/07), in Sardegna dalla Consulta di garanzia (art. 35(g) l.r.s. 1/08).

Per le Province autonome, se il Presidente di quella di Trento muore o è permanentemente impedito nei primi tre anni di mandato, il Vicepresidente indice, entro quindici giorni, nuove elezioni da tenersi

<sup>21</sup> Cfr. *amplius* l'approfondita ricostruzione di L. PANZERI, *L'impedimento permanente del Presidente della Giunta regionale*, in *Le Regioni*, 3, 2008, 556 ss.

nei successivi novanta, altrimenti il successore è eletto dal Consiglio nel proprio seno (art. 5 l.p. 2/03); nelle stesse circostanze, in Alto Adige, si dà luogo al rinnovo della Giunta da parte del Consiglio (art. 72 l.p. 14/17).

Un elemento di uniformità negli ordinamenti di tutte le Regioni e le Province autonome è la previsione per cui, se necessario, fa le veci del Presidente un componente della Giunta, da questi nominato Vicepresidente; fa eccezione soltanto lo statuto della Basilicata (art. 54), che disciplina esclusivamente la supplenza *sede vacante*, senza normare le modalità di designazione del vicario.

## 6. I Sindaci

Vale la pena ricordare le previsioni dell'art. 53 t.u.e.l. in materia di impedimento e morte del Sindaco, dato che queste infauste circostanze si sono riscontrate durante l'epidemia: la supplenza è assicurata dal Vicesindaco, da lui nominato ai sensi dell'art. 46.2 t.u.e.l., o, in carenza, dal Commissario prefettizio<sup>22</sup> (ma dall'Assessore anziano in Trentino-Alto Adige, ex art. 59.1 l.r. 2/18<sup>23</sup>, e in Sicilia, ex art. art. 12.7 l.r. 7/92). Per le attribuzioni eventualmente svolte alla guida di una Provincia o Città metropolitana, il Sindaco può nominare tra i consiglieri dell'Ente locale un Vicesindaco metropolitano o un Vicepresidente della Provincia, che lo sostituiscono in caso di impedimento (art. 1.40,66 l. 56/14). Lo stesso vale, in Sicilia, per il Libero consorzio comunale, con la specificazione che in esso e nella Città metropolitana, in carenza del Vicepresidente o del Vicesindaco, esercita la supplenza il consigliere decano d'età (artt. 5 e 12 l.r. 15/15).

La legge tace le modalità di accertamento dell'impedimento permanente, rimettendole agli statuti comunali, che talora coinvolgono medici e personalità esterne al Consiglio comunale<sup>24</sup>. Si prevede che, cessato il mandato del Sindaco, il Consiglio sia sciolto in vista di nuove elezioni, da tenersi, entro sei mesi, in data fissata dal Ministro dell'Interno (art.2, l. 182/91). In ragione dell'emergenza, l'art. 1.1(b-c) del d.l. 25/20 ha determinato che le elezioni comunali che avrebbero dovuto svolgersi anticipatamente per cause occorse prima del 27 luglio 2020, come quelle del turno annuale ordinario, siano rinviate a una domenica compresa fra il 15 settembre e il 15 dicembre 2020.

Nelle Regioni autonome, salve le disposizioni elettorali speciali, la cessazione anticipata del Sindaco può dar luogo a peculiari conseguenze: in Valle d'Aosta i cittadini eleggono direttamente, in combinazione col Sindaco, un Vicesindaco, che completa il mandato interrotto, mentre il Consiglio comunale si rinnova anticipatamente solo quando cessa anche l'incarico di quest'ultimo (artt. 25 e 30-ter l.r. 54/98); in Trentino-Alto Adige in assenza del Vicesindaco esercita la supplenza l'Assessore anziano in Sicilia decade la Giunta, al suo posto il Presidente della Regione nomina un Commissario straordinario e il Consiglio, che rimane provvisoriamente in carica, è rinnovato alla prima tornata amministrativa utile (art. 11, l.r. 35/97).

<sup>22</sup> Cfr. C.d.S., sez. I, parere 501/01.

<sup>23</sup> Si tenga altresì presente che «nei comuni con popolazione superiore a 13.000 abitanti della provincia di Bolzano dove nel consiglio comunale sono presenti più gruppi linguistici, il vicesindaco deve appartenere al gruppo linguistico maggiore per consistenza escluso quello cui appartiene il sindaco» (art. 54.7 l.r. 2/18), e che, nella stessa Provincia autonoma, la Giunta è eletta dal Consiglio comunale sulla proposta del sindaco (art. 54.6 l.r. 2/18).

<sup>24</sup> P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, III, Milano, 2003, 116.

## 7. Gli organi collegiali

Tra gli organi collegiali, ve ne sono alcuni che, per un certo periodo di emergenza, possono sospendere la propria attività. Tra essi, si può menzionare la Corte costituzionale, i cui lavori peraltro richiedono il *quorum* funzionale di undici giudici (art. 16.2 l. 87/53). La Presidente Cartabia ha deciso, in un primo tempo, di consentire eccezionalmente l'invio di atti da parte degli avvocati a mezzo di posta elettronica certificata (d.P.C.c. 12 mar. 2020), nonché di prevedere la partecipazione dei giudici alle udienze in collegamento da remoto, equiparando lo *status* del luogo da cui intervengono a quello della camera di consiglio, e di rinviare a nuovo ruolo tutte le udienze pubbliche non caratterizzate da eccezionale gravità e urgenza, per le quali le parti non abbiano concordato la trattazione in camera di consiglio (d.P.C.c. 24 mar. 2020). Con successivo decreto la possibilità di svolgimento da remoto è stata estesa anche alle udienze in presenza delle parti, fino al 30 giugno, con la pubblicità comunque garantita dall'inserimento in rete dei verbali e delle registrazioni (d.P.C.c. 20 apr. 2020).

Adempimenti urgenti e indifferibili spettano invece al Consiglio dei ministri, che, durante la crisi, ha continuato a riunirsi fisicamente a Palazzo Chigi. Esso può funzionare a ranghi ridotti, in quanto il d.P.C.m. 10 nov. 1993, che ne regola i lavori, prevede, per i componenti, un obbligo di partecipazione, ma fa salvi gli impedimenti motivati e comunque non fissa un numero legale (art.1.4). Peraltro, le deleghe di eventuali Ministri deceduti o divenuti incapaci potranno essere riassegnate *ad interim* con decreto del Presidente della Repubblica (art. 9.4 l. 400/88); in caso di impedimento temporaneo, il Consiglio potrebbe, con la loro intesa, invitare a partecipare, senza diritto di voto, eventuali Viceministri (art. 10.4, l. 400); ancora, mancando il Segretario del Consiglio, il supplente è individuato nel Ministro più giovane (art. 1.3 d.P.C.m. 10 nov. 1993).

La possibilità di riunirsi in via telematica è invece stata accordata, anche ove non prevista dai regolamenti interni, alle Giunte comunali, alle Assemblee dei sindaci e alle Conferenze metropolitane (come pure a Consigli comunali, provinciali e metropolitani), nel rispetto di criteri di pubblicità e trasparenza individuati dal Sindaco o dal Presidente, fino alla fine dell'emergenza (art. 73 d.l. 16/17).

## 8. Conclusioni

Dall'analisi fin qui condotta possono trarsi almeno due conclusioni. Quanto alla possibilità di esercitare le funzioni a distanza, tramite mezzi telematici, si è visto che essa ha conosciuto larga diffusione nell'emergenza presente, e sembra che in un certo grado essa possa continuare a offrire un'alternativa per il futuro. Pure, dovrebbero essere attentamente valutati strumenti e modalità che permettano ai titolari di cariche pubbliche, confinati a domicilio o in un luogo di cura, di esercitare a distanza il maggior numero possibile di attribuzioni garantendo la più ampia tutela delle esigenze di riserbo tipiche delle posizioni di maggiore responsabilità<sup>25</sup>: è evidente, ma occorre sempre ricordarlo, che il livello di sicurezza di una catena di comunicazioni è pari a quello dell'anello più debole, e che aumentando i passaggi cresce anche il rischio di possibili falle.

<sup>25</sup> Valga, per tutti, il richiamo alla necessaria «riservatezza assoluta delle... comunicazioni» di cui il Capo dello Stato gode «per l'efficace esercizio di tutte le funzioni», nell'autorevole lettura di C. Cost., s. 1/13, c.d. 9.

Per quanto riguarda le numerose norme in materia di supplenza, esse sembrano consentire agli organi costituzionali e alle istituzioni locali di non andare soggetti a particolari disfunzioni nel caso di improvvisa vacanza dei titolari. Nondimeno, si pongono alcuni problemi in ordine all'accertamento dell'impedimento permanente e alla surrogazione nel caso in cui il supplente risultasse impedito nello stesso momento del titolare. Le lacune, purtroppo, sul piano del diritto positivo sono ben lungi dall'essere «solo apparenti»<sup>26</sup>, per il fatto di essere risolvibili tramite soluzioni di fatto, spontanee, ispirate a precedenti: colmarle in favore di soluzioni chiare e caratterizzate da economia procedurale, non sarebbe esercizio di scuola, ma contribuirebbe a rafforzare la legittimazione delle istituzioni, fondamentale per assicurare la tenuta e la continuità dell'ordinamento in tempi difficili.

---

<sup>26</sup> Così, in senso appunto non del tutto condivisibile, a proposito dell'accertamento dell'impedimento del Capo dello Stato, G. FERRARI, *Natura e accertamento degli impedimenti del Presidente della Repubblica*, in *Rassegna parlamentare*, 6, 1964, 432.



## La Costituzione sotto *stress* ai tempi del Coronavirus

Francesco Torre\*

THE CONSTITUTION UNDER PRESSURE IN THE TIMES OF CORONAVIRUS

ABSTRACT: The article focuses on the latest developments of the CoViD-19 emergency and, specifically, on the issue of an emergency legislation that does not completely comply with the constitutional safeguards. Therefore, the aim of this analysis is to suggest a different solution respectful of the constitutional framework. In order to prevent a misleading interpretation of the new emergency regulations, the author suggests an analogical and evolutionary interpretation of art. 78 Const. Otherwise, the future will be characterized by legal uncertainty.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; state of war; extra-ordinem sources of law; freedom of movement

SOMMARIO: 1. Il diritto come ancora di salvezza in tempi di emergenza – 2. Il canone di ragionevolezza alla prova dell'emergenza – 3. Verso una «normalizzazione» del decreto-legge? – 4. L'art. 78 Cost. tra interpretazione evolutiva ed applicazione analogica ovvero come salvaguardare il principio di separazione dei poteri a Costituzione invariata – 5. Il Parlamento durante l'emergenza: da necessaria risorsa a mero simulacro – 6. Conclusioni.

### 1. Il diritto come ancora di salvezza in tempi di emergenza

**E** *x facto oritur ius*. Il brocardo latino oggi più che mai colpisce per la sua costante e rinnovata attualità; il susseguirsi degli eccezionali eventi che stanno stravolgendo il nostro stile di vita non può neanche mettere in discussione la capacità che sia comunque il diritto a dover regolare le situazioni nuove ed emergenti nella realtà fattuale. Il surreale scenario che la quotidianità ci rassegna è degno di un romanzo distopico ma il fascino di una gestione *extra ordinem* dell'attuale crisi – che sta via via contagiando, non solo la popolazione, ma le stesse istituzioni<sup>1</sup> – non può consentire che si abbandonino i presidi essenziali ed indefettibili di garanzia costituzionale<sup>2</sup>. Abbandonare il solco tracciato dal diritto oggi potrebbe avere degli imprevedibili e nefasti effetti in un futuro non troppo lontano.

Il dilagare dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19 (o Coronavirus) ha già imposto l'adozione di misure urgenti che stanno fortemente limitando le libertà fondamentali dei cittadini, creando *de facto* una situazione paragonabile a quella di uno stato di guerra.

\* Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Messina. Mail: [fratorre@unime.it](mailto:fratorre@unime.it). Il presente lavoro è aggiornato al 22 aprile 2020.

<sup>1</sup> In senso contrario v. G. ZAGREBELSKY, in *La Repubblica*, 21 marzo 2020, 7.

<sup>2</sup> La Costituzione, infatti, «non è un lusso per tempi allegri, ma la ragion d'essere della nostra convivenza civile» cfr.: G. SILVESTRI, Intervento al Webinar *Legislazione di emergenza e diritti fondamentali*, 21 aprile 2020.

## 2. Il canone di ragionevolezza alla prova dell'emergenza

Occorre sin da subito precisare che nel caso di una situazione d'emergenza, quale risulta certamente essere quella in questione – tenuto anche conto della dichiarazione dell'O.M.S. dell'11 marzo 2020, con la quale il virus CoViD-19 è stato caratterizzato come una pandemia – «Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza»<sup>3</sup>. Le «insolite misure» poste in essere in occasione di tali contingenze devono essere circostanziate nel tempo – considerata la portata essenzialmente temporanea che riveste la nozione di emergenza – determinandosi pertanto la loro illegittimità se ingiustificatamente protratte oltre la durata strettamente necessaria. Cessata la situazione emergenziale è indispensabile, quindi, la piena ed immediata riespansione di tutte le libertà eccezionalmente compresse per ripristinare la piena vigenza delle garanzie costituzionali<sup>4</sup>.

È l'intera Costituzione e, in particolare, il sistema dei valori fondamentali, che ne sono il cuore pulsante, ad autorizzare implicitamente l'adozione di queste misure, perché da esse può dipendere la sopravvivenza dell'ordinamento costituzionale<sup>5</sup>.

I provvedimenti limitativi adottati si sostanziano in una complessa opera di bilanciamento tra i diritti e i valori in gioco; le disposizioni *de quibus* trovano, invero, la propria *ratio* giustificatrice alla luce di una precisa scelta dei pubblici poteri, che in tali situazioni di urgenza, si trovano a sacrificare, giustamente, uno o più diritti in favore di altri. La soluzione cui si deve pervenire deve essere, comunque, la più «mite» possibile, dovendosi applicare il canone di ragionevolezza nel bilanciamento fra i valori in contrasto tra loro<sup>6</sup>.

È la tutela del diritto alla salute – se non anche direttamente quello alla vita – il valore in favore del quale debbono essere limitati – comunque nei termini di una proporzionata e ragionevole opera di ponderazione<sup>7</sup> – gli altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Del resto è lo stesso art. 32 Cost. a sancire il diritto alla salute non soltanto quale «fondamentale diritto dell'individuo» ma anche come vero e proprio «interesse della collettività»<sup>8</sup>; ed è in nome di tale diritto che si è assistito ad una progressiva e costante compressione della libertà personale<sup>9</sup>, della libertà di circolazione, della liber-

<sup>3</sup> Cfr. sent. Corte Cost. 1 febbraio 1982 n. 85.

<sup>4</sup> In tal senso v. G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020.

<sup>5</sup> Così anche M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, 2/2020, 10 aprile 2020, 4, nonché in *Consulta Online*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 11 aprile 2020, 5. Parla di «valore della identità e continuità dell'ordinamento nel tempo» A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2009, 177, a ricordarlo è L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in questo fascicolo.

<sup>6</sup> Sul principio di ragionevolezza si veda, tra tutti, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

<sup>7</sup> Come sancito dalla sent. Corte Cost. 9 maggio 2013 n. 85.

<sup>8</sup> Sul «carattere "multidimensionale" del diritto alla salute» si veda F. ALAGNA, *Emergenza Coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Diritti Regionali, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1, 2020, 21 marzo 2020.

<sup>9</sup> A parlare di «"arresti domiciliari" a... carattere generale» è A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1, 2020, 21 marzo 2020. Sul punto si segnala

tà di riunione, del diritto all'istruzione, della libertà d'iniziativa economica, e persino della libertà di culto<sup>10</sup>.

L'elevato tasso di contagiosità del virus in questione – che ne ha comportato la rapida diffusione in tutte le Regioni italiane – ha, infatti, spinto il Governo, seguito da Presidenti di Regione e Sindaci, a porre in essere misure sempre più restrittive delle libertà e dei diritti appena richiamati, al fine di tutelare il diritto alla salute; la crisi in atto è stata, infatti, definita, dallo stesso Presidente del Consiglio come la più «difficile che il Paese sta vivendo dal secondo dopoguerra»<sup>11</sup>.

### 3. Verso una «normalizzazione» del decreto-legge?

L'esigenza della tutela della salute rappresenta quindi – parafrasando la citata sent. n. 15/82 – *l'occasio legis*, o meglio *l'occasio decreti*. *Salus rei publicae suprema lex esto* è invero il brocardo che sembra riecheggiare tra le righe dei rigidi provvedimenti posti in essere nella vigenza di questa crisi; invocando la tutela di tale bene supremo, infatti, si è assistito alla limitazione nell'esercizio e poi alla definitiva sospensione di molte attività commerciali; alla chiusura "fisica" di scuole e Università (che continuano a svolgere le loro funzioni in via telematica); alla sospensione delle cerimonie religiose ed al divieto di assembramento.

Tuttavia la misura che tra tutte ha maggiormente colpito la sfera di autonomia del singolo attiene alla compressione, dapprima soltanto in alcune zone (cd. rosse) del Paese, e poi estesa all'intero territorio nazionale, della libertà di circolazione, consentendosi unicamente «*gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute*» (art. 1, c. 1, lett. a) del d.p.c.m. 8 marzo 2020 ora riprodotto dall'art. 1, c. 1, lett. a) del d.p.c.m. 10 aprile 2020). Sul punto il testo costituzionale è cristallino prevedendosi, riguardo le limitazioni relative alla libertà di circolazione, che le stesse possano essere disposte unicamente con legge, ma soltanto «per motivi di sanità o di sicurezza».

Il terreno sul quale ci si muove è scivoloso, gli equilibri in gioco sono particolarmente delicati; è infatti lo stesso Costituente che ha deciso di predeterminare in parte il contenuto della legge (riserva di legge rinforzata), limitando il margine di discrezionalità del legislatore. L'istituto della riserva di legge garantisce che in determinate materie<sup>12</sup> vi sia l'intervento del Parlamento, organo posto dalla nostra Costituzione al centro del sistema in quanto diretta espressione della sovranità popolare.

---

l'orientamento in senso contrario di C. CARUSO, Intervista su *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, a cura di F. DE STEFANO, in *Giustizia insieme*, 2 aprile 2020 e di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 14.

<sup>10</sup> Sul punto – nonostante la pur condivisibile opinione di accreditata dottrina relativa all'astratta impossibilità di limitare la libertà di religione, neppure con legge cfr: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1, 2020, 6 aprile 2020, 207; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, 1, 2020, 14 aprile 2020, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) – occorre evidenziare che un'innegabile compressione in concreto nell'esercizio di tale libertà sia avvenuta.

<sup>11</sup> Discorso del 21 marzo 2020 del Presidente del Consiglio.

<sup>12</sup> Sul punto si veda R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti Regionali, Forum su La gestione dell'emergenza sani-*

Sebbene in Assemblea Costituente la disposizione in parola fosse stata pensata facendo riferimento al verificarsi di epidemie, guerre, o pubbliche calamità – come risulta chiaramente dai lavori preparatori riguardo l'art. 16 Cost.<sup>13</sup> – nessuno avrebbe mai immaginato una situazione quale quella attuale. Il virus che si sta propagando sull'intero territorio italiano (e non solo) ha, infatti, un livello di contagiosità tale da determinare l'insorgere di un vero e proprio stato di emergenza<sup>14</sup>. L'unicità ed eccezionalità della crisi in atto ha, infatti, portato all'adozione di quelle «insolite misure», secondo una logica di «accentramento e speditezza nella gestione della crisi»<sup>15</sup>.

I provvedimenti limitativi delle libertà citate in precedenza sono stati presi per mezzo di decreti del Presidente del Consiglio, a tale scopo inizialmente «autorizzati» dal d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020. La prassi per poter dare base legale a tali decreti è nota<sup>16</sup>, con particolare riferimento alla gestione delle calamità naturali; il Governo mediante l'emanazione di un decreto-legge autorizza se stesso (o altri) all'adozione di provvedimenti *extra ordinem* giustificati dallo stato di necessità, che possono derogare temporaneamente alla stessa Costituzione.

Nel sottolineare a chiare lettere l'eccezionalità di tale *modus operandi*, la giurisprudenza ormai granitica della Corte Costituzionale impone che l'autorizzazione all'esercizio di tale potere derogatorio sia determinata nel contenuto e nelle modalità<sup>17</sup>. La *ratio* di tale orientamento risiede nell'evitare l'emanazione di norme «in bianco»<sup>18</sup> che consentirebbero un'espansione incontrollata ed incontrollabile dei poteri delle pubbliche autorità; esattamente quello che è avvenuto nella gestione iniziale della presente crisi.

Invero l'art. 2 del d.l. n. 6/2020 autorizzava, in un difficile rapporto con la consolidata giurisprudenza costituzionale, le autorità competenti ad «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»; mancava del tutto, in questo caso, la specificazione riguardo al contenuto, alle modalità e ai tempi di esercizio dei poteri autorizzati<sup>19</sup>.

---

*taria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1, 2020, 30 marzo 2020, 507, il quale afferma che la riserva di legge è il «principale strumento di salvaguardia costituzionale» delle libertà fondamentali

<sup>13</sup> Ed in particolare alla seduta del 20 settembre 1946 della I Sottocommissione.

<sup>14</sup> Sulla nota e vessata questione teorica relativa allo stato di emergenza e stato di eccezione v. part., R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in questo fascicolo.

<sup>15</sup> Cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 6.

<sup>16</sup> Sul punto si segnala, per tutti, con riferimento alla presente emergenza, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in questo fascicolo.

<sup>17</sup> Confermata da ultimo dalla sent. Corte Cost. 21 aprile 2011 n. 150.

<sup>18</sup> Così come definita da A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *Dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020, 8; G. LUCCIOLI, *Intervista su La pandemia aggrava anche il diritto?*, cit.; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020, 9; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020.

<sup>19</sup> A rilevarlo G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, 11; M. DE NES, *Emergenza COVID-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in questo fascicolo.

Tale ultima disposizione normativa a fattispecie cd. “aperta” è stata recentemente abrogata, proprio a causa della sua intrinseca indeterminatezza<sup>20</sup>, in seguito all’entrata in vigore del d.l. n. 19 del 25 marzo 2020, al cui art. 1 si prevede un dettagliato elenco di tutte le misure che possono essere adottate seguendo il meccanismo sopra descritto delle fonti *extra ordinem*. Il Governo, in linea con la citata giurisprudenza, ha quindi circoscritto il novero delle libertà e dei diritti che possono essere dallo stesso compressi, disciplinando puntualmente i limiti cui deve attenersi nell’emanazione dei decreti presidenziali.

Tale prassi, a parere di accreditata dottrina<sup>21</sup>, svuoterebbe di significato l’esistenza stessa del decreto-legge<sup>22</sup>, l’unico strumento testualmente previsto dalla Carta per far fronte ai «casi straordinari di necessità e di urgenza»; la propagazione dell’epidemia sull’intero territorio nazionale, con conseguente applicazione delle rigide misure di cui sopra alla totalità della popolazione, avrebbe richiesto un intervento che si muovesse nel solco del dettato costituzionale. L’adozione dei decreti in questione, a differenza del decreto-legge, sfugge, infatti, al consueto controllo successivo del Parlamento in fase di conversione nonché a quello del Presidente della Repubblica, oltre che ad una concertazione in sede dello stesso Consiglio dei Ministri.

Senonché non può riconoscersi che in alcuni eccezionali casi sia richiesto un livello di flessibilità e speditezza tale da essere inconciliabile con lo strumento del decreto-legge; appalesandosi, quindi, la necessità di servirsi delle suddette misure monocratiche. Ciò, però, non può implicare che l’utilizzo di tale prassi *extra ordinem* violi l’indefettibile principio della separazione dei poteri – posto alla base delle Costituzioni liberali<sup>23</sup> – nei confronti del quale l’adozione dei d.p.c.m. si pone in un difficile rapporto di compatibilità, scontando un’evidente contraddizione di fondo. Invero è il medesimo potere a gestire tutta la catena normativa emergenziale sin dal suo presupposto fattuale: la proclamazione dello «stato di emergenza»<sup>24</sup>; è, in seguito, sempre lo stesso Governo ad auto-abilitarsi alla produzione normativa necessaria, senza il doveroso intervento parlamentare.

<sup>20</sup> Che avrebbe potuto portare ad una pronuncia di incostituzionalità come sostenuto da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 3.

<sup>21</sup> Ed in particolare F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020, 12 e, da ultimo, di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

<sup>22</sup> ... con il verificarsi di «un “effetto domino”: il decreto legge al posto della legge, l’atto amministrativo al posto del decreto legge» cfr: G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; sul punto anche L. DELL’ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da COVID-19*, in questo fascicolo, che parlano di «normalizzazione» della natura del decreto-legge.

<sup>23</sup> Come espressamente sancito dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789; sul punto si veda M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, 15.

<sup>24</sup> Alla luce del combinato disposto degli artt. 7 e 24 del d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1 (Codice della protezione civile).

#### 4. L'art. 78 Cost. tra interpretazione evolutiva ed applicazione analogica ovvero come salvaguardare il principio di separazione dei poteri a Costituzione invariata

Il cortocircuito istituzionale causato dalla crisi epidemica in atto è certamente ascrivibile allo stesso testo costituzionale, nella parte in cui è carente di una normativa che disciplini situazioni emergenziali diverse dallo stato di guerra, come invece avviene ad esempio in Spagna o in Francia<sup>25</sup>.

L'epidemia in questione, però, presenta dei tratti così peculiari che potrebbe a ragione essere equiparata ad un vero e proprio stato di guerra, come d'altronde già avviene nel pubblico dibattito<sup>26</sup>. La velocità di propagazione del contagio è, infatti, tale da determinare scenari apocalittici quali quelli cui quotidianamente si assiste. Ci troviamo di fronte ad una emergenza *sui generis* che sta producendo effetti parimenti devastanti a quelli di un conflitto, effetti tali da minacciare «la vita della nazione»<sup>27</sup>: proprio come avveniva in periodo di guerra, ogni giorno viene data lettura del bollettino aggiornato con il numero dei nuovi contagi, dei guariti e purtroppo dei numerosi deceduti.

L'unica norma rinvenibile in Costituzione sul punto è l'art. 78, la cui interpretazione estensiva non si è mai spinta così in avanti da accogliere la nozione di stato di necessità.

Sebbene la via maestra per colmare tale lacuna sia certamente quella costituita dalla revisione costituzionale – mediante la previsione di una disciplina puntuale dello stato d'emergenza<sup>28</sup>, al fine di gestire le crisi non prettamente belliche (epidemie, crisi ambientali o climatiche) – potrebbe essere possibile ricavare dallo stesso testo una soluzione compatibile con il quadro costituzionale.

È infatti la stessa nozione di guerra, intesa secondo i canoni classici di «conflitto aperto e dichiarato fra due o più stati»<sup>29</sup> che potrebbe, invero, essere ripensata tenendo conto «dell'evoluzione della società e dei costumi»<sup>30</sup>. Come è noto, l'interpretazione evolutiva incontra nella giurisprudenza costituzionale l'insormontabile ostacolo del cd. *original intent*; occorre pertanto verificare se il Costituente avrebbe mai potuto rappresentarsi una situazione quale quella attuale nel definire il concetto di guerra.

Sebbene la nozione di epidemia fosse ben chiara in Assemblea Costituente – come emerge dal dibattito nei lavori preparatori riguardo l'art. 16 – il virus Covid 19 presenta le caratteristiche sopra descritte che erano inimmaginabili all'epoca; tale virus è, infatti, «figlio del traffico aereo ma non solo: le megalopoli che invadono territori e devastano ecosistemi creano situazioni di grande disequilibrio

<sup>25</sup> A ricordarlo è B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020, 5.

<sup>26</sup> Si pensi alla dichiarazione in tal senso del Capo di Stato francese; a ricordarlo è F. TAMMONE, *“Nous sommes en guerre”: la lotta globale alla pandemia alla prova del Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *SIDblog*, 27 marzo 2020.

<sup>27</sup> Clausola sancita dall'art. 15 della CEDU per derogare in casi di urgenza alla stessa Convenzione su cui E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SIDblog*, 27 marzo 2020; tale clausola è stata attivata da Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Moldova e Romania (elenco aggiornato alla data del 27 marzo 2020). Analogamente dispone l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici come ricorda F. TAMMONE, *“Nous sommes en guerre”: la lotta globale alla pandemia alla prova del Patto internazionale sui diritti civili e politici*, cit.

<sup>28</sup> Sul punto E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit., 11.

<sup>29</sup> Ad vocem *Enciclopedia Treccani*.

<sup>30</sup> Cfr. sent. Corte Cost. 15 aprile 2010 n. 138.

nel rapporto uomo-animale»<sup>31</sup>. La diffusione di fenomeni epidemici a livello globale in passato non poteva, per ovvi motivi, avvenire con la rapidità con la quale il coronavirus sta infettando la gran parte dei Paesi del globo terrestre, determinandone la progressiva paralisi. È infatti pacifico come in sede di redazione della Costituzione non fosse immaginabile né il concetto di megalopoli né tantomeno la concezione attuale di traffico aereo, strettamente collegata ad un mondo globalizzato ed interconnesso dove attraverso gli spostamenti aerei si muovono durante un anno solare più di 4 miliardi di persone<sup>32</sup>.

La peculiarità dell'emergenza in questione è pertanto dovuta ad un radicale mutamento dello *status quo*: l'evoluzione tecnologica impone, quindi, un cambiamento di prospettiva.

Basti pensare in un futuro – a questo punto non troppo lontano – ad una guerra informatica da combattere contro un nemico invisibile, delocalizzato, potenzialmente intestino al nostro Paese. Gli effetti che ne verrebbero prodotti sarebbero paragonabili a quelli normalmente conseguenziali ad una guerra (nella sua classica accezione); le nuove tecnologie stanno, infatti, invadendo progressivamente le nostre vite con conseguenze dirette sul funzionamento dei vari Paesi. Un attacco informatico, nei prossimi anni, potrebbe potenzialmente paralizzare le stesse istituzioni democratiche, i trasporti, l'economia.

L'azzardo interpretativo a livello costituzionale è certamente notevole; la revisione dell'art. 78 Cost. rimane quindi la strada migliore da percorrere al fine di disciplinare la gestione dello stato di necessità. Tuttavia in mancanza di una siffatta previsione non sarebbe stato forse preferibile che, considerata le peculiarità di tali emergenze, fosse stato lo stesso Parlamento a spogliarsi dei suoi poteri, seguendo una strada già tracciata dalla Costituzione?

Nel caso in cui si dovesse ritenere insormontabile l'ostacolo del cd. *original intent* si sarebbe comunque potuto applicare analogicamente lo schema di cui all'art. 78 Cost. attraverso la preventiva autorizzazione da parte delle Camere – mediante la dichiarazione dello «stato di emergenza – nei confronti del Governo ad impiegare le fonti *extra ordinem*; prospettiva che, *de iure condendo*, potrebbe sanare il *vulnus* normativo.

## 5. Il Parlamento durante l'emergenza: da necessaria risorsa a mero simulacro

La lettura data sin ora del quadro della Costituzione appare di per sé già gravemente compromessa alla luce dell'evolversi della presente crisi epidemica. Ma gli imprevedibili risvolti sotto il profilo costituzionale, cagionati dalla eccezionalità dall'epidemia in atto, si sono spinti sino alla più impensabile delle conseguenze: la paralisi del Parlamento.

Il continuo contagio di un numero sempre crescente di parlamentari e l'impossibilità di ostacolare un pericolo invisibile e subdolo, quale è il presente virus infettivo, ha infatti costretto il varo di un diritto parlamentare «speciale»<sup>33</sup>. Per autorizzare il voto allo scostamento di bilancio è stato, invero, decretato – all'unanimità dalla Conferenza dei capigruppo – che alla seduta in questione partecipassero, eccezionalmente, soltanto 350 deputati scelti per assicurare la proporzionalità fra i vari gruppi par-

<sup>31</sup> Cfr. I. CAPUA, in *www.corriere.it*, 7 marzo 2020.

<sup>32</sup> Dati forniti dall'IATA (International Air Transport Association) in *www.iata.org*.

<sup>33</sup> Cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in questo fascicolo.

lamentari, causandosi un evidente *vulnus* alla rappresentanza popolare e quindi alla democrazia stessa.

Il ruolo delle due Camere a dir la verità è stato marginalizzato sin dagli inizi della diffusione infettiva, ben prima che la crisi epidemica si espandesse su tutto il territorio nazionale. L'adozione delle draconiane misure avrebbe imposto, sin da subito, una compartecipazione costante del Parlamento, quantomeno a ranghi ridotti, ad esempio mediante la creazione *ad hoc* di una Commissione parlamentare bicamerale, che avrebbe potuto svolgere attività ispettiva e di controllo, oltre che di necessario raccordo sui provvedimenti da varare.

A suonare come un *requiem* anticipato, il comunicato del 5 marzo del Presidente della Camera con il quale si è disposta la convocazione dell'aula unicamente nella giornata del mercoledì, e soltanto per l'esame di atti indifferibili e urgenti; tuttavia il Parlamento non può chiudere, è «il negozio più importante dove far spesa di democrazia»<sup>34</sup>.

Soltanto in data 25 marzo 2020, dopo circa un mese dall'inizio dell'epidemia, il Presidente del Consiglio ha «parlamentarizzato la crisi», riferendo alla Camera riguardo la gestione dell'emergenza epidemica; le dichiarazioni avrebbero dovuto segnare un'inversione di tendenza in tal senso, attraverso un «doveroso coinvolgimento del Parlamento che esprime al massimo grado la democraticità del nostro ordinamento». La procedimentalizzazione dell'emergenza prevede, infatti, che i decreti devono essere immediatamente trasmessi ai Presidenti delle Camere, prevedendosi un'informativa ogni quindici giorni del Parlamento riguardo l'attività di gestione della crisi.

Prospettiva che a lungo si è affacciata è quella di un Parlamento, decimato dal contagio dei suoi componenti, impossibilitato a convertire in legge – entro il termine di sessanta giorni – i decreti-legge posti in essere per far fronte all'emergenza in questione: rischio che rimane in ogni caso attuale anche *pro futuro*. Le proposte che giornalmente si avvicendano sui quotidiani danno la cifra dell'eccezionale momento che anche le istituzioni democratiche stanno vivendo.

Come fosse un beffardo scherzo del destino una delle tesi accreditate appare essere quella di una reiterazione ad oltranza dei decreti-legge non convertiti, con buona pace della giurisprudenza ormai costante della Corte costituzionale<sup>35</sup> che, in tal caso, si troverebbe di fronte ad un dubbio amletico: rimanere coerente con se stessa, rischiando di far collassare il sistema, o articolare una complessa tesi giustificatrice. È stata da ultimo affacciata, da autorevole dottrina<sup>36</sup>, la proposta di modificare i Regolamenti parlamentari (artt. 78 R.S. e 96-*bis* R.C.) nella parte in cui prevedono l'obbligo di seguire il procedimento ordinario per la conversione dei decreti-legge; sarebbe, così, possibile autorizzare la via del procedimento decentrato, certamente più compatibile con le esigenze imposte da emergenze di siffatta gravità e natura.

Si affaccia con sempre maggiore insistenza, invece, l'opinione di chi propone l'introduzione del voto parlamentare a distanza, per via telematica<sup>37</sup> accreditata dalla decisione del Presidente del Parla-

<sup>34</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La necessità del Parlamento in un momento di libertà compresse*, in *Il Foglio*, 23 marzo 2020.

<sup>35</sup> A partire dalla sent. Corte Cost. 24 ottobre 1996 n. 360.

<sup>36</sup> E segnatamente di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.

<sup>37</sup> Sul punto si veda S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *laCostituzione.info*, 11 marzo 2020; C.M. D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Il Parlamento non sia assente*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 marzo 2020; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in questo fascicolo; CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentati-*

mento europeo di utilizzare tale meccanismo; verrebbe così garantita la piena funzionalità delle due Camere, le quali potrebbero continuare a svolgere la propria, imprescindibile, funzione. Sebbene tale soluzione appaia, a parere dei più, quella maggiormente confacente alle regole democratiche, il rischio di uno svilimento *pro futuro* delle procedure di discussione parlamentare, di cui si sostanzia la democrazia pluralista, potrebbe trovarsi dietro l'angolo: le stesse potrebbero essere accantonate e addirittura sostituite dal «fascino del clic».

## 6. Conclusioni

Lo scenario che si prospetta appare piuttosto incerto. La crisi epidemica in atto sta contagiando le certezze<sup>38</sup> che sembravano fino ad oggi stabilmente acquisite, finanche in campo costituzionale; tuttavia è il grado di contagio del corpo sociale a rappresentare la minaccia principale. Lo stravolgimento delle ordinarie condizioni di vita – dovuto alla compressione delle libertà costituzionali, unitamente alla situazione di grande insicurezza economica – potrebbe rappresentare l'*humus* ideale per il germogliare di sentimenti antidemocratici<sup>39</sup>. Le torsioni cui sarà sottoposta la Carta ne potrebbero, quindi, compromettere la funzionalità e l'effettiva vigenza futura.

Tuttavia appare oggi prematuro raccontare la Costituzione che verrà; la presente situazione emergenziale è, infatti, fluida ed in costante evoluzione, sicché potrà esprimersi un più compiuto giudizio di valore soltanto *ex post*, riavvolgendo il nastro della storia.

---

*va tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione, in Federalismi.it, 6, 2020, spec. 221 ss.*

<sup>38</sup> Sul punto v. A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit.

<sup>39</sup> In senso contrario Id., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 213.



## Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione

Lavinia Del Corona\*

PUBLIC DECISIONS AT THE TIME OF CORONAVIRUS: THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS BETWEEN SCIENTIFIC KNOWLEDGE, TRANSPARENCY AND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

ABSTRACT: The recent CoViD-19 emergency has made particularly evident not only the importance of the relationship between science and law for the protection of fundamental rights, but also its complexity. This paper analyses the impact that different kinds of relationships between public decision-makers and the scientific community may have on the protection of the rights involved, the main problems occurred during the CoViD-19 emergency and some possible solutions.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; law and science; scientific uncertainty; precautionary principle

SOMMARIO: 1. L'emergenza sanitaria e il rapporto tra scienza e diritto – 2. Quale disciplina per l'istruttoria scientifica? – 3. Manipolazioni e strumentalizzazioni del sapere scientifico – 4. Il principio di precauzione come "regola per procedere".

### 1. L'emergenza sanitaria e il rapporto tra scienza e diritto

L'emergenza sanitaria provocata dall'epidemia di CoViD-19, nata in Cina, e poi progressivamente diffusasi nel mondo, ha colpito fortemente l'Italia.

La drammatica situazione che stiamo vivendo impone serie riflessioni sul piano giuridico. Nel presente contributo si vuole concentrare l'attenzione su di un aspetto in particolare, ossia su come l'emergenza sanitaria abbia posto in luce la fondamentale importanza che il dialogo tra decisore pubblico e comunità scientifica ha ai fini della tutela dei diritti fondamentali coinvolti in decisioni pubbliche che implicano lo svolgimento di valutazioni tecnico-scientifiche. Ciò anche, e, anzi, ancor di più, nel caso in cui si tratti di decidere su questioni scientifiche nuove e controverse, rispetto alle quali l'incertezza è elevata. Di qui la necessità di avviare una riflessione, non tanto sul "se", ma soprattutto sul "come" sia opportuno organizzare tale fondamentale collegamento tra scienza e politica. Che il sapere scientifico possa porsi in rapporto di strumentalità rispetto al soddisfacimento e alla tutela di diritti fondamentali è infatti cosa nota, meno chiaro è invece come tale rapporto di strumentalità debba incidere sul modo di procedere e sulla discrezionalità del decisore pubblico.

\* Dottoressa di ricerca in diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: [lavinia.delcorona@unimi.it](mailto:lavinia.delcorona@unimi.it). Il presente lavoro è aggiornato al 26 aprile 2020.

Si tratta di un tema cui la Corte costituzionale ha negli ultimi anni iniziato a prestare attenzione, fornendo importanti indicazioni in una serie di sentenze relative a leggi a contenuto tecnico-scientifico. Il riferimento è, ad esempio, alla giurisprudenza inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002 e poi consolidatasi in successive pronunce, quali le sentenze n. 151 del 2009 e 162 del 2014 in materia di procreazione medicalmente assistita, la sentenza n. 274 del 2014 sul “caso Stamina” e la sentenza n. 5 del 2018 relativa alla legge n. 119 del 2017<sup>1</sup>.

La Corte ha affermato che la natura tecnico-scientifica della valutazione sottesa alla scelta legislativa incidente su diritti fondamentali impone che essa non possa fondarsi sull’esercizio di mera discrezionalità politica, ma, bensì, che in tali casi il legislatore debba provvedere a un accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche, possibilmente con l’ausilio di organismi dotati di specifiche competenze tecniche. Dalle sentenze in questione è emersa, inoltre, l’esigenza che all’accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche segua l’adozione di scelte legislative coerenti con le risultanze dello stesso, oltre che lo svolgimento di un’opera di periodico aggiornamento, che vada di pari passo con l’evolversi del sapere scientifico. Di qui il sorgere in dottrina dell’idea della scienza come “limite” alla discrezionalità legislativa, se non addirittura “parametro interposto” di legittimità costituzionale delle leggi a contenuto tecnico scientifico<sup>2</sup>.

Quanto alle caratteristiche che dovrebbero connotare l’attività di accertamento, si vuole qui porre in evidenza come, posto che tale accertamento è reso necessario dallo stretto nesso di strumentalità spesso sussistente tra scienza e tutela dei diritti, sembri anzitutto imprescindibile che le caratteristiche proprie del sapere scientifico e, in particolare, del metodo scientifico, siano debitamente prese in considerazione.

L’incertezza e la relatività del sapere scientifico, il suo procedere tramite dimostrazioni e confutazioni, dovrebbero dunque essere elementi non trascurabili dal decisore politico.

Sono aspetti che rendono essenziale l’ascolto di più voci, tramite l’istaurazione di un serio contraddittorio tra esperti, in cui siano rispecchiate in modo fedele le posizioni presenti della comunità scientifica: è infatti il raffronto delle evidenze scientifiche a poter privare di forza persuasiva tesi che non hanno un valido fondamento empirico.

Perché poi una verifica sulla coerenza tra le risultanze dell’attività istruttoria e la decisione assunta possa essere effettivamente svolta, essenziali dovrebbero inoltre essere la trasparenza e la pubblicità delle attività in cui si sostanzia l’accertamento.

Tali considerazioni valgono rispetto al potere legislativo, ma, più in generale, parrebbero dover valere rispetto a ogni potere normativo implicante l’esercizio di discrezionalità tecnica, e, quindi, anche rispetto al potere normativo del Governo, specie se si considera che buona parte della normazione tecnico-scientifica è posta in essere dal potere esecutivo, principalmente in forza di deleghe volte a garantire una maggiore flessibilità della disciplina.

<sup>1</sup> V., *ex multis*, R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 1 ss.; A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 53 ss.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018.

<sup>2</sup> C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016.

Funzioni normative sono poi esercitate dal Governo in situazioni emergenziali, e non di rado anche tali interventi implicano la spendita di competenze tecniche specialistiche. È quanto sta accadendo attualmente nella gestione dell'emergenza da CoViD-19 in Italia.

## 2. Quale disciplina per l'istruttoria scientifica?

L'emergenza sanitaria ha reso necessaria l'adozione in tempi estremamente brevi di misure di contenimento dell'epidemia. Il Governo si è trovato così a dover scegliere tra le possibili opzioni di intervento sulla base di valutazioni in larga parte di carattere prettamente scientifico.

È quindi emerso con chiarezza quanto la tutela di diritti fondamentali possa dipendere dal corretto svolgimento di valutazioni scientifiche da parte del decisore pubblico e, conseguentemente, quanto la legittimità di tali decisioni possa dipendere dall'adeguatezza del presupposto scientifico che sorregge la scelta.

A rendere particolarmente difficile il dialogo tra potere pubblico e scienza sono la forte incertezza e la discordanza di opinioni sussistenti nella comunità scientifica rispetto a molti aspetti rilevanti per la prevenzione e la cura del virus. La politica si trova dunque oggi a fare i conti con alcune delle caratteristiche che sono – in misura più o meno ampia a seconda degli ambiti – proprie del sapere scientifico: la sua incertezza, la sua relatività e il suo procedere tramite dimostrazioni e confutazioni.

Si tratta di caratteristiche spesso trascurate, in forza dell'idea diffusa per cui la scienza sarebbe fonte di certezze assolute, che non tiene però in considerazione di come pretendere certezza dalla scienza<sup>3</sup> significhi in realtà ignorare un tratto – la falsificabilità del sapere scientifico – che è, sin dalla nascita del metodo scientifico, connaturato alla stessa<sup>4</sup>.

L'incertezza del sapere scientifico non dovrebbe dunque stupire, né, al fine della tutela dei diritti fondamentali coinvolti, pare adeguato reagire ad essa assumendo decisioni che prescindono da qualsiasi forma di dialogo con la scienza o limitandosi all'ascolto di una sola voce, magari selezionata perché maggiormente in linea con una certa opzione di intervento, e quindi preferibile sulla base di una valutazione di mera opportunità politica.

Tanto maggiore è l'incertezza, tanto maggiore parrebbe dover essere, nell'organizzazione dell'accertamento dello stato delle conoscenze scientifiche, l'attenzione alle caratteristiche proprie del sapere scientifico. A maggior ragione si dovrebbe quindi in questi casi procedere a un potenziamento del contraddittorio tra gli esperti del settore e all'analisi delle risultanze scientifiche esistenti, in quanto passaggi necessari per l'individuazione delle diverse posizioni esistenti tra gli esperti e delle evidenze scientifiche sussistenti a sostegno delle stesse, e, conseguentemente, per la delineazione, nel modo più fedele possibile alla realtà di un certo momento storico, dei margini di opinabilità scientifica esistenti.

Si tratta, quindi, di cercare di realizzare un difficile equilibrio tra scienza e politica, evitando da un lato deleghe, anche di scelte sostanzialmente politiche, ai "tecnici" – "escamotage" non di rado utiliz-

<sup>3</sup> Particolarmente significativo che il Ministro degli Affari regionali, in un'intervista del 14 aprile 2020, abbia affermato di pretendere dalla scienza «certezze inconfutabili».

<sup>4</sup> K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, a cura di G. PANCALDI, Bologna, 1972: l'Autore giunge addirittura ad individuare nella falsificabilità il criterio in base a cui andrebbe operata la demarcazione tra scienza e pseudoscienza.

zato dal potere politico per sfuggire in momenti di difficoltà alla propria responsabilità – ma anche, d’altro lato, cercando di evitare di giungere all’assunzione di decisioni pubbliche prive di un ragionevole fondamento scientifico.

Rispetto alla gestione dell’attuale emergenza sanitaria pare dunque da valutarsi positivamente il fatto che sin dalle prime fasi, quando ancora l’epidemia risultava localizzata solo in Cina, il Governo abbia deciso di avvalersi per la gestione della crisi dell’ausilio di un comitato tecnico scientifico istituito dal Capo della Protezione civile, al cui interno operano rappresentanti di importanti organismi scientifici, dotati delle competenze necessarie per fornire informazioni circa i dati disponibili presso la comunità scientifica, le tesi presenti nella stessa e le conseguenze che potrebbero derivare dalle scelte di gestione della crisi astrattamente ipotizzabili.

Tuttavia, alcune carenze nel modo in cui tale “dialogo” con gli esperti è stato organizzato sembrano ravvisabili. In particolare, risultano carenti, se non del tutto assenti, le garanzie di pubblicità e trasparenza dell’attività istruttoria, benché si tratti di garanzie fondamentali per rendere possibile una effettiva verifica circa la coerenza delle misure restrittive introdotte dal potere esecutivo con le indicazioni fornite dal comitato tecnico.

È una mancanza che non può che aggravare il problema della dubbia legittimità dell’impiego di Decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri per l’introduzione nell’ordinamento di disposizioni fortemente limitative di molteplici diritti fondamentali, garantiti dalla Costituzione con riserva di legge.

Se è vero che un allontanamento dal principio di riserva di legge è stato reso necessario dall’esigenza di rapido adeguamento delle misure di contrasto dell’epidemia a una situazione che è in continua evoluzione, e dunque dall’impossibilità di introdurre con fonte primaria, perfino con decreto legge, una disciplina di dettaglio adeguata e proporzionata alla situazione di fatto, è d’altro lato anche chiaro che l’adeguatezza e la proporzionalità dell’intervento non possa che garantirsi in larga parte tramite lo svolgimento di valutazioni di tipo scientifico e sia, quindi, in primo luogo una adeguatezza di tipo “scientifico”. La legittimazione dei molti Dpcm degli ultimi mesi è pertanto certamente da ravvisarsi nei decreti-legge che ne hanno autorizzato l’adozione ma anche nella loro adeguatezza scientifica rispetto alla situazione di fatto esistente al momento dell’emanazione: se le valutazioni dei rischi sottese alle misure restrittive introdotte con i Dpcm dovessero risultare scientificamente infondate, la legittimità di questi non potrebbe che essere fortemente minata.

La regolamentazione del rapporto tra Governo e organi tecnici avrebbe quindi dovuto assumere centrale rilievo nella disciplina di rango primario che ha ad essi delegato un potere così invasivo.

Ebbene, però, il decreto-legge del 23 febbraio 2020, n. 6, in cui sono state elencate tutte le possibili misure adottabili dalle «autorità competenti», non ha in alcun modo disciplinato i rapporti tra tali autorità e gli organi tecnico scientifici. Un miglioramento sotto tale punto di vista si è avuto con il decreto-legge del 25 marzo 2020, n. 19, in cui si è quantomeno previsto che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti [...] sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all’ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

La predisposizione con fonte primaria di una più dettagliata disciplina della composizione – al momento tutta al maschile – e delle modalità di funzionamento del comitato tecnico scientifico, nonché

degli obblighi di pubblicità e trasparenza, e quindi un rafforzamento della legalità quantomeno sotto il profilo procedurale<sup>5</sup>, avrebbe invece potuto consentire, e consentirebbe per il futuro, di compensare le carenze sussistenti rispetto alla legalità sostanziale.

### 3. Manipolazioni e strumentalizzazioni del sapere scientifico

È da evidenziarsi inoltre come nel corso dell'emergenza sanitaria non siano mancate forme di più o meno palese sfruttamento dell'incertezza che è propria del sapere scientifico e della fisiologica presenza di divergenze tra gli esperti come mezzo per dare parvenza scientifica a posizioni nella sostanza fondate esclusivamente su ragioni di tipo non scientifico.

Basti pensare a 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.

Fermo restando che quello in questione è un virus nuovo, rispetto a molte delle cui caratteristiche sussistono ancora incertezze, bisogna considerare che, quando il primo caso di contagio è stato accertato in Italia, una considerevole quantità di dati sulle sue modalità di diffusione e i suoi effetti, alla luce in particolare dell'esperienza cinese, era già disponibile. Effettivamente da tali dati emergeva una letalità del virus non elevatissima in termini relativi, e non lontanissima da quella normalmente associata all'influenza stagionale. Ma allo stesso tempo risultava chiaramente anche come in termini assoluti la differenza tra i due fenomeni fosse considerevole, a causa di una serie di fattori, primo fra tutti la maggior capacità e rapidità di diffusione del CoViD-19. In particolare, era chiaro alla stragrande maggioranza della comunità scientifica che una diffusione incontrollata del CoViD-19 potesse essere in grado, a differenza di una normale influenza, di mettere in ginocchio il sistema sanitario nazionale.

Senza voler in questa sede indagare le ragioni, e soprattutto la consapevolezza o meno dell'operazione compiuta, pare da evidenziarsi però come si sia assistito all'utilizzo di dati statistici incompleti e totalmente travisati nel loro significato al fine di giustificare scientificamente un certo tipo di approccio all'epidemia, altrimenti giustificabile esclusivamente dalla volontà di evitare le ripercussioni negative che misure preventive avrebbero nell'immediato avuto sulla produttività e sull'economia delle zone interessate dall'epidemia.

Si tratta peraltro di una tendenza che si è registrata forse in modo ancor più evidente anche in altri Paesi, dove, pur alla luce del drammatico peggiorare della situazione italiana, la tesi per cui il CoViD-19 sarebbe paragonabile a una normale influenza è stata sostenuta addirittura da alte cariche istituzionali, al fine di giustificare un approccio tutt'altro che precauzionale al fenomeno.

Tali episodi aiutano a rendere ancor più chiaro come l'istaurazione di un confronto tra gli esperti, e la pubblicità dello stesso, sia uno strumento imprescindibile per la tutela dei diritti incisi da scelte pub-

<sup>5</sup> Sul tema della legalità in senso procedurale si veda R. CHIEPPA, Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti, in R. CHIEPPA-G. P. CIRILLO, Le autorità amministrative indipendenti, Padova, 2010.

blische *science-based*, in quanto atto ad evitare che la decisione possa essere adottata sulla base di tesi apparentemente fondate ma in realtà confutate nella comunità scientifica e che i dati scientifici possano non essere compresi, o volutamente travisati, del potere politico.

#### 4. Il principio di precauzione come “regola per procedere”

L'emergenza sanitaria sembra inoltre aver messo a nudo tutta la debolezza, già in passato evidenziata in dottrina, del principio di precauzione come “regola per decidere”.

Per quanto riguarda il caso italiano, ha stupito in particolare che l'approccio prettamente precauzionale al fenomeno sia stato abbandonato proprio nel momento in cui il rischio di un'epidemia nel Paese si è fatto da possibile ad altamente probabile, ossia quando è stata accertata la sussistenza di focolai in alcuni territori del nord d'Italia.

Il Governo si è da subito attivato, con l'ausilio del comitato tecnico, per porre in essere misure di contenimento, ma queste sono parse più ispirate a una logica di eliminazione dei rischi certi piuttosto che al principio di precauzione propriamente inteso, che avrebbe invece imposto l'adozione di misure volte all'azzeramento dei rischi anche solo probabili.

Solo quando il rischio di una consistente diffusione del virus sull'intero territorio nazionale e del conseguente collasso del sistema sanitario è passato dall'essere probabile all'essere sostanzialmente certo, si è avuta l'introduzione di misure decisamente restrittive anche fuori dalle originarie “zone rosse”.

Ma ciò che stupisce ancor di più è che, nonostante l'esperienza italiana, un approccio non precauzionale, se non, in alcuni casi, addirittura di negazione del pericolo, si sia registrato in molti Paesi in cui l'epidemia è arrivata con qualche giorno o settimana di ritardo rispetto all'Italia.

L'attuale emergenza sanitaria pare quindi essere stata ulteriore conferma della scarsa coerenza con cui il principio di precauzione è invocato da chi assume decisioni pubbliche: la portata precettiva del principio come “regola per decidere” risulta talvolta utilizzata per legittimare misure restrittive, in nome della necessità di tutelare la salute avverso rischi, pur anche se incerti, o addirittura anche se solo congetturali – si pensi ad esempio all'approccio di molti paesi europei in tema di OGM –, ma al contempo viene spesso del tutto trascurata in altri casi, specie allorché la precauzione non risulti in linea con interessi di tipo economico.

Sarebbe forse allora auspicabile, come prospettato da parte della dottrina<sup>6</sup>, un abbandono del principio di precauzione inteso “in senso forte”, come “regola per decidere”, e che ci si concentri piuttosto sulla ragionevolezza del temperamento tra interessi di volta in volta operato.

Il principio potrebbe mantenere rilevanza “in senso debole”, come principio che impone la considerazione anche del rischio non certo, ma probabile, nell'ambito del bilanciamento tra interessi. Così inteso, il principio varrebbe come “regola per procedere”, che impone non tanto un dovere assoluto di avversione al rischio ma, piuttosto, che nelle situazioni di incertezza scientifica sia data particolare

<sup>6</sup> In tal senso S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, II, 2001; C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012

rilevanza alla fase istruttoria che precede la decisione, in quanto necessaria per accertare quali siano i rischi, anche solo probabili, da tenersi in considerazione nel bilanciamento<sup>7</sup>.

Nel caso in questione, come evidenziato sopra, si è registrato anzitutto un problema di trasparenza dell'attività istruttoria che ha reso, e continua rendere, difficile una verifica circa la coerenza delle scelte dell'esecutivo con i rischi, possibili o certi, emersi in fase istruttoria.

Conseguentemente, tale fatto rende anche più ardua una valutazione della ragionevolezza del bilanciamento tra gli interessi in gioco posto in essere dal Governo nel contenimento dell'emergenza. Col senno di poi, si può tuttavia rilevare che, almeno rispetto alle decisioni assunte nella fase iniziale di gestione dell'emergenza, alcune criticità sotto tale profilo siano ravvisabili.

In particolare, la scelta di non adottare *ab initio* misure idonee all'eliminazione di qualsiasi rischio, anche non certo, di diffusione a livello nazionale del virus – evidentemente effettuata principalmente nella speranza di poter limitare il danno economico – avrebbe infatti in realtà solo apparentemente tutelato gli interessi economici del Paese: si è poi compreso a caro prezzo che il conflitto tra tutela della salute pubblica e tutela dell'economia non era sussistente, avendo infatti la diffusione del virus a livello nazionale reso successivamente necessarie misure di contenimento ben più gravose di quelle che originariamente si sono volute evitare.

In altre parole, si potevano prevedere i rischi che una diffusione del contagio poteva comportare, oltre che per la salute, anche per l'economia, posto che nel nostro ordinamento l'inazione dinanzi al dilagare dell'epidemia non sarebbe, fortunatamente, un'opzione contemplabile: una totale compromissione del bene salute per la tutela di interessi economici contrasterebbe infatti nettamente con i fondamentali principi che regolano il bilanciamento tra diritti<sup>8</sup>. Resta da chiedersi se le scelte scarsamente precauzionali registratesi nella fase iniziale siano da imputarsi a una mancata emersione del rischio nella fase istruttoria o piuttosto a una mancata considerazione dello stesso da parte del decisore politico.

Può però quantomeno dirsi che in Italia un approccio di esclusiva attenzione al rischio economico, e di conseguente totale noncuranza dei rischi per la salute pubblica, non abbia mai propriamente preso piede.

Aveva invece destato grande preoccupazione che il primo ministro inglese, il 13 marzo 2020, avesse invece reso dichiarazioni che sembravano andare proprio in tal senso, pubblicamente affermando di non essere intenzionato ad adottare alcuna particolare misura di contenimento del contagio in corso nel Regno Unito.

La linea di azione – o inazione – prospettata si fondava sulla tesi di un consigliere scientifico del Governo inglese, secondo cui sarebbe stato necessario che almeno il 60% della popolazione britannica

---

<sup>7</sup> La concezione del principio di precauzione come principio che implica anzitutto il rispetto di precisi vincoli istruttori emerge in alcuni passaggi della Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione (COM/2000/000 def), in cui si è chiaramente posto al centro della scelta precauzionale il momento della valutazione tecnica e dell'accertamento dei rischi, nell'ambito del quale secondo la Commissione «dovrebbero essere compiuti tutti gli sforzi possibili per valutare le informazioni scientifiche disponibili» e, «laddove possibile, dovrebbe essere redatta una relazione comprendente una valutazione delle conoscenze esistenti e delle informazioni disponibili, oltre ai pareri degli scienziati sull'affidabilità della valutazione ed un'indicazione sulle persistenti incertezze».

<sup>8</sup> Si veda Corte cost., n. 58 del 2018, sul caso Ilva.

contraesse l'infezione, in quanto solo in tal modo si sarebbe sviluppata un'"immunità di gregge" atta a garantire la definitiva uscita del Paese dall'emergenza e a precludere l'insorgere di una nuova epidemia di CoViD-19 nei prossimi anni.

È stato sin da subito osservato come però una tale strategia risultasse fondata su presupposti scientifici tutt'altro che certi, ma, anzi, ampiamente criticati dalla maggioranza della comunità scientifica. E, soprattutto, come si trattasse di una scelta implicante un'inquietante accettazione da parte del Governo inglese del rischio sostanzialmente certo – ossia la morte di un ingente numero di persone, ottimisticamente circa 400.000 – perché necessario a scongiurare un rischio invece altamente incerto – in particolare, che il virus si possa ripresentare in modo identico l'anno prossimo e che nel frattempo non sopraggiunga un vaccino efficace.

Pare chiaro che a fondamento di una scelta di tal tipo – annunciata ma poi in concreto fortunatamente non attuata<sup>9</sup> – non vi fosse, come pur maldestramente si era cercato di far intendere, la ricerca della miglior strada per tutelare la salute pubblica, ma al contrario l'intento di non "sprecare" risorse pubbliche per il contenimento dei contagi e non compromettere la produttività del Paese.

L'episodio risulta quindi dare bene l'idea dei rischi per la tutela dei diritti che possono associarsi alla tendenza, spesso presente, della politica a non svolgere un effettivo accertamento della fondatezza scientifica delle proprie decisioni tramite l'istaurazione di un dialogo trasparente con gli esperti del settore, posti in contraddittorio tra loro, nonché a certe applicazioni del principio di precauzione, come regola per decidere atta a giustificare politiche di totale avversione ad alcuni selezionati rischi e non ad altri, pur altrettanto preoccupanti, pericoli.

---

<sup>9</sup> Il 23 marzo 2020 il Governo inglese ha disposto il "lockdown" del Regno Unito.

## Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate

**Stefano Ceccanti**

*Professore ordinario di diritto pubblico comparato,  
Università Roma – La Sapienza.*

*Mail: [stefano.ceccanti@libero.it](mailto:stefano.ceccanti@libero.it).*

Nel nostro ordinamento manca, a livello costituzionale noto, una disciplina sugli stati di emergenza analoga a quella che esiste in altre grandi democrazie. L'esperienza, pur così negativa, della pandemia ci sarà quanto meno utile per studiarle alla prova dei fatti in chiave comparatistica e per trarne importanti conseguenze anche per il nostro ordinamento.

Nel frattempo, però, mi sembra che si possano già fare alcune riflessioni, almeno sulla specifica questione del ruolo del Parlamento in periodo di emergenza.

Provo quindi anzitutto a ipotizzare una prima proposta di revisione costituzionale a regime, quella che potremmo approvare se non fossimo già in emergenza, ovviamente tenendo conto delle caratteristiche della nostra forma di Stato e di governo, perché credo che il dibattito degli studiosi possa e debba già iniziare per tempo anche su questa prospettiva più ampia e meno immediata per poi valutare in modo più stringente che cosa si possa già anticipare a Costituzione e Regolamenti invariati.

Come premessa complessiva credo ci si debba muovere tra le due esigenze che ricaviamo dai modelli del diritto comparato che prevedono spesso anche diversi stati di emergenza a seconda della gravità della medesima: da una parte va perseguito un approccio realistico per cui un

certo grado di concentrazione del potere e di limiti ai diritti è comunque inevitabile per tutta la fase in cui l'emergenza perdura; dall'altra parte, però, è bene che si possano far valere, ove necessari, dei limiti o comunque che vi siano sedi di controllo e di successiva eventuale ratifica in cui si possano prospettare critiche e correttivi. Il diritto nasce dal fatto, ma non ogni fatto, nello Stato costituzionale, deve produrre diritto.

Mi sembra che sotto un profilo costituzionale si potrebbero forse prevedere due ipotesi diverse. La prima di emergenza più grave per un periodo limitato al massimo (alcuni mesi) in cui dopo una delibera per riconoscerne l'esistenza a maggioranza qualificata (tre quinti dei componenti?), si dovrebbero superare le riunioni plenarie ed anche la logica stessa del bicameralismo, optando per una Commissione bicamerale unica con poteri legislativi composta ovviamente in modo proporzionale con la presenza di tutti i gruppi, senza componenti del Governo, composte in tutto da alcune decine di parlamentari (diciamo da trenta a cinquanta). Dovrebbe trattarsi di una dimensione tale da poter agevolmente operare in videoconferenza. Sarebbe opportuno stilare un elenco di materie escluse coincidenti in linea generale con le leggi per le quali la Costituzione prevede una maggioranza qualificata, salvando però la possibilità ex articolo 81 di votare il ricorso all'indebitamento; l'esclusione dovrebbe valere anche per le leggi elettorali. Le altre leggi, così votate, dovrebbero poi, al termine dell'emergenza, essere confermate dal Parlamento entro tempi ragionevoli (sei mesi?).

Si potrebbe prevedere anche una seconda tipologia di stato di emergenza meno grave in cui la Commissione anziché compiti direttamente legislativi potrebbe averne di redigenti, riservando il voto sugli articoli e il voto finale all'Aula. Anche in quel caso andrebbe consentito l'esame in

videoconferenza in Commissione e potrebbe essere introdotto il voto a distanza per l'Aula anche con possibilità di delega, con modalità tali da evitare la concentrazione eccessiva di potere. In altri termini un'unica possibilità di delega da un parlamentare ad un altro parlamentare, non al capogruppo. Anche in questo caso dovrebbero valere i limiti di materia descritti in precedenza.

Si potrebbe infine prevedere una terza tipologia di emergenza minima a Costituzione invariata e con sola modifica regolamentare per casi straordinari di necessità e urgenza per un periodo limitato di trenta giorni, rinnovabile all'unanimità in Conferenza dei Capigruppo che autorizzerebbe il Presidente a decidere per la videoconferenza in Commissione redigente e per il voto a distanza in Aula. La norma potrebbe essere impostata in questi termini:

«In casi straordinari di necessità ed urgenza, previa delibera unanime della Conferenza dei capigruppo, (allargata ai Presidenti delle componenti politiche del gruppo misto – per la Camera), il Presidente può consentire l'uso del voto telematico per i lavori dell'Aula, delle Commissioni e delle Giunte per un periodo non superiore a trenta giorni, con modalità tali da garantire la personalità, la libertà del voto del singolo deputato e, nei casi previsti, la sua segretezza. Alla scadenza del termine, se permangono i casi di necessità e di urgenza o ne sopraggiungono di nuovi, la decisione può essere reiterata una volta sola con analoghe modalità».

<sup>1</sup> Si vedano Montesquieu, *Il Parlamento deve poter funzionare sempre, ancor più dopo l'emergenza*, in *IlSole24Ore*, 17 marzo 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/2zVACaI>. F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *IlSole24Ore*, 13 marzo 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/3bRCrSV>. S.

Se questo potrebbe essere un modello a regime che propongo per lanciare un dibattito di ampia portata, si tratta ora di capire quali innovazioni si potrebbero introdurre nella fase attuale già problematica. È infatti evidente che per cambiare la Costituzione (al di là dei tempi per l'operatività) ma anche solo i Regolamenti occorrerebbe raggiungere quorum che non sono allo stato conseguibili materialmente (al di là della volontà politica). Siamo in un caso particolare del noto paradosso delle riforme: occorrerebbero riforme per un sistema in crisi, ma siccome il sistema è in crisi non è in grado di riformarsi. Siamo quindi tutti chiamati a un necessario sforzo di creatività oltre che di pragmatismo.

Niente vieta che in questa fase straordinaria una circolare di ciascun Presidente delle Camere, previo parere unanime delle Giunte per il Regolamento, istituisca in ciascuna Camera una Commissione speciale per l'esame dei decreti-legge in corso di conversione che operi in sede redigente in videoconferenza seguita poi dal voto a distanza dell'Aula sugli articoli e sul testo finale. È il modello che in questi giorni hanno ipotizzato alcuni costituzionalisti<sup>1</sup>.

È preclusivo di questa possibile soluzione il concetto di presenza di cui si parla all'articolo 64 della Costituzione? Credo che, almeno in periodo di emergenza, esso si può intendere in senso ampio, come connessione, cioè come presenza digitale. Del resto lo stesso si sta facendo per sessioni di laurea, lezioni a distanza, per varie

CURRERI, *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, in *laCostituzione.info*, 16 marzo 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/2AST3gp>. C. FUSARO, *Coronavirus, meglio niente Parlamento o un Parlamento smart*, in *libertàeguale*, 15 marzo 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/2Zuiwam>.

attività di Governo, e, dopo il decreto ultimo del 16 gennaio, anche per giunte e consigli regionali. È vero che c'è stata una prima posizione contraria del Presidente Fico, ma, man mano che l'emergenza si protrarrà, tutti saremo costretti a rivedere posizioni iniziali più intransigenti perché senza pragmatismo rischiamo un'eterogenesi dei fini: ci irrigidiamo sugli strumenti per difendere i principi, ma facendo così poi neghiamo forza ai principi perché rischiamo di finire nell'impotenza. Sulla presa di posizione di Fico e sul perché essa dovrebbe essere reversibile ha ben motivato Curreri nel testo già citato. Fuori da questo intervento urgente, credo, occorrerebbe fatalmente rassegnarsi, a causa

dell'impossibilità di far funzionare il Parlamento con le regole ordinarie, alla reiterazione dei decreti-legge che in casi del genere non sarebbe vietata, com'è noto, dalla sentenza 360 del 1996, come ha già argomentato Stegher<sup>2</sup>. Ma se si potesse, sarebbe meglio evitare la reiterazione.

*De iure condendo*, per prevenire analoghe situazioni di *impasse*, in qualità di deputato, ho presentato una proposta di legge per l'*Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/3cQcnZL>.

<sup>3</sup> *Proposta di legge C. 2452*, presentata il 30 marzo 2020, assegnata alla I Commissione Affari Costituzionali in sede Referente il 21 aprile 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/2WREGS4>.



## Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione

**Giacomo Menegatto**

Dottore in Giurisprudenza, Cultore della materia presso l'Università di Padova.

Mail: [menegattogiacomo@gmail.com](mailto:menegattogiacomo@gmail.com).

Se davvero, come ha autorevolmente sostenuto il Presidente emerito della Corte costituzionale, Paolo Grossi, il diritto non è altro che «realità incarnata nella storia»<sup>1</sup>, non certo «una nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico», bensì «esso stesso paesaggio»<sup>2</sup>, anche in una situazione di grave emergenza – qual è quella che il Paese sta attraversando a causa della diffusione del c.d. *CoViD-19* –, al *ius* non resta che *adattarsi* alle contingenze registrabili sul piano *fattuale*<sup>3</sup>. Del resto, è naturale che il diritto, in quanto disciplina delle vicende umane e dei rapporti sociali – come tali, costantemente mutevoli e spesso imprevedibili – sia chiamato a far fronte a particolari situazioni di necessità, anche laddove queste ultime richiedano, in ragione del loro carattere eccezionale, l'adozione di misure drastiche, comportanti, in certi casi, la limitazione o la sospensione di alcune garanzie che, in quanto

solennemente sancite dalla stessa Costituzione, rappresentano veri e propri fondamenti del moderno Stato democratico. Di fronte all'emergenza, il diritto non può che plasmare se stesso, conformandosi in diversa misura a seconda dell'entità delle condizioni di fatto, fino ad arrivare, in casi straordinari, se non alla totale negazione di sé, certamente ad una temporanea abdicazione di alcuni dei suoi cardini fondamentali. Le norme positive, infatti, non possono che assumere, quale termine di riferimento, l'ordinarietà e l'abitudine, vale a dire *l'id quod plaeumque accidit*, senza essere in grado di prevedere quell'urgenza che, in quanto tale, richiede il ricorso ad una vera e propria *eccezione alla norma*, e dunque l'adozione di misure straordinarie.

È un tema, quello del rapporto tra *emergenza* e *diritto*, che da decenni interessa giuristi, storici e filosofi: a partire da Carl Schmitt, che individuava, quale carattere peculiare dello *stato di eccezione*, il dominio della *decisione* sulla *norma*<sup>4</sup>, fino ad arrivare a Giorgio Agamben e alle sue riflessioni intorno al *iustitium* nella Roma repubblicana<sup>5</sup>. E sul tema della *necessità* ha avuto modo di meditare anche uno dei più grandi giuspubblicisti del secolo scorso – se non il più grande –, ossia Santi Romano, secondo il quale

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 44.

<sup>2</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, 43.

<sup>3</sup> Valgono, come sempre, le limpide parole di A. GUARINO, *La coda dell'occhio. Appunti e disappunti di un giurista*, Padova, 2009, 8: «il diritto, quello genuino, nasce inarrestabilmente dalla storia, dall'economia, dalla realtà sociale effettivamente sentita dalla gente e non ha consistenza durevole se formulato, sia pure con piglio autorevole e voce grossa, da comandi normativi (meno che mai da raffinate teorie) che si distacchino troppo da cose, persone, vicende concrete». È necessario, in altri termini, che il diritto non perda mai di vista (ed è questa una massima di ordine generale, di certo non limitata all'epoca dell'emergenza) quel «campo fecondo delle cose attuose, dei fatti» di cui ha parlato E. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Gli*

*aspetti storici degli squilibri regionali*, in AA.VV., *Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, Milano, 1962, 271.

<sup>4</sup> C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München, 1922. Per un quadro più completo in ordine al tema dello stato di eccezione nel pensiero di quest'autore, v. anche *Id.*, *Die Diktature*, München-Leipzig, 1921; *Id.*, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928; *Id.*, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931; *Id.*, *Staat Grossraum Nomos*, Berlin, 1995.

<sup>5</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003: egli, com'è noto, concepisce lo stato di eccezione – e lo stesso *iustitium* – come «uno spazio vuoto di diritto, una zona di anomia in cui tutte le determinazioni giuridiche [...] sono disattivate» (ivi, 66). In senso contrario, v. *infra*, nota 11.

«la necessità [...] deve concepirsi come una condizione di cose che [...] non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto»<sup>6</sup>.

Se, a parere di molti, catalogare la necessità quale *fonte* del diritto *extra ordinem*, propriamente intesa, può senz'altro risultare eccessivo, non lo è invece considerare quest'ultima come *presupposto* giustificativo di fonti diverse<sup>7</sup>, quali, ad esempio, i decreti legge: questi ultimi – nonostante la deprecabile prassi degenerativa<sup>8</sup> che ne ha fatto uno strumento di normazione pressoché ordinario – si fondano (o, per l'appunto, si dovrebbero fondare, assumendoli quale *presupposto*), proprio su *casi straordinari di necessità e urgenza*, ex art. 77, 2° co., Cost.

Non c'è dubbio che la difficile situazione che l'Italia, in queste ore, si trova a fronteggiare – tanto sotto il profilo medico-sanitario, quanto sotto quello, non meno rilevante, economico-sociale – a causa del dilagare del c.d. *Coronavirus*, integri a pieno titolo una condizione del tutto eccezionale ed imprevedibile, come tale idonea a giustificare (almeno per una volta, a pieno diritto) il fisiologico ed appropriato ricorso al decreto-legge. Ed è proprio in questa direzione che –

ovviamente – ha scelto di operare il Governo, adottando, in prima battuta, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, seguito, ad un mese di distanza, dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, avente ad oggetto, analogamente, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19*<sup>9</sup>.

Si tratta, ad una prima analisi, di provvedimenti di carattere eccezionale (in quanto, appunto, rivestiti della forma del decreto legge), recanti, al loro interno, misure altrettanto eccezionali che, in larga parte, finiscono per deferire alle «autorità competenti» il potere di adottare atti che si pongono, in tutta evidenza, come pienamente *derogatori* rispetto ad alcuni tra i più importanti *diritti di libertà* sanciti dalla Parte prima della Costituzione. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla limitazione della possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non in caso di necessità, al divieto di uscire da (o di entrare in) alcuni Comuni o Province, alla sospensione delle manifestazioni e delle riunioni in luogo pubblico o privato, nonché delle attività didattiche, delle funzioni religiose e delle udienze civili, penali e amministrative non urgenti, o ancora alla chiusura di gran parte degli esercizi

<sup>6</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909 (ora in *Id.*, *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, 362). Del resto, del tema del rapporto tra *lex* e *necessitas* si erano già occupati – in tempi non sospetti – Graziano e Tommaso d'Aquino (cfr. G. AGAMBEN, *op. cit.*, 34).

<sup>7</sup> In questo senso, ad esempio, v. F. CUOCOLO, *Lezioni di diritto pubblico*, IV ed., Milano, 2006, 15, ove osserva che, in tali ipotesi, «la necessità non opera propriamente come fonte, inserendosi piuttosto, quale presupposto legittimante, in un procedimento di produzione normativa disciplinato dall'ordinamento, sicché la necessità, pur potendo risultare straordinaria in fatto non dà luogo a provvedimenti *extra ordinem*,

lo stesso ordinamento prevedendo gli strumenti per ripristinare la regolarità derogata dal provvedimento necessitato».

<sup>8</sup> A tal riguardo, v., ad esempio, A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997 e A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

<sup>9</sup> Gli altri decreti adottati *medio tempore* dal Governo (ad esempio, i dd.l. 2 marzo 2020, n. 9; 9 marzo 2020, n. 14; 17 marzo 2020, n. 18, quest'ultimo detto "Cura Italia"), concernono i diversi profili del sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese e del potenziamento del Servizio sanitario nazionale e, perciò, non rilevano in questa sede.

commerciali e delle attività produttive non essenziali: misure, queste, che, una volta attuate, non possono che comportare – innegabilmente – un vero e proprio *sacrificio*, tra gli altri, dei diritti di *circolazione* (art. 16 Cost.), *riunione* (art. 17 Cost.), *professione di fede ed esercizio del culto* (art. 19 Cost.), *tutela giurisdizionale* (art. 24 Cost.), *istruzione e ricerca scientifica* (artt. 33-34 Cost.), *lavoro* (art. 35 Cost.), *iniziativa economica privata* (art. 41 Cost.), *suffragio* (art. 48 Cost.), e così via.

Misure – tra l'altro – che i decreti legge menzionati prevedono debbano essere concretamente attuate per mezzo di uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, salva la possibilità, nelle more dell'adozione di questi ultimi, di ricorrere, «nei casi di *estrema* necessità e urgenza», alle ordinanze contingibili e urgenti (del Ministro della Salute, dei Presidenti della Giunta regionale o dei sindaci) contemplate all'art. 32 della legge n. 833/1978, all'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e all'art. 50 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali.

Non v'è dubbio – sotto il profilo logico, ancor prima di quello strettamente giuridico – che provvedimenti di questo tipo, per le rilevanti restrizioni che impongono, debbano rispondere, in generale, a canoni di *adeguatezza e proporzionalità*, da interpretare, senz'altro, secondo la massima rigidità: del resto, è lo stesso d.l. n. 6/2020 a prevedere, testualmente, che «ogni misura di contenimento e gestione» debba risultare

«adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, 1° co.).

Infatti, non bisogna certo dimenticare la necessità di far convivere lo *stato di emergenza* con lo *stato di diritto*: il primo, infatti, si affianca, in situazioni eccezionali, al secondo, ma di certo non vi si sostituisce. Già per quanto concerne la *res publica* di Roma antica – della quale tutto può dirsi, tranne che integrasse uno stato di diritto – , il *iustitium* – nonostante lo stesso Giorgio Agamben lo abbia inteso, in termini estremi, quale fase di anomia, vale a dire di temporanea “assenza” del diritto<sup>10</sup> – implicava, in realtà, come alcuni romanisti hanno avuto modo di dimostrare<sup>11</sup>, una mera sospensione delle attività pubbliche, come quelle giurisdizionali e istituzionali e, alle volte, anche private, come quelle commerciali o ricettive: non certo del *ius* in sé e per sé.

*A fortiori*, nell'ambito di uno Stato democratico e pluralista qual è – o dovrebbe essere – il nostro, è imprescindibile che misure implicanti un sacrificio così considerevole nei confronti di *libertà* che costituiscono il vero *sale* degli ordinamenti liberali contemporanei, siano – proprio in quanto eccezionali – il più possibile proporzionate rispetto alle effettive esigenze di prevenzione, nonché temporalmente limitate. E ciò non solo dal punto di vista della legittimità costituzionale delle disposizioni adottate, ma anche – e prima di tutto – nell'ottica dell'imprescindibile esigenza che i cittadini, chiamati a tollerare questi

<sup>10</sup> Cfr. *supra*, nota 5. L'idea di un *iustitium* integrante una vera e propria 'sospensione' del diritto, laddove quest'ultimo fosse apparso inidoneo a garantire la sua stessa funzione, era già stata avanzata da A. NISSEN, *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1877.

<sup>11</sup> V., a tal proposito, L. GAROFALO, *In tema di 'iustitium'*, in *Index*, 37, 2009, 113, ora anche in ID., *Echi del diritto romano nell'arte e nel pensiero*, Pisa, 2018, 179, ove osserva che un eventuale vuoto normativo

«sarebbe stato troppo rischioso, per non dire esiziale, per la *civitas*, in quanto, se idoneo a sottrarre chi deteneva l'*imperium* ai vincoli del diritto [...], avrebbe però nel contempo liberato i singoli dal doveroso rispetto degli ordini dei magistrati e soprattutto delle regole di convivenza sociale» (*ivi*, 185); sul punto, v. anche R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXX, Palermo, 1967, 159.

sacrifici, possano dividerli ed avvertirli come *giusti*, vale a dire conformi a quel senso di *giustizia* che solo di rado riesce a trovare riscontro nel dato positivo. *Proporzionalità, adeguatezza, temporaneità*, infatti, rappresentano, se così si può dire, vere e proprie ancore di salvezza, “*apigli*” di *stato di diritto* cui è imprescindibile aggrapparsi quando si versa nello *stato di necessità*<sup>12</sup>.

Tuttavia, anche laddove il rispetto di tali canoni venga formalmente declamato (come nel caso del testo dei decreti-legge menzionati), sorgono comunque spontanei, nel vivo di una situazione di tal genere, alcuni quesiti: fino a che punto può dirsi ammissibile che un numero così rilevante di diritti fondamentali venga sacrificato – sia pur temporaneamente – in nome di un *unico* diritto, qual è quello alla salute? E ancora: fino a che punto il criterio della proporzionalità può fungere da guida in un terreno così ignoto, *imprevedibile* ed inevitabilmente soggetto a costanti mutamenti?

Da un punto di vista strettamente giuridico-formale, le restrizioni contemplate nel decreto-legge non possono che dirsi legittime e dotate di precisi addentellati costituzionali. Si pensi, ad esempio, alle limitazioni imposte alla libertà di circolazione dei cittadini all’interno del territorio nazionale: nonostante sia innegabile che «la libertà di movimento» rappresenta «un bisogno fondamentale di tutti gli individui»<sup>13</sup>, l’art. 16 Cost. ne ammette espressamente l’operabilità, purchè siano stabilite «per legge», «in via generale» e per soli «motivi di sanità o di sicurezza». Il Costituente – per ritornare alla metafora già utilizzata in precedenza – ha voluto prevedere

<sup>12</sup> Sul tema del rapporto tra costituzionalismo democratico ed emergenza v., fra tutti, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 13. Per una visione d’insieme, in chiave comparata, relativa all’emergenza in corso, v. anche L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte*

una *riserva di legge rinforzata* proprio come àncora di *stato di diritto* nello *stato di necessità*, come fondamentale lume di garanzia nell’oscurità dell’eccezione. Così, gli stringenti limiti alla libertà di circolazione dei cittadini, progressivamente estesi a tutta la popolazione italiana a fronte dei molteplici decreti succedutisi in materia di prevenzione del contagio da *CoViD-19*, hanno trovato la propria base nella legge (più precisamente, in un atto avente forza di legge, adottato però, questa volta, nel pieno rispetto della sua peculiare funzione emergenziale), attraverso previsioni di carattere generale (cioè, non riferite a singoli individui) e per indiscutibili ragioni di tutela della sanità pubblica.

Per fare un ulteriore esempio, è sempre il dettato costituzionale a prevedere, all’art. 17, 3° co., la possibilità di vietare le riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», tra i quali può senza dubbio dirsi ricompresa l’eventualità di un’emergenza sanitaria.

Da un punto di vista sostanziale, invece, potrebbe non essere banale rispondere al primo interrogativo che si è formulato *supra*, vale a dire in base a cosa la tutela di un solo diritto – e cioè quello alla salute, sancito, com’è noto, dall’art. 32 Cost. – permetta di sacrificarne numerosi altri, che forse qualcuno potrebbe giudicare di pari rango.

La dottrina costituzionalistica, a tal proposito, suole affermare che «l’art. 32 – sotto il [...] profilo dell’interesse alla salute collettiva – può fungere da *limite* o “*restrittore*” delle libertà costituzionali»<sup>14</sup> (il corsivo è mio): quindi, il diritto alla salute – l’unico, si badi, per il quale la

*all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata, in federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19.*

<sup>13</sup> G. DEMURO, *Art. 16*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 375.

<sup>14</sup> A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., 671, ove giustamente si

Costituzione utilizza espressamente l'aggettivo "fondamentale" – vanterebbe il peculiare privilegio di "imporsi" sugli altri diritti contemplati nella Parte prima della Carta, agendo con una *forza* tale da comportarne una *compressione* o, in situazioni eccezionali come quella che l'Italia si trova ad attraversare, una vera e propria *sospensione*.

A parere di chi scrive, è da ritenere che la ragione giustificatrice di questo assunto risieda nella circostanza che la salute – quella salute di cui è imprescindibile godere, puramente e semplicemente, per *vivere*, e quindi per *essere* – costituisce *condizione fondamentale e necessaria* per l'esercizio di qualunque altro diritto sancito dalla Costituzione. Senza la salute, che tiene in vita la persona umana e le permette di essere *soggetto* anche dal punto di vista giuridico, non si potrebbe circolare, non ci si potrebbe riunire, non ci si potrebbe istruire, non si potrebbe professare una fede, e via discorrendo. Ecco allora che, nel momento in cui questa *conditio sine qua non* viene messa seriamente a repentaglio, l'ordinamento non può che permettere una sospensione delle proprie garanzie più rilevanti affinché la matrice irrinunciabile di queste ultime possa essere ristabilita.

Certamente, come si diceva poc'anzi, l'imposizione di severe restrizioni alle libertà fondamentali non può che essere contrassegnata dai canoni della *proporzionalità* e dell'*adeguatezza*. A questo proposito, si è anche affermato che «tale decreto indulge (troppo) alla logica della prevenzione, logica che di per sé si mostra inconciliabile con la logica [...] dello Stato costituzionale di diritto»<sup>15</sup>. In realtà, è necessario prendere atto dell'estrema incertezza che – sotto il profilo

prettamente medico-scientifico – caratterizza la diffusione del c.d. nuovo *Coronavirus*: un'incertezza, questa, di fronte alla quale appare estremamente arduo operare, *ex ante*, una precisa valutazione di proporzionalità delle misure da adottare. Non è agevole, in altri termini, comprendere anticipatamente – di fronte ad un fenomeno del tutto inedito e sconosciuto – se i provvedimenti volti al contenimento dell'epidemia siano eccessivi, perfettamente adeguati o di scarsa efficacia. Dinanzi ad una palpabile insicurezza, dunque, sembra improponibile che si richieda al legislatore o all'autorità amministrativa di agire seguendo rigidamente il vago sentiero della proporzionalità: quest'ultima dovrà senz'altro rappresentare, per quanto possibile, il principale criterio di *orientamento*, nella consapevolezza, tuttavia, che, se valutate al termine della situazione emergenziale, le misure adottate potranno rivelarsi *sproporzionate*, o perché eccessive o, al contrario, perché troppo blande. In un contesto siffatto, allora, il vero faro non può che essere costituito dal primario obiettivo della salvaguardia della salute dei cittadini e, con essa, dell'intero sistema-paese: un obiettivo che suggerisce di ricorrere, forse banalmente, al *buon senso* e, se necessario, a quella logica di *prevenzione* da più parti criticata, anche al costo di una limitazione "non perfettamente proporzionata" dei diritti individuali.

Non si deve dimenticare che, sulla base dell'art. 2 Cost., la Repubblica non solo «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», ma, allo stesso tempo, «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di *solidarietà* politica, economica e sociale». In questo periodo, ciascun cittadino è chiamato, semplicemente, a fare il proprio

---

nota che «l'equilibrio tra tutela della salute e gli altri principi costituzionali potenzialmente confliggenti, non è affidato alla composizione in sede politica del

legislatore o in sede interpretativa del giudice, ma è indicato dalla stessa Carta costituzionale».

<sup>15</sup> V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 591.

*dovere*, rinunciando, momentaneamente, a qualche *diritto*: si tratta di limitazioni contrassegnate dalla *reciprocità*, attenendosi alle quali ognuno – con *responsabilità* e nel pieno spirito della Costituzione – gioca la sua parte per agevolare un rapido ritorno alla normalità<sup>16</sup>. Si tratta, in definitiva, di riscoprire – *umanamente*, prima ancora che *giuridicamente* – quel «dovere di

solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo», di cui ha parlato la Corte costituzionale in una sua celebre pronuncia<sup>17</sup>.

«Stiamo scambiando quote di libertà con quote di responsabilità»<sup>18</sup>: ne va delle sorti dello Stato.  
(17 aprile 2020)

<sup>16</sup> La pensa in questi termini anche M. BERTOLISSI, *Una prova di dittatura per garantire il diritto alla salute*, in *il mattino di Padova*, 13 marzo 2020: «C'è un dovere, in particolare, che irrompe sulla scena, nella sua espressione più rigorosa e definitiva. Si tratta di evitare il contagio, di cui ciascuno di noi può essere inconsapevole veicolo. L'esercizio di un mio diritto può pregiudicare un diritto altrui: ora, quello alla salute. Sul mio diritto – che può essere pure inviolabile –

prevale l'esigenza dell'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»».

<sup>17</sup> Corte cost., 15-18 aprile 1996, n. 118, punto 5 del *considerato in diritto*.

<sup>18</sup> E. MAURO, *Libertà in ostaggio*, in *la Repubblica*, 5 marzo 2020: «il virus attacca la dose quotidiana di democrazia materiale che spendiamo e scambiamo vivendo».

## Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza CoViD-19

**Giacomo Mingardo**

*Dottore magistrale in Giurisprudenza e allievo del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari "Silvano Tosi".*

*Mail: [giacomo.mingardo@alumni.unitn.it](mailto:giacomo.mingardo@alumni.unitn.it).*

La diffusione pandemica del virus SARS-Cov-2 ha costretto parecchi Stati, *in primis* l'Italia, ad adottare varie misure di contenimento per fermarne la diffusione. In assenza di farmaci specifici e di un vaccino, è emersa la necessità di rivolgersi ad esperti in ambito medico-scientifico per poter prendere le migliori decisioni a tutela della salute individuale e collettiva dei cittadini. Alcuni Stati sono ricorsi, perciò, alla creazione di un comitato scientifico *ad hoc*, come nel caso di Italia e Francia, altri, invece, si sono appoggiati ad istituti o agenzie nazionali, come la Germania e gli USA<sup>1</sup>.

Proprio sulla questione dell'istituzione di un comitato tecnico-scientifico *ad hoc* e sul ruolo da questo svolto nelle decisioni politiche, è interessante soffermarsi, comparando – seppur brevemente – l'esperienza italiana con quanto avvenuto in Francia, dove pure è stato nominato un apposito *conseil scientifique* presso il *Ministère des Solidarités et de la Santé*.

In Italia, il comitato tecnico-scientifico è stato previsto all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 e costituito con successivo decreto del 5 febbraio del Capo del Dipartimento

della Protezione civile<sup>2</sup>. Il comitato è composto dal Segretario Generale del Ministero della Salute, dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato. Il decreto di nomina prevede anche la designazione, quali componenti, del Direttore dell'Ufficio V della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute e dal Coordinatore del Servizio risorse sanitarie dell'Ufficio I del Dipartimento della protezione civile in qualità di segretario del Comitato. Il comitato, inoltre, può essere integrato da ulteriori personalità per specifiche esigenze. L'art. 2 co. 2 del decreto stabilisce che alla prima convocazione il Comitato definisca i criteri e le modalità per l'organizzazione e lo svolgimento delle proprie attività, mentre il comma 3 attribuisce al Comitato «funzioni di consulenza al Capo del Dipartimento della protezione civile in merito all'adozione delle più opportune misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione delle patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

Ugualmente in Francia, come anticipato, è stato nominato un *conseil scientifique* dal ministro per

<sup>1</sup> Sul punto si veda il contributo di L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), reperibile al link: <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm> (ultima consultazione 15/04/2020).

<sup>2</sup> Il testo dell'ordinanza e del decreto di nomina sono consultabili al sito della Protezione civile: <https://bit.ly/2WUQKCC> (ultima consultazione 15/04/2020).

la solidarietà e la salute su impulso del Presidente della Repubblica. Previsto dapprima in via informale, il comitato ha trovato consacrazione normativa nell'art. L. 3131-19 del *Code de la Santé*, introdotto dalla legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020, istitutiva dello stato di emergenza sanitaria. Il legislatore, infatti, ha previsto che per tutta la durata dello stato di emergenza, sia riunito un comitato scientifico formato da esperti qualificati, il cui presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica. Inoltre, la nomina di due membri è riservata al Presidente dell'Assemblea Nazionale e al Presidente del Senato. Il comitato, formato prima dell'entrata in vigore della legge<sup>3</sup>, è attualmente composto da dieci membri, per lo più specialisti di malattie infettive (epidemiologi, infettivologi, virologi, anestesisti) a cui si aggiungono un sociologo, un'antropologa e un matematico, ed è presieduto da Jean François Delfraissy, medico infettivologo e presidente del *Comité consultatif national d'éthique* (di seguito CCNE). Compito di tale organo è fornire al governo o al ministro della salute chiarimenti scientifici su questioni precise e concrete relative alla gestione della crisi sanitaria. In particolar modo, il nuovo articolo ha precisato che il comitato ha l'incarico, alla luce delle conoscenze scientifiche, di fornire pareri pubblici sullo stato della situazione emergenziale e le misure necessarie, anche dal punto di vista temporale, da adottare per mettervi fine.

Delineati brevemente tali organi, è possibile notare subito la differenza su tre punti: la composizione, il ruolo e la modalità di comunicazione dei pareri.

Già dall'atto di nomina, è possibile rilevare una differente scelta lessicale con riferimento

all'individuazione dei componenti, scelta che influisce in parte sulla composizione: da una parte, la decisione italiana di coinvolgere personalità esperte, ponendo l'accento sul ruolo amministrativo ricoperto, dall'altra, la scelta francese di comporre il comitato mettendo in luce la qualifica professionale. Con ciò, ovviamente, non si vuole sottintendere la scarsa competenza dei membri italiani, quanto piuttosto evidenziare che accanto a rappresentanti di istituti di ricerca, si sia voluto integrare il comitato con la presenza di dirigenti che abbiano diretta conoscenza dei fenomeni epidemiologici anche dal punto di vista burocratico ed amministrativo. Un aspetto interessante della scelta francese è da una parte la volontà di integrare le competenze di tale comitato, seppur con due soli membri, con quelle di esperti nel campo delle scienze sociali; dall'altra l'intervento normativo di riservare la nomina di due esperti ai Presidenti delle due Camere. Nel primo caso, tale decisione è anche in linea, seppur parzialmente, con l'*avis* reso dal CCNE a seguito della richiesta del ministro della salute di un parere sulle questioni etiche legate alla cura dei pazienti con CoViD-19 e sulle eventuali misure restrittive di sanità pubblica da adottare. Nel parere *Contribution du Comité Consultatif National d'Éthique: Enjeux éthiques face à une pandémie* del 13 marzo 2020<sup>4</sup>, il CCNE, infatti, ha raccomandato la costruzione di un processo deliberativo che coinvolga sia gli esperti scientifici di differenti discipline, inclusi esponenti delle scienze umane e sociali, sia i membri della società civile. Tale processo servirebbe a tenere in debita considerazione non solo le risultanze scientifiche ma anche l'opinione di differenti categorie di cittadini al fine di valutare le migliori

<sup>3</sup> I decreti di nomina del Presidente e dei componenti del comitato sono stati firmati il 3 aprile e pubblicati nel *Journal Officiel de la République française* n. 82 del 4 aprile 2020.

<sup>4</sup> Il parere è consultabile al sito del CCNE <https://www.ccne-ethique.fr/> (ultima consultazione 15/04/2020).

decisioni di contenimento riguardanti tutta la società. Questo modo di procedere, ad avviso del CCNE, promuoverebbe una fiducia maggiore circa l'adeguatezza delle misure adottate per contenere la diffusione del virus. Pur non avendo esattamente dato seguito all'auspicio del CCNE, risponde ad un senso analogo obiettivo la scelta legislativa di riservare la nomina di due esperti ai Presidenti del Parlamento, consentendo di dar voce al maggior organo rappresentativo dei cittadini.

Un'ulteriore differenza tra i due organi si può ravvisare nel ruolo ad essi assegnato. Non appare, infatti, sufficientemente chiara la modalità di consultazione del comitato tecnico-scientifico italiano; anzi, pare delinearci una sorta di cortocircuito. Il comitato, infatti, formalmente fornisce indicazioni alla Protezione Civile, così come previsto dall'art. 2 co. 3 del decreto del 5 febbraio del Capo del Dipartimento della Protezione civile, risulta in realtà fornirle direttamente al governo, come emerge dai mezzi di informazione e dalle comunicazioni stesse dell'esecutivo. Eppure dalla lettura dell'art. 3 del DL 6/2020, che disciplina le modalità di attuazione delle misure di contenimento, non c'è alcun riferimento alla consultazione di tale organo per l'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>5</sup>. Diversamente, la scelta francese di un comitato direttamente consultabile da parte del governo su specifiche questioni dal punto di vista scientifico sembra rendere più chiaro il ruolo che quest'organo riveste e la sua influenza sul potere esecutivo, soprattutto alla luce dell'intervento normativo che ne ha definito più puntualmente compiti e funzioni all'interno del quadro

organico della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria.

Infine, anche le modalità con cui tali comitati comunicano il proprio parere risultano differenti. In Italia, è difficile reperire traccia dei pareri resi dal comitato tecnico scientifico, se non per brevi stralci riportati dai mass media e dunque difficilmente verificabili nella loro attendibilità. Al contrario, in Francia, si è proceduto alla pubblicazione online sul sito del Ministero della Solidarietà e della Salute degli *avis* resi dal *conseil scientifique* al governo, in base ad una decisione adottata inizialmente in via informale su proposta del comitato stesso, divenuta successivamente un obbligo legislativo con la promulgazione della legge sullo stato d'urgenza sanitaria. È evidente dunque come il legislatore francese consideri importante questa forma di trasparenza nell'alimentare e mantenere la fiducia della popolazione nei confronti del comitato e più in generale della scienza<sup>6</sup>.

È evidente, dunque, la medesima decisione di creare un comitato scientifico *ad hoc* con finalità sostanzialmente assimilabili, si sono poi sviluppati due differenti modelli di regolazione e funzionamento.

La scelta italiana di dotarsi di un comitato tecnico-scientifico per fronteggiare l'emergenza sanitaria risulta certamente in linea con le indicazioni deducibili dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, ha delineato i termini del rapporto tra discrezionalità legislativa e conoscenze tecnico-scientifiche a partire dalla sentenza 282 del 2002, confermando il proprio indirizzo giurisprudenziale nelle successive sentenze n. 151 del 2009 e 162 del 2014, in materia di

<sup>5</sup> Art. 3 rubricato «Attuazione delle misure di contenimento» del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*,

convertito con modificazioni dalla legge n. 13 del 5 marzo 2020.

<sup>6</sup> I pareri sono consultabili al seguente link: <https://bit.ly/3e55LXu> (ultima consultazione 15/04/2020).

procreazione medicalmente assistita, e n. 274 del 2014, sul cd. “caso Stamina”, n.5 del 2018, in tema di obbligatorietà vaccinale<sup>7</sup>. Secondo la Corte, in materie che richiedono valutazioni tecnico-scientifiche, il legislatore non può esercitare una piena discrezionalità politica, ma deve prendere in considerazione lo stato delle conoscenze scientifiche acquisite tramite istituzioni o organismi tecnico-scientifici, i quali svolgono un “essenziale rilievo” per questi fini. La Corte non configura in capo al legislatore solamente un obbligo di consultare e tenere in conto gli indirizzi forniti dagli organismi tecnico-scientifici, ma anche una limitazione alla propria discrezionalità in base ad un rapporto proporzionalmente inverso tra conoscenze scientifiche e oggetto della regolazione: maggiori saranno le certezze scientifiche, minore sarà lo spazio discrezionale del legislatore per decidere nel merito e viceversa<sup>8</sup>.

La mera istituzione dell’organo di consulenza scientifica, però, non pare sufficiente a rispettare a pieno le indicazioni della giurisprudenza costituzionale: in particolar modo, permane la difficoltà di chiarire il rapporto tra il parere fornito dal comitato e le conseguenti scelte governative, a causa della mancata trasparenza e di una definizione chiara del ruolo del primo. Nella narrazione fornita dai mezzi di informazione, infatti, per alcuni versi è sembrato che il governo si sia adeguato acriticamente ai suggerimenti dati dal comitato, per altri versi invece l’esecutivo è

parso discostarsi dal parere ricevuto. Un esempio è dato dalla ricostruzione, ad opera dei mass media, di un contrasto tra la decisione politica di sospensione delle lezioni e chiusura degli istituti scolastici agli inizi del mese di marzo e il parere del comitato tecnico-scientifico che sembrava esprimersi in senso contrario<sup>9</sup>.

Il dilemma è quello, ormai noto, ma ancora irrisolto, del modello da applicare alla lettura dei rapporti tra scienza e diritto: da una parte il modello “separatista” secondo il quale, in base alla regola che vede la scienza «speaking truth to power», il diritto sarebbe un mero recettore delle evidenze scientifiche; dall’altra parte il modello di co-produzione in base alla quale scienza e diritto sarebbero interdipendenti e il linguaggio dell’uno e dell’altro contribuirebbero alla reciproca comprensione, modificazione e produzione<sup>10</sup>. Da questo punto di vista, più definito appare l’approccio francese: qui il *conseil scientifique* ha ribadito più volte nel suo primo parere del 12 marzo<sup>11</sup>, e in misura minore anche nei pareri successivi, come fosse suo compito proporre delle opzioni chiare, lasciando poi ai poteri pubblici la responsabilità delle decisioni da prendere e l’individuazione delle priorità da perseguire. La confusione intorno al ruolo del comitato italiano risulta ancora più preoccupante se si considera che le decisioni di quest’organo sono state senz’altro, seppur nelle modalità poco chiare appena descritte, alla base delle decisioni

<sup>7</sup> Cfr. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 271-324 e U. ADAMO, *Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, 1, 2018, 296-317.

<sup>8</sup> A tal proposito si è parlato di “vincolo modale” cfr. A. D’ALOIA, voce *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Torino, 2012, 56.

<sup>9</sup> Cfr. I. LOMBARDO, P. RUSSO, *Gli scienziati contrari allo stop alle scuole: “Misura inutile se non prolungata nel*

*tempo”*, in *La Stampa*, 04 marzo 2020, reperibile al link: <https://bit.ly/2Tvt9Wj> (ultima consultazione 15/04/2020).

<sup>10</sup> M. TALLACCHINI, *Scienza, politica e diritto: il linguaggio della co-produzione*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2005, 75-106; Si veda altresì S.O. FUNTOWICZ, *Models of science and policy. From expert demonstration to participatory dialogue*, in A. SANTOSUOSSO, C.A. REDDI, G. GENNARI, *Science, law and courts in Europe*, Torino, 2004.

<sup>11</sup> Per il testo del parere, si veda *supra* nota 5.

governative, le quali hanno compreso, direttamente o indirettamente, molti diritti fondamentali tra i quali ad esempio la libertà di circolazione e di riunione, in nome della tutela collettiva della salute. Certamente le esigenze di celerità e la difficile situazione hanno imposto forme semplificate di consultazione; tuttavia, data la delicatezza della materia e l'incidenza sui diritti fondamentali, sarebbe stato opportuno fornire e garantire maggiori forme di informazione e trasparenza, ad esempio sui pareri assunti e sulle fonti scientifiche utilizzate. A maggior ragione, in questa fase emergenziale, in cui l'esecutivo è ricorso alla decretazione presidenziale per limitare i diritti fondamentali al fine di contrastare con estrema rapidità e duttilità tale situazione. A fronte delle numerose critiche da parte della dottrina sulla legittimità di questa fonte normativa<sup>12</sup>, una maggiore trasparenza e informazione da parte del comitato tecnico-scientifico, infatti, potrebbe garantire da un lato una maggiore legittimazione delle decisioni adottate agli occhi della popolazione, almeno dal punto di vista scientifico; dall'altro lato, si assicurerebbe una maggiore trasparenza circa l'uso della discrezionalità politica e il bilanciamento di valori effettuato dall'esecutivo nell'adottare determinate misure di contenimento, contribuendo in tal

modo a rendere maggiormente evidenti i contorni della responsabilità politica.

Le considerazioni fin qui illustrate evidenziano come non si tratti solamente di questioni di metodo e forma. La comparazione tra le due esperienze, infatti, ha messo in luce come non sia sufficiente prevedere solamente l'istituzione di un organismo tecnico-scientifico, ma quanto una diversa configurazione del ruolo e delle modalità di comunicazione dei pareri possa influire sul rapporto tra discrezionalità politica e valutazioni scientifiche e sull'accettabilità delle decisioni prese.

In tal senso, al di là dei propositi di "democratizzazione della scienza", comunque intesi<sup>13</sup>, il legislatore, avrebbe almeno potuto prevedere forme di trasparenza per rendere maggiormente credibile il processo di consultazione degli esperti, come è avvenuto nell'esperienza francese.

Queste considerazioni, anche oltre il periodo emergenziale, mettono in luce come sia necessaria una riflessione più ampia, che coinvolga tutta la società, sulla possibilità di rendere il più possibile trasparenti e intellegibili tutte le scelte politiche, in particolar modo quelle che sono basate su dati e valutazioni scientifiche.

(15 aprile 2020)

<sup>12</sup> Cfr. *ex multis* L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO, *op. cit.*, 12-34.

<sup>13</sup> Sul tema si veda A. LIBERTORE, S. O. FUNTOWICZ, "Democratizing" expertise, "expertising" democracy: what does this mean, and why bother?, in *Science and Public Policy*, 30, 3, 146-150.



## Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus

Edoardo Raffiotta\*

ON THE LEGITIMACY OF THE GOVERNMENT'S REGULATIONS ISSUED TO CONTRAST THE CORONAVIRUS EMERGENCY

ABSTRACT: The Coronavirus epidemic has triggered an emergency without precedent to which the Italian legal system has attempted to respond by resorting to *extra-ordinem* regulations. This essay intends to demonstrate how the government measures adopted are formally legitimate, given that they are founded on the principle of legality, in accordance with the Italian Constitution.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; rule of law; *extra-ordinem* regulations; emergency legislation

SOMMARIO: 1. Quali poteri per un'emergenza senza precedenti? – 2. Le misure governative di risposta all'emergenza – 3. Sulla natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – 4. Sulla legittimità formale dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – 5. L'emergenza e il suo diritto: un dibattito che è solo all'inizio.

### 1. Quali poteri per un'emergenza senza precedenti?

L'emergenza rappresenta da sempre un tema di massimo interesse per chi studia il Diritto pubblico. Numerosissimi, come noto, sono gli scritti e gli studi monografici in tale sterminato ambito. Eppure, nessuno avrebbe potuto mai immaginare un'emergenza come quella che stiamo vivendo oggi a livello globale. È forse per questo disorientamento che anche i giuristi faticano a trovare soluzioni univoche in risposta all'emergenza da *Coronavirus*.

Con i dovuti distinguo, è questa una di quelle emergenze (per restare alle sole esperienze patrie) che richiama alla mente – quantomeno ai giuspubblicisti – il terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1908, a partire dal quale Stanti Romano giunse alla sua celebre (e ancora oggi attuale) teoria dell'«emergenza come fonte del diritto». Tragedia a partire dalla quale si formarono nella prassi buona parte degli istituti emergenziali ancora oggi vigenti<sup>1</sup>.

Non possiamo dunque escludere che, quando anche questa crisi sarà superata, alcune categorie e istituti dello stato di eccezione potranno essere ripensati. Magari anche immaginando un aggiornamento della nostra Carta costituzionale, essendo evidente nei fatti come il solo decreto-legge non risulti sufficiente a governare crisi eccezionali le cui necessità di contrasto variano di giorno in giorno e

\* Professore associato di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna. Mail: [edoardo.raffiotta@unibo.it](mailto:edoardo.raffiotta@unibo.it). Il presente lavoro è aggiornato al 18 marzo 2020.

<sup>1</sup> Sia consentito rinviare a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 33 ss.

a seconda dei territori ed essendo lo stesso Parlamento in difficoltà di svolgere regolarmente le sue funzioni<sup>2</sup>.

E così, ancora una volta, la regola dell'emergenza è rimessa ad atti amministrativi, o meglio, a ordinanze emergenziali, che operano come atti normativi<sup>3</sup>, derogando a fonti primarie e riconformando altresì diritti costituzionalmente previsti. Ancora una volta, trovando conferma le normative e le prassi che hanno operato sino ad oggi nelle più o meno gravi emergenze, ma che certo (è evidente) in questa occasione si distinguono per numero e latitudine di intervento<sup>4</sup>.

A prima vista, infatti, ciò che colpisce gli osservatori è l'incredibile numero nonché l'eterogeneità dei provvedimenti adottati, non solo del Governo e delle amministrazioni statali, ma altresì da parte di Regioni e Comuni (ex art. 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs. n. 276/2000)<sup>5</sup>, anche esse susseguendosi con cadenza spesso giornaliera e incidendo su diritti e libertà, creando – quanto meno per la loro pluralità – incertezza e probabilmente anche qualche problema di disparità<sup>6</sup>.

Tuttavia, in questa sede ci limiteremo ad analizzare i soli principali interventi del Governo e in particolare i discussi Decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri, anche perché molti degli argomenti che vanno a sostegno della loro legittimità formale possono essere riprodotti in taluni casi anche per i provvedimenti *extra ordinem* adottati da Regioni e Comuni. Nel trattare tali argomenti, però, resta ancora oggi valida l'avvertenza con la quale Romano si apprestava ad analizzare le discusse misure governative dell'epoca: «ognuno sa che in siffatta materia tanto delicata che tocca i supremi principii e le basi stesse del nostro ordinamento costituzionale tutto è incerto»<sup>7</sup>.

## 2. Le misure governative di risposta all'emergenza

I primi interventi del Governo per il contrasto dell'epidemia virale hanno inizio con la dichiarazione dello stato di emergenza *in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* a seguito di delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020. A quel tempo l'epidemia interessava il solo territorio straniero, apparendo come “un problema lontano”. A partire da tale dichiarazione, però, a seguire nei mesi, sono state emanate 10 Ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile nonché un'Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri. Tutti provvedimenti di cui non si può dubitare della legittimità formale, essendo stati adottati in ossequio, in particolare, agli articoli 5, 25, 26 e 27 al TU della protezione civile d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (che raccoglie una normativa collaudata, a partire dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225, negli anni più volte riformata).

<sup>2</sup> Cfr. S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in questo fascicolo.

<sup>3</sup> In tal senso, A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti-fatto*, in *Lo Stato*, 2, 2019, 477 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., *passim*.

<sup>4</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, sin questo fascicolo.

<sup>5</sup> Si v. il completo dossier di C. DRIGO, A. MORELLI, *Dossier “l'emergenza sanitaria da covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina”*, in *dirittiregionali.it*.

<sup>6</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020

<sup>7</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1, 1909, 251 ss.

All'aggravarsi dell'emergenza il Governo ha approvato (nel momento in cui si scrive) 5 decreti-legge, espressamente rivolti al contrasto della crisi virale in oggetto: il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; d.l. 2 marzo 2020, n. 9; d.l. 8 marzo 2020, n. 11; d.l. 9 marzo 2020, n. 14; d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Contestualmente il Ministro della Salute ha inoltre emanato 8 ordinanze in deroga alla legge ai sensi dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. A tali ordinanze si aggiungono quelle adottate da tutti i Presidenti delle Regioni d'intesa con il Ministero della Salute, sempre legittimate dalla medesima disposizione. Altresì molti Ministri hanno assunto altri decreti, circolari e note, intervenendo per ciascun ambito amministrativo nel dettare regole speciali dell'emergenza. Anche in questo caso le espresse previsioni del legislatore, tra cui l'art. 32 della legge n. 833 del 1978, escludono alcun problema formale di legittimità, salvo poi verificarne il merito, alla luce dei parametri di proporzionalità e adeguatezza delle misure. Aspetto sul quale si tornerà tra poco.

Al contrario, vi è chi dubita delle misure adottate dal Governo attraverso Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Infatti, in esecuzione e attuazione, in particolare, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13, sono stati successivamente adottati 6 DPCM, più precisamente i Decreti datati: 25 febbraio 2020; 1 marzo 2020; 4 marzo 2020; 8 marzo 2020; 9 marzo 2020; 11 marzo 2020.

Tali decreti hanno aperto un discreto dibattito in dottrina, avendo taluni dubitato della legittimità formale di tali atti, non essendo possibile a loro giudizio adottare misure eccezionali in deroga a fonti primarie e limitative dei diritti attraverso atti amministrativi così invasivi, essendo il solo decreto-legge l'istituto a tal fine previsto dalla Costituzione<sup>8</sup>. Tuttavia, pur essendo consapevoli dell'eccezionalità delle misure adottate in termini di numeri e di disciplina (corrispondenti alla gravità dell'emergenza), invero, i provvedimenti amministrativi *extra ordinem* emanati in esecuzione della normativa primaria altro non sono che ordinanze emergenziali, o meglio, norme d'ordinanza, in linea con le discipline, la giurisprudenza e le prassi vigenti in materia di poteri eccezionali dell'esperienza repubblicana. Certo, è vero che l'amministrazione avrebbe potuto continuare a esercitare il potere d'ordinanza in ossequio alle normative in essere, tra l'altro come visto già attivate (su tutti il TU della protezione civile e l'art. 32 della legge 833 del 1978), ma l'aggravarsi repentina della situazione necessitava di ampliare (e specificare) ulteriori poteri in capo all'amministrazione<sup>9</sup>. Per tali ragioni si è giunti al d.l. n. 6 del 2020, poi attuato attraverso i DPCM. È però sulla natura dei DPCM e sulla loro legittimità che pare utile soffermarsi.

### 3. Sulla natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri

Che tali DPCM rientrino tra le ordinanze *extra ordinem*, non sembrano esservi dubbi. Tale certezza deriva dalla constatazione che presentano tutti i caratteri distintivi del citato istituto giuridico. Né si può obiettare l'assenza della denominazione "ordinanza". Basti qui ricordare tra gli altri il tormentato

<sup>8</sup> Tra gli altri G. SALERNO, *Coronavirus, decreto del governo/caos e scontro tra poteri: 4 domande a Conte*, in *il sussidiario.it*, 26 febbraio 2020; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringere le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il sole 24 ore*, 13 marzo 2020; più interrogative le osservazioni di I. MASSA PINTO, *La tremenda lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *questionegiustizia.it*.

<sup>9</sup> Lo spiega bene M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020.

ma sopravvissuto art. 2 TULPS (r.d. n. 773/31) che autorizza il Prefetto ad adottare *i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica<sup>10</sup>. Oppure l'art. 54 TUEL (d.lgs. 267/00) che parla in generale di *provvedimenti*, o ancora lo stesso art. 32 della legge 833 del 1978 che parla di *ordinanze di carattere contingibile e urgente*, senza però precisare espressamente che tali ordinanze possono derogare a leggi vigenti. Gli esempi possono continuare, ma non pare utile.

Pertanto, al fine di valutare la loro legittimità è necessario verificare di volta in volta il rispetto dei canoni fissati dalla normativa, dalla giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) nonché dalla prassi vigente.

Non ci si meraviglia che tali atti formalmente amministrativi regolino i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge c.d. a fattispecie aperta<sup>11</sup>. La stessa Corte costituzionale infatti ha definito tali atti come *provvedimenti giustificati da una necessità, da un'urgenza, il cui contenuto non è prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente* (così Corte cost. sent. n. 4 del 1977, è bene ricordare, redatta da Vezio Crisafulli). Sin dalle sue prime pronunce, il Giudice delle leggi ha chiarito la compatibilità di tali atti con l'ordinamento costituzionale repubblicano (Corte cost. sent. n. 8 del 1956), purché il legislatore nel prevedere tale potere in capo all'amministrazione rispetti alcuni canoni tra cui: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico» (Corte cost. sent. n. 26 del 1961). Canoni che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare nel tempo, in numerosissime decisioni<sup>12</sup>.

Dunque, a ben vedere il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13 – così come una delle tante fattispecie legislative vigenti che prevedono altri poteri di ordinanza – autorizza il Governo a regolare fatti emergenziali attraverso poteri di eccezione, anche in deroga alla legge e limitativi di diritti. Infatti, per come è costruito nell'ordinamento italiano, anche in base alla citata giurisprudenza costituzionale, il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità (Corte cost. sent. n. 115 del 2011). Il suo limite pertanto non è nella legge, cui può derogare, ma nei principi dell'ordinamento giuridico e ovviamente nelle norme costituzionali, limiti che possono essere sempre fatti valere innanzi alla giustizia amministrativa competente. Infatti, l'atto amministrativo opera, se non in esecuzione, in attuazione della legge.

Il principio di legalità dunque rappresenta l'architave su cui poggia l'ampio potere emergenziale. Come noto tale principio può essere inteso attraverso accezioni differenti, più o meno restrittive della discrezionalità amministrativa, tra le quali, in senso: formale o sostanziale. Anche in questa occasione, a partire dalla rilettura della sent. n. 115 del 2011, vi è chi ha avanzato dubbi sulla legittimità dei provvedimenti in oggetto, perché alcuni dei poteri emergenziali definiti dal legislatore non sono

<sup>10</sup> M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro penale*, 1962, 105 ss., che attribuiva a tali atti funzione di integrazione del sistema normativo.

<sup>11</sup> G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 33 ss.

<sup>12</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 68 ss.

sufficientemente precisati<sup>13</sup>. Pur concordando con tale lettura – limitatamente ad alcune singole disposizioni, nei termini in cui si dirà – in generale, resta nei casi di emergenza (e ancor più in quelli di estrema emergenza come quello in corso) il problema per il legislatore di disciplinare *ex ante* situazioni non previste, perché per definizione non prevedibili (come una sconosciuta pandemia mondiale). Pertanto, se è vero che la fattispecie legislativa che autorizza l'amministrazione a regolare il fatto emergenziale in luogo del legislatore è formalmente "aperta", invero, essa è però materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto emergenziale, che integra la fattispecie normativa e consente di far funzionare – anche in questo caso anomalo – un sindacato fondato sul principio di legalità<sup>14</sup>. Il che è coerente con la stessa Corte costituzionale del 2011, che opportunamente dichiarò l'incostituzionalità della parte di disposizione (o meglio della congiunzione "anche" all'art. 54 c. 4 TUEL) che conferiva al Sindaco poteri *extra ordinem* in assenza dei presupposti di contingibilità e di urgenza, dunque, in assenza di un fatto emergenziale che ne circoscrivesse l'azione<sup>15</sup>.

Se per Santi Romano era la stessa emergenza la fonte del diritto; nell'attuale ordinamento costituzionale, invece, – lo sottolineo – è la legge la fonte del potere di ordinanza, che legittima l'eventuale deroga a fonti primarie. Tuttavia, ancora oggi, come detto, il fatto emergenziale integra la previsione di legge, la quale, pur non prevedendo un oggetto determinato, trova un'evidente delimitazione del potere dell'organo agente nel fatto emergenziale, che giustifica, e allo stesso tempo delimita, la fattispecie<sup>16</sup>. Altresì, in questo modo consentendo alla stessa amministrazione, in via gerarchica o nell'esercizio del potere di autotutela, o al giudice amministrativo di valutare la proporzionalità e, per questa via, la legittimità dell'intervento rispetto al fatto che la giustifica. In tal senso, infatti, la garanzia giurisdizionale contro eventuali abusi dei poteri *extra ordinem* dell'amministrazione sembra rappresentare, non solo un tratto caratterizzante dell'istituto, ma soprattutto un elemento fondante dello stesso, che trova nella generalità del suo limite il bilanciamento all'eccezionalità della sua disciplina<sup>17</sup>.

Il fatto emergenziale svolge dunque un ruolo centrale nel circoscrivere l'intervento straordinario, assicurando così il rispetto del principio di legalità. Pertanto, anche in questo caso, le misure adottate in via di eccezione devono essere strettamente connesse ai fatti emergenziali che la legittimano e la limitano allo stesso tempo. Del resto, se l'atto emergenziale non dovesse rispettare il contesto eccezionale concretizzandosi in una misura «né adeguata né proporzionata» (come richiede, peraltro, lo stesso decreto-legge n.6/2020 e i principi generali del diritto), qualsiasi cittadino potrebbe rivolgersi alla giustizia amministrativa competente o anche alla stessa giurisdizione ordinaria (o anche al giudice penale se ad esempio dovesse avere subito una sanzione sulla base dell'art. 650 del codice penale), e in via incidentale alla stessa Corte costituzionale (che poi, come noto, sarebbe lo stesso meccanismo attraverso il quale far valere l'illegittimità del decreto-legge).

<sup>13</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., 6.

<sup>14</sup> Sulle fattispecie a schema aperto si v. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975.

<sup>15</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e "ronde"*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2011, 707 ss.

<sup>16</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 245 ss.

<sup>17</sup> A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 219 ss.

Tali atti possono essere complementari al decreto-legge, ma non possono essere sostituiti dallo stesso dovendo mantenere quel carattere aperto e flessibile che solo la amministrazione può assicurare. Infatti, anche in questo caso, come visto in premessa, non sono le ordinanze i soli atti chiamati a governare lo stato di eccezione. A ben vedere, però, come dimostra la prassi delle emergenze della storia repubblicana da sempre sono le ordinanze gli atti protagonisti nella gestione delle emergenze, talvolta unitamente a decreti-legge, più spesso senza<sup>18</sup>. L'emergenza, infatti, – come già detto – determina un bisogno sociale a cui l'ordinamento giuridico non è in grado di dare una risposta in via ordinaria. Lo Stato, attraverso i suoi poteri, deve necessariamente intervenire per risolvere quella che appare una frattura tra realtà giuridica e bisogni sociali<sup>19</sup>. L'amministrazione, attraverso la sua organizzazione e i suoi poteri eccezionali, mira a sanare questa frattura, ristabilendo l'equilibrio tra fatto e diritto tramite una modificazione parziale e provvisoria dell'ordinamento, colmando la separazione tra bisogno sociale e previsione normativa. In tale lettura appare evidente il ruolo dell'amministrazione che, all'interno del proprio sistema particolare, e cioè attraverso la sua organizzazione, è in grado di meglio valutare gli interessi e i bisogni di protezione della comunità (riportandoci per forza di cose alle tesi dell'originarietà del potere amministrativo<sup>20</sup>).

#### 4. Sulla legittimità formale dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri

Ciò chiarito, i Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi e integrativi del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, sono pienamente legittimi perché adottati nel rispetto in primo luogo del principio di legalità, essendo espressamente previsti e legittimati da fonti di rango primario.

Del resto, non è un caso che il Decreto Legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, Codice della protezione civile, attribuisca espressamente un potere «di ordinanza in materia di protezione civile» al Presidente del Consiglio dei ministri, per «il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale» (art. 5). Tuttavia, indipendentemente da tale disposizione generale, il decreto-legge n. 6 del 2020, dopo aver previsto nel dettaglio all'art. 1 tutta una serie di misure, anche limitative di diritti, all'art. 3, conferisce il potere di darne attuazione, tra gli altri atti, attraverso uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Tali atti – come previsto appunto nel caso delle ordinanze emergenziali – sono altresì legittimati ad adottare dall'art. 2 del medesimo decreto-legge «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» (qui forse le misure avrebbero potuto essere meglio delimitate dalla norma legislativa, ma tale previsione non pare una novità all'interno del nostro ordinamento, dettata dalla non sempre agevole possibilità di prevedere le misure necessarie).

Premesso, dunque, che il decreto-legge prevede una fattispecie aperta che legittima, in particolare, la Presidenza del Consiglio dei ministri ad adottare tutte le misure necessarie a contrastare l'emergenza, possiamo ora ad analizzare previsioni più puntuali della disciplina emergenziale a contrasto dell'epidemia. Uno dei punti più discussi concerne le limitazioni della libertà di circolazione con DPCM (rinvenibile in tutti gli atti citati). Invero, anche queste previsioni, pur essendo limitative di diritti costituzionali, sono autorizzate e previste anzitutto dalla fonte primaria del decreto-legge, ma

<sup>18</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 75 ss.

<sup>19</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto*, 257 ss.

<sup>20</sup> G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 278 ss.

poi nel dettaglio attuate dai summenzionati decreti. Del resto, la funzione svolta da tali atti emergenziali di proteggere la sicurezza nazionale ha un primario rilievo costituzionale<sup>21</sup> – *salus populi suprema lex esto* – non secondo a quello dei diritti che sono limitati<sup>22</sup>. La tutela della sicurezza, infatti, è volta a preservare la vita e la salute della collettività, che – in questo caso, senza precedenti – può essere assicurata solo attraverso lo stretto rispetto del divieto di circolazione, che sembra coincidere altresì con il dovere costituzionale di solidarietà ex art. 2 Cost., principio fondamentale della Carta costituzionale al pari, come nel caso di specie, dell'art. 32 Cost. che tutela il fondamentale diritto alla salute, anche interesse della collettività<sup>23</sup>.

Inoltre, come noto, l'art. 16 Cost. espressamente consente limitazioni alla libertà di circolazione per motivi di sanità o di sicurezza. Ciò ovviamente non significa, come si potrebbe sostenere che essa possa essere limitata solo per legge<sup>24</sup>. Non sembra essere questo il tenore della norma che invero tende a fissare, con il riferimento alla legge, il necessario rispetto del principio di legalità: non “per legge” ma “in base alla legge”. Intendendo in questi termini l'attuazione dell'art. 16 Cost. – anche alla luce dalla sopra ricordata giurisprudenza costituzionale – il provvedimento di limitazione deve trovare la sua base nella legge (od ovviamente in atti con forza di legge), ma l'adozione del provvedimento limitativo è di competenza dell'autorità amministrativa. Se così non fosse dovrebbero ritenersi invalide tutte le ordinanze di sindaci, prefetti, Ministri e tutti gli altri soggetti legittimati dalla legge a limitare anzitutto la libertà di circolazione per motivi di sanità o sicurezza in tutte le più o meno gravi crisi della nostra Repubblica.

Di certo va esclusa la posizione di chi ritiene che l'art. 16 Cost. richiederebbe, nel prevedere così forti limitazioni alla libertà di circolazione, un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Ovviamente tale posizione confonde due libertà distinte come la libertà di circolazione (art.16 Cost.) e quella personale (art. 13 Cost.) non a caso previste da due diverse disposizioni con altrettante differenti discipline<sup>25</sup>. Certo, è chiaro che una legge che specifica l'art.16 Cost. deve essere adottata “in via generale”, cioè non con riferimento a categorie determinate (gli zingari o gli immigrati) e solo per motivi di sicurezza e sanità (non ad esempio per motivi politici o di politica economica ad esempio per combattere, come voleva il regime fascista l'urbanesimo).

Più delicato il limite alla libertà riunione che, secondo l'art.17 Cost., può essere limitata per motivi di “sicurezza o incolumità pubblica”, ma facendo riferimento a specifiche riunioni in luogo pubblico. È un tipo di limitazione meno frequente nella prassi, anche se non certo sconosciuta. Viene ad esempio prevista in occasione di manifestazioni sportive quando vi siano appunto pericoli per l'incolumità

<sup>21</sup> G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, 31 ss., qualificano la sicurezza come un «valore superprimario», partendo da una rilettura attuale delle classiche teorie qui richiamate – sull'emergenza e la difesa dello Stato – che legittimano temporanee deroghe all'ordinaria distribuzione dei poteri. Nello stesso senso v. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *forumcostituzionale.it*.

<sup>22</sup> A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, 405 ss.

<sup>23</sup> In tema F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002.

<sup>24</sup> In tal senso M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *la Repubblica*, 3 marzo 2020; *Meglio distante che latitante*, in *la Repubblica*, 19 marzo 2020.

<sup>25</sup> Si veda A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

pubblica<sup>26</sup>. I decreti oggetto di analisi la limitano “in via generale”. Tra i precedenti possiamo ricordare il provvedimento del Ministro Cossiga del 1977, a suo tempo tanto criticato dai costituzionalisti, che sospese le riunioni nella città di Roma per un mese. Nel caso dei decreti analizzati, però, le finalità delle previsioni in oggetto sono assi differenti. Esse infatti, al di là del termine utilizzato, non mirano a vietare le “riunioni” in senso stretto, ma gli “assembramenti” che si determinano per effetto del convergere delle persone in determinati luoghi. Pertanto, appaiono più come ulteriori declinazioni dei limiti alla libertà di circolazione che, come detto, può essere limitata per motivi di sanità.

Tra gli altri interventi che interessano diritti costituzionali meritano una particolare attenzione le limitazioni alle libertà economiche. Anzitutto la libertà di impresa, con le previsioni che hanno ad esempio limitato lo svolgimento di attività commerciali (cfr. DPCM 11 marzo 2020).

Tuttavia, come noto, l'art. 41 Cost. prevede la possibilità di introdurre limiti per legge per ragioni di “sicurezza”, ovviamente ricomprendendo anche la “sanità”. Sul punto, oltre alla copiosa giurisprudenza costituzionale a conferma (a partire dalla sent. n. 97 del 1969<sup>27</sup>), si osservi come le limitazioni generali previste dai decreti siano nel dettaglio intervenute al solo fine di garantire la sicurezza e non impedire indiscriminatamente le attività economiche. Anzi tentando di operare un non facile bilanciamento: mantenendo le attività produttive e quelle commerciali essenziali, in modo da contenere quanto più possibile i danni all'economia nazionale. Si vietano invece quelle attività non essenziali che possono determinare ancora una volta assembramenti e pertanto contribuire ulteriormente alla diffusione del virus.

## 5. L'emergenza e il suo diritto: un dibattito che è solo all'inizio

A scanso di equivoci, in questa sede ci si è limitati in generale a riflettere sulla legittimità formale dei poteri emergenziali adottati dal governo, e in particolare di quelli adottati per DPCM, osservando alcune delle discipline generali più discusse che incidono su diritti di libertà. Non si può escludere e anzi è possibile che nel merito alcune delle misure potranno eventualmente subire censure da parte della giustizia competente per violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, ma tali eventuali pronunce serviranno solo a confermare quanto sin qui sostenuto<sup>28</sup>.

Ciò chiarito, come è stato di recente autorevolmente ricordato, «giusto o sbagliato che sia» la nostra Carta costituzionale «non contiene – a differenza di altre Costituzioni – disposizioni sulla distribuzio-

<sup>26</sup> Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco “garante” della “sicurezza urbana”: tra istanze locali e competenze statali*, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Roma, 2014, 62 ss.

<sup>27</sup> Si rinvia a L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002.

<sup>28</sup> Nel frattempo, sul fronte delle ordinanze regionali si segnalano due decreti che concludono in senso diverso: da un canto quello del TAR Marche decreto n. 00056/2020 del 27 Febbraio 2020 che sospende, su ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri, l'ordinanza 1 del 25 febbraio 2020 del Presidente della Regione con la quale veniva disposta la chiusura delle scuole sul territorio regionale. Dall'altro, invece, il TAR Campania decreto n. 00416/2020 del 18 marzo 2020 con la quale si impugnava l'ordinanza n. 15 del 13 marzo 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania, che ha limitato fortemente la libertà di circolazione poiché «nonostante le misure in precedenza adottate, i numeri di contagio sono in continua e forte crescita nella regione».

ne dei poteri in una fase di emergenza»<sup>29</sup>. In Italia, come noto, per ragioni storiche, si è volutamente esclusa la disciplina in Costituzione degli stati di emergenza, ritenendo sufficiente la disciplina prevista dall'art. 78 Cost. sull'emergenza bellica, ma che oggi non pare utilizzabile per il contrasto dell'emergenza virale in corso. Certo forse si potrebbe sostenere che l'Italia è oggi in guerra contro un nemico invisibile. Del resto, lo stesso Romano si chiedeva se i poteri di guerra fossero invocabili in occasione del terremoto del 1908, tuttavia, indipendentemente da qualsiasi riflessione teorica, nell'attuale contesto non è stata questa la strada scelta per contrastare l'emergenza, né è possibile rinvenire precedenti in tal senso.

L'ordinamento dell'emergenza, dunque, opera sostanzialmente attraverso "norme d'ordinanza" rette dai limiti e le garanzie derivanti dal principio di legalità. Un sistema democratico, che nulla ha a che vedere con i regimi totalitari o con le "demokratie". Del resto, non sembra un caso che osservando il diritto straniero anche altri ordinamenti prevedono poteri comparabili all'istituto delle nostre ordinanze emergenziali, che non sono previsti dalla costituzione nazionale, bensì da fonti primarie. È il caso della Francia dove – nonostante i poteri presidenziali ex art. 16 Cost. – i poteri emergenziali sono sostanzialmente rimessi alla disciplina della legge eseguita attraverso atti amministrativi, nonché il caso degli Stati Uniti che trovano la disciplina emergenziale federale nel *National Security Act*<sup>30</sup>. Invero, è anche il caso della Spagna che sì nei giorni scorsi, per la seconda volta, ha attivato i poteri ex art. 116 Cost., ma che dal 1978 in poi ha gestito le non poche emergenze, anche terroristiche, attraverso fonti primarie nonché *reglamentos de necesidad* che molto ricordano le nostre ordinanze<sup>31</sup>.

Volendo quindi azzardare una conclusione – che sarà però approfondita in altro scritto – è molto probabile, come si diceva in apertura, che il superamento di questa crisi potrà essere l'occasione per ripensare all'ordinamento dello stato d'eccezione nel nostro Paese. L'Italia possiede da anni una normazione d'emergenza – le norme sulla protezione civile e le altre sopra menzionate – ma non possiede una regolamentazione costituzionale della stessa. I dibattiti e le polemiche di questi giorni sulle riunioni delle Camere – presenza fisica o collegamento telematico – ne sono la manifestazione eloquente, dell'opportunità di un intervento complessivo di riforma. Tuttavia, qualsiasi riflessione si farà, sarà comunque necessario tenere in considerazione la forza dei fatti, o meglio la potenza formidabile dell'emergenza che difficilmente si lascia imbrigliare nelle predefinite forme del diritto.

<sup>29</sup> B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020.

<sup>30</sup> Si v. J. YOO, *The Powers of War and Peace: The Constitution and Foreign Affairs After 9/11*, Chicago, 2006.

<sup>31</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.



## La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del CoViD-19 Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano

Laura Fabiano\*

THE CHAIN OF EMERGENCY REGULATIONS IN RESPONSE TO THE THREATS OF DISSEMINATION OF COVID-19. REFLECTIONS ON THE KEEPING IN TERMS OF LEGITIMACY AND OPPORTUNITY OF THE ITALIAN GOVERNMENT REGULATORY CHOICES

ABSTRACT: The constitutional legitimacy of the discipline adopted in Italy to deal with the CoViD-19 emergency must be evaluate on the basis of the principle of legality and reasonableness. However, there are also assessments in terms of opportunities to object to. The evolution of the said discipline highlights how legality and opportunity have both played an important role in government choices.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; legitimacy: rule of law; health

SOMMARIO: 1. La pandemia da CoViD-19 e la disciplina emergenziale – 2. Le scelte normative italiane di risposta all'emergenza: riflessioni in termini di legittimità degli atti, principio di legalità e ragionevolezza – 3- Qualche breve riflessione in relazione alla opportunità dell'uso massiccio dello strumento del dpcm.

### 1. La pandemia da CoViD-19 e la disciplina emergenziale

Il 30 gennaio 2020, a seguito della notifica (del 31 dicembre 2019) da parte delle autorità sanitarie cinesi di un focolaio di casi di polmonite ad eziologia non nota (poi identificata come un nuovo coronavirus Sars-CoV-2) nella città di Wuhan (Provincia dell'Hubei, Cina), dopo la seconda riunione del Comitato di sicurezza, il Direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato il focolaio internazionale da nuovo coronavirus 2019-nCoV un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (*Public Health Emergency of International Concern – PHEIC*), come sancito nel Regolamento sanitario internazionale (*International Health Regulations, IHR, 2005*).

Con lo scorrere dei giorni e delle settimane l'epidemia virale si è progressivamente espansa in diverse aree territoriali del mondo sino a che, l'11 marzo 2020, è stata proclamata pandemia dall'OMS<sup>1</sup>.

\* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Bari "A. Moro". Mail: [laura.fabiano@uniba.it](mailto:laura.fabiano@uniba.it). Il presente lavoro è aggiornato al 21 aprile 2020.

<sup>1</sup> <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2> (ultima consultazione 13/04/2020). L'11 marzo 2020 il direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus ha definito la diffusione del CoViD-19 non più un'epidemia confinata ad alcune zone geografiche, ma una pandemia diffusa in tutto il pianeta.

La diffusione sull'intero territorio mondiale di un virus del quale non esiste un vaccino né una cura specifica, che presenta un tasso di contagiosità difficile da stimare, ma considerato elevato, e che può evolvere frequentemente, anche in soggetti giovani, in una polmonite interstiziale con conseguente insufficienza respiratoria, spesso grave (SARS), la quale può richiedere un trattamento medico intensivo o sub intensivo<sup>2</sup>, ha condotto progressivamente diversi paesi, fra cui in primo luogo l'Italia, a doversi confrontare con una emergenza sanitaria di proporzioni enormi soprattutto a causa della discrepanza fra le necessità di assistenza dei malati e le disponibilità logistico strutturali delle unità di terapia intensiva in qualunque paese<sup>3</sup>.

All'inizio della diffusione in Cina dell'epidemia da CoViD-19 il Ministro della Salute italiano ha emanato un'ordinanza recante *Misure profilattiche contro il nuovo coronavirus*, con la quale si è disposto l'interdizione del traffico aereo con l'Italia da e per la Cina per la durata di 90 gg e, tenuto conto del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia, con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020<sup>4</sup> è stato proclamato, per la durata di 6 mesi, lo stato di emergenza in conseguenza al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Il detto ultimo provvedimento è fondato sull'esercizio dei poteri in materia di protezione civile previsti dal d.lgs 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), che all'articolo 24 disciplina lo «stato di emergenza di rilievo nazionale» ed ha autorizzato, per l'attuazione degli interventi di cui dell'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del medesimo decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, l'emanazione delle necessarie ordinanze del Capo dipartimento della protezione civile in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse disposte al comma 3 del medesimo provvedimento.

A fronte della necessità di contenere gli effetti negativi che il contrasto alla diffusione del virus ha prodotto sul tessuto economico e sociale sono stati successivamente disposti ulteriori decreti-legge ovvero il decreto-legge n. 9 del 2 marzo 2020 (recante *Misure urgenti di sostegno alle famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*)<sup>5</sup>; il decreto-legge n. 11 dell'8 marzo 2020 (recante *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*)<sup>6</sup> e il decreto-legge n. 14 del 9 marzo 2020 (recante *Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*)<sup>7</sup>.

Nel giro di pochi giorni, in attuazione del decreto-legge 6/2020, sono state adottate, nelle forme del Decreto del presidente del Consiglio dei ministri, delle misure emergenziali fortemente restrittive

<sup>2</sup> Sui dati tecnici della malattia si rinvia a quanto reso noto dall'OMS e dal Ministero della Salute italiana nei rispettivi siti internet istituzionali.

<sup>3</sup> Sull'iniziale smarrimento in Italia e sulle sue immediate conseguenze si rinvia a A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in questo fascicolo. Spiegano bene i dilemmi delle scelte mediche in caso di infetti superiori alle possibilità di ricovero nelle terapie intensive i contributi presenti nella sezione, *At the Bedside, Scelte tragiche e risorse limitate*, in questo fascicolo. Sulle reazioni in ambito comparato si rinvia al dossier a cura di L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid. Una prospettiva comparata*, su *Federalismi.it* oltre che alla sezione, *Looking around: le esperienze straniere*, in questo fascicolo.

<sup>4</sup> GU Serie generale n. 26 del 1/02/2020.

<sup>5</sup> GU Serie Generale n.53 del 2-03-2020.

<sup>6</sup> GU Serie Generale n.60 del 8-03-2020.

<sup>7</sup> GU Serie Generale n.62 del 9-03-2020.

delle libertà personali degli individui inizialmente solo in alcune aree territoriali del paese (le c.d. “zone rosse”) e, nel giro di poco tempo, sull’intero territorio nazionale.

Ci si riferisce al dpcm 23 febbraio 2020 recante *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*<sup>8</sup>; al dpcm 25 febbraio 2020 recante *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*<sup>9</sup>; al 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*<sup>10</sup>; al 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, applicabili sull’intero territorio nazionale*<sup>11</sup>; al 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*<sup>12</sup>; al 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, applicabili sull’intero territorio nazionale*<sup>13</sup>; al 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, applicabili sull’intero territorio nazionale*<sup>14</sup> ed infine al dpcm 22 marzo 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull’intero territorio nazionale*<sup>15</sup>.

Nel medesimo periodo il governo, a fianco della detta normativa indirizzata a porre delle restrizioni nella vita sociale individuale e collettiva in termini di distanziamento sociale, adottava anche delle normative di urgenza e necessità volte sia a sostenere economicamente le famiglie i lavoratori e le imprese del territorio nazionale colpite e danneggiate da tali restrizioni<sup>16</sup> sia a gestire la logistica e le impellenti necessità di tale cambiamento<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> G.U Serie Generale n. 45 del 23/03/2020.

<sup>9</sup> GU Serie Generale n.47 del 25/02/2020.

<sup>10</sup> GU Serie Generale n.52 del 01/03/2020.

<sup>11</sup> GU Serie Generale n.55 del 04/03/2020.

<sup>12</sup> GU Serie Generale n.59 del 08/03/2020.

<sup>13</sup> GU Serie Generale n.62 del 09/03/2020.

<sup>14</sup> GU Serie Generale n.64 del 11/03/2020.

<sup>15</sup> GU Serie generale n. 76 del 22/03/2020.

<sup>16</sup> Ci si riferisce al decreto-legge n. 9 del 2 marzo 2020.

<sup>17</sup> Decreto-legge n. 11 dell’8 marzo 2020, decreto-legge n. 14 del 2020 e decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020. Alle normative citate devono poi aggiungersi le numerose ordinanze e circolari ministeriali (molte del Ministero della Salute ma alcune anche del Ministero dell’istruzione, della giustizia, dell’interno) e le decine (per non dire centinaia) di ordinanza regionali e comunali.

## 2. Le scelte normative italiane di risposta all'emergenza: riflessioni in termini di legittimità degli atti, principio di legalità e ragionevolezza

In Italia, dunque, la gestione della vicenda sanitaria connessa al CoViD-19 ha richiesto, nel giro di pochissimo tempo, l'adozione di una serie di misure normative le quali hanno imposto la temporanea parziale compressione di numerosi diritti individuali anche di tipo fondamentale.

Tale disciplina, contenuta tecnicamente in norme di rango secondario quali sono i dpcm, gode tuttavia di copertura legislativa stante la previsione degli stessi disposta nell'art. 3 del d.l. 23/2/2020 n. 6<sup>18</sup>.

Il detto d.l. 6 del 2020, ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di emanare disposizioni per contrastare l'emergenza epidemiologica da CoViD-19, adottando misure di contrasto e contenimento alla diffusione del predetto virus ha provveduto ad elencare, nell'art. 1, una serie di provvedimenti normativi passibili di adozione<sup>19</sup> da parte delle autorità (nella specie il Presidente del Consiglio dei ministri con il coinvolgimento dei ministri competenti e dei Presidenti delle Regioni interessate ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle Regioni, nel caso riguardino il territorio naziona-

<sup>18</sup> Convertito in legge con modificazioni con legge 13 del 2020.

<sup>19</sup> 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; g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; 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; l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; 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 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.

le<sup>20</sup>) disponendo tuttavia all'art. 2 una norma di chiusura piuttosto ampia ove stabilisce 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 dei casi di cui all'art. 1 comma 1". Resta fermo, peraltro, per i casi di estrema necessità ed urgenza, il potere del Ministro della salute, delle Regioni e dei Sindaci di emettere ordinanze, nelle more dell'adozione dei suddetti decreti (articolo 3, comma 2).

La legittimità dei dpcm adottati, cui la decretazione d'urgenza ha fornito copertura, è innanzitutto subordinata alla condizione che la riserva di legge che è posta a presidio, in Costituzione, dei diversi diritti che gli stessi dpcm vanno a limitare sia relativa e, qualora sia rinforzata, i provvedimenti adottati rientrino, per contenuto, fra quelli consentiti dalla stessa limitazione costituzionale.

Tali condizioni sembrano rispettate per quanto concerne la limitazione della libertà di circolazione (art. 16 Cost.) e di riunione (art.17 Cost): la copertura in termini di legittimità costituzionale si rinviene nella constatazione per cui la tutela della salute pubblica nell'ambito di una emergenza sanitaria sia finalità rientrante a pieno titolo nell'alveo «motivi di sanità e sicurezza» ovvero di «sicurezza o di incolumità pubblica» che giustificano la limitazione della circolazione e del diritto a riunirsi. Con riguardo invece alla compressione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost) la clausola costituzionale cui si fa riferimento per giustificarne la compressione attraverso misure emergenziali è nel divieto di svolgimento della stessa «in modi che si ponga in contrasto con l'utilità sociale o da recare danno alla libertà ed alla dignità umana»; la detta dicitura è stata introdotta dal costituente con finalità legate al bilanciamento reciproco dei valori costituzionali sottesi alla carta fondamentale in termini di costituzione economica<sup>21</sup> con particolare riguardo al rapporto fra la libertà di iniziativa economica con il principio lavorista e la tutela dei diritti sociali<sup>22</sup> e tuttavia è stata interpretata dalla giurisprudenza costituzionale quale clausola che consente eventuali restrizioni e limitazioni alla libera

<sup>20</sup> L'art. 3 del decreto legge n. 6 del 2020 dispone ai commi 1 e 2 che «le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate...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. (2) Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267». La legge 13 del 2020 di conversione del d.l. 6/2020 apporta una modifica al comma 1 dell'art .1 del detto d.l. specificando che, dopo le parole: «le autorità competenti», sono inserite le seguenti: «,con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2,».

<sup>21</sup> Sull'art. 41 Cost. come frutto del compromesso tra le tre anime presenti in sede di Assemblea costituente ovvero quella liberale, di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica, di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica) e quella comunista/socialista di cui è espressione il co. 3 si rinvia a L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, 3, 2000. Sull'estrema ampiezza del compromesso in particolare si veda E.CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1960, 300.

<sup>22</sup> Sul punto cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *Ianus*, 5, 2011, 199 ss.; F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: La libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *forumcostituzionale.it*; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, cit.

iniziativa economica ove essi trovino puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale<sup>23</sup> e quindi anche a tutela della dignità e della salute del lavoratore.

Con particolare riguardo alle garanzie poste a presidio della libertà di circolazione nell'art. 16 della Costituzione alcuni dubbi hanno riguardato l'iniziale carattere territorialmente circoscritto delle normative di contenimento (le quali tuttavia in brevissimo tempo sono state allargate all'intero territorio nazionale come "area protetta"). Soccorre a sciogliere tali dubbi una risalente giurisprudenza costituzionale che nella decisione 68 del 1964 afferma «I motivi di sanità o di sicurezza possono nascere da situazioni generali o particolari. Ci può essere la necessità di vietare l'accesso a località infette o pericolanti o di ordinarne lo sgombero; e queste sono ragioni – non le uniche – di carattere generale, obiettivamente accertabili e valevoli per tutti»<sup>24</sup>.

Non suscita inoltre particolari dubbi la legittimità delle normative adottate in relazione al parametro rappresentato dall'art. 32: una giurisprudenza acclarata della Corte costituzionale afferma difatti che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con il detto parametro costituzionale se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella au-

<sup>23</sup> La Corte costituzionale ha costantemente negato che sia «configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale purché, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e che, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue»; Corte costituzionale sentenze 167/2009; 152/2010; 247/2020; 165/2014.

<sup>24</sup> Peraltro nel proseguo della medesima sentenza la Corte afferma che «i motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale. Si pensi alla necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose o alla necessità di prevenire i pericoli che singoli individui possono produrre rispetto alla sicurezza pubblica. Il fatto che l'art. 16 accomuni, mettendole sullo stesso piano, le ragioni di sanità e di sicurezza è indice che non può trattarsi solo di ragioni di carattere generale, non essendo pensabile che motivi di sanità attinenti alla pericolosità di singoli individui possano non essere validi ai fini delle limitazioni consentite dalla norma costituzionale. Ed anche il fatto che lo stesso art. 16 esclude le restrizioni determinate da ragioni politiche conferma che le limitazioni possono essere adottate per motivi di carattere individuale, non essendo concepibile una misura ispirata da motivi politici se non in vista dei personali convincimenti e comportamenti di individui e di gruppi». D'altra parte, se il costituente avesse avuto la volontà di circoscrivere le limitazioni ai soli casi di carattere generale, avrebbe certamente preveduto, magari imponendo particolari garanzie, la possibilità di adottare provvedimenti di carattere individuale almeno nei casi urgenti. E sarebbe strano il fatto che, mentre per le restrizioni della libertà personale l'art. 13 prevede che la legge indichi i casi urgenti in cui l'autorità di pubblica sicurezza può intervenire, l'art. 16 avrebbe escluso in via assoluta che la legge possa statuire limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno che non siano di carattere generale. La Corte conclude pertanto affermando che «Nel quadro di questi presupposti, ed espressamente in vista di essi, fu inserita nel testo definitivo dell'attuale art. 16 la formula "in via generale", per chiarire che "le autorità non possono porre limiti contro una determinata persona o contro determinate categorie": non nel senso che non si potessero adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si potessero stabilire illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi. La conclusione è che la formula "stabilisce in via generale" altro non è che una particolare e solenne riaffermazione del principio posto nell'art. 3 della Costituzione, come lo è nell'art. 21, ultimo comma, della stessa Costituzione».

to-determinazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»<sup>25</sup>.

Qualche seria perplessità suscitano invece le limitazioni poste dai dpcm qualora si pongano in contrasto con la libertà personale (art. 13) e la libertà di domicilio (art.14). Il problema attiene, evidentemente, alle garanzie, in termini di riserva assoluta di legge, che presidia tali diritti<sup>26</sup>: ci si riferisce ad esempio alle disposizioni sulla quarantena con sorveglianza attiva (normative che in termini limitativi

<sup>25</sup> Cfr. in particolare la sentenza n. 307 del 1990.

<sup>26</sup> Sul punto la dottrina è divisa fra coloro che, richiamando il dettato formale della Costituzione ritengono le norme adottate come lesive delle libertà garantite negli artt., 13 e 14 della Costituzione (Cfr. sul punto M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, su *La Repubblica*, 3 marzo 2020; esprimono un atteggiamento critico anche L. CUOCOLO, *intervista su Genova24.it*, 11 marzo 2020; M. OLIVETTI, *Coronavirus, Così le norme contro il virus possono rievocare il "dictator"*, su *Avvenire*, 11 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, su *Il sole 24 ore*, 13 marzo 2020; L. CASAROTTI, *L'emergenza per decreto*, su *Jacobinitalia.it*, 13 marzo 2020; M. PLUTINO, *I decreti di Conte sul coronavirus*, su *Il Riformista*, 14 marzo 2020) e coloro che ritengono che la situazione in corso possa nei fatti giustificare misure straordinarie sulla base dello stato di necessità (Cfr. L. MILELLA, *intervista a G. Zagrebelski, Giusti i divieti per il diritto alla vita. Non vedo prove di dittatura*, 22 marzo 2020 reperibile su *libertaegiustizia.it* (ultima consultazione 14 marzo 2020); F. DE STEFANO, *La pandemia aggredisce il diritto, intervista a C. Caruso, G. Lattanzi, G. Luccioli, M. Luciani*, reperibile su *giustiziainsieme.it* (ultima consultazione 14 marzo 2020). In tale ultima intervista alcuni degli studiosi intervistati difendono le normative governative richiamandosi alla eccezionalità del momento. C. Caruso afferma ad esempio: «Trovo del tutto fuori bersaglio il richiamo, per descrivere i provvedimenti atti a fronteggiare la pandemia, allo stato di eccezione ed ai suoi epigoni. Simile categoria si presta ad usi equivoci, rievocando una sospensione permanente delle libertà fondamentali per motivi che trascendono il benessere della comunità. In passato lo stato di eccezione ha forgiato la spada della repressione liberticida contro il cittadino, in vista dell'autoconservazione del potere costituito o della trasformazione autoritaria del sistema politico. Sarà ovvio ma ripetere aiuta: non è questa la ratio che ispira i provvedimenti messi in campo sino ad ora, finalizzati, in ultima istanza, a proteggere la persona e la comunità in cui vive. L'epidemia è un fatto emergenziale, empiricamente individuato e scientificamente provato, che mette in pericolo la salute e le nostre comprovate abitudini. È la portata straordinaria e transitoria dell'emergenza a consentire forti limitazioni ai diritti fondamentali, a delineare la misura della legittimità delle misure adottate (anche per tale ragione è da evitare il concetto, carico di presagi sinistri, di "sospensione" delle libertà). In questo senso, la proporzionalità dei provvedimenti non va valutata in astratto ma in concreto, alla luce della particolare situazione di fatto che giustifica la limitazione (nel nostro caso, la virulenza dell'epidemia; la misura del contagio; la tenuta del sistema sanitario, la transitorietà dell'evento etc.)». G. Lattanzi analogamente afferma: «A ben vedere contrastare una pandemia come quella in cui siamo immersi è doveroso più che per tutelare il diritto alla salute della persona, per un interesse generale, e il sacrificio delle libertà e dei diritti individuali è richiesto per evitare il collasso dell'intera società nei suoi aspetti personali, collettivi, economici e politici. È da aggiungere che il numero dei morti che ogni giorno incrementa la tremenda contabilità della pandemia rende evidente che vi è non soltanto la necessità di tutelare la vita, perché se il COVID 19 determinasse solo una malattia, ancorché grave, priva di esiti letali che ha dimostrato di avere potrebbero ritenersi eccessive, e dunque non giustificate, alcune delle misure adottate per impedirne la diffusione. La situazione che stiamo vivendo mi ha fatto pensare alla causa di giustificazione penale dello stato di necessità che rende non punibili anche fatti gravissimi, come l'omicidio, quando sono avvenuti per la necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona non altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Analogamente ci dobbiamo chiedere se tutti i sacrifici dei diritti fondamentali che ci sono stati richiesti possono considerarsi giustificati da una necessità del genere, se il pericolo esistente non è altrimenti evitabile e se i sacrifici richiesti sono proporzionati al pericolo. Credo che, tutto considerato, la risposta possa essere affermativa, ma è ovvio che solo un'emergenza eccezionale come quella che stiamo vivendo può giustificare misure come quelle che sono state prese, alle quali non è consentita nessuna assuefazione, così come non dovrebbe essere consentita l'adozione con provvedimenti della disinvoltura di quelli che sono stati adottati».

sembrano assimilabili al ricovero coatto misura che la giurisprudenza costituzionale ha ampiamente riconosciuto in passato come limitativa della libertà personale<sup>27</sup>).

Con riguardo alla libertà di espressione religiosa (art.19), il limite del buon costume posto in Costituzione quale parametro idoneo a limitare l'esercizio del culto in qualsiasi forma, individuale e associata ed in qualsiasi luogo pubblico o privato, se all'apparenza risulta piuttosto fragile quale aggancio normativo a copertura della limitazione ottiene maggior vigore nella considerazione della giurisprudenza costituzionale (sui c.d. limiti impliciti alle libertà costituzionali) per la quale «tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità [...] sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico ed alla pacifica convivenza»<sup>28</sup>.

Ulteriori valutazioni da considerare al fine di valutare la legittimità delle disposizioni limitative poste dal governo riguardano la ragionevolezza intesa come coerenza, congruenza, congruità, proporzionalità, necessità, misura, pertinenza, delle limitazioni poste dalle norme dette<sup>29</sup> tenendo peraltro conto che insieme alla problematica degli automatismi legislativi, il bilanciamento dei diritti è certamente uno degli ambiti privilegiati del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana<sup>30</sup>.

Su tale bilanciamento, ed in particolare sul rapporto fra diritto alla salute e altri diritti costituzionalmente garantiti la Corte costituzionale si è notoriamente pronunciata con sentenza 85 del 2013 (in merito al caso Ilva di Taranto) affermando che «[t]utti 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” (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. Per le ragioni esposte, non si può condi-

<sup>27</sup> Sentenze 74/1968; 223/1976; 160/1982. L'opinione è contestata da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020 il quale evidenzia come la quarantena (che nell'ordinamento italiano, in armonia con quello internazionale è una misura affidata esclusivamente all'autorità sanitaria), non è un trattamento cui si applicano le garanzie dell'art.13. «Delle due, infatti, l'una. Se si ritiene che la libertà personale sia in gioco (solo) quando si è di fronte a provvedimenti che implicino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, un simile stigma non si rinviene nella imposizione della quarantena. Se invece si ritiene che l'essenza della libertà personale stia nella sottrazione della coazione fisica, sicché incidono nell'art.13 Cost. solo i trattamenti sanitari che la prevedono, la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale», *ivi*, 16.

<sup>28</sup> Sentenza 63/2016. Sul tema si rinvia a A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, su *consultaonline.it* (ultima consultazione 14/04/2020).

<sup>29</sup> Cfr. sul punto a A. CANDIDO, *poteri normativi del governo e libertà di circolazione ai tempi del Covid-19*, in *foumcostituzionale.it* (ultima consultazione 14/04/2020); V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020; C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona “gialla”*, in *lacostituzione.info*, 2 marzo 2020; G. AZZARITI, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, in *Repubblica*, 8 marzo 2020.

<sup>30</sup> Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, reperibile all'url <https://bit.ly/2TuFQ3B> (ultima consultazione 14/04/2020).

vedere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, 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»; pertanto «[l]a 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. 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. 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».

Tuttavia la medesima giurisprudenza costituzionale ha diverse volte posto in evidenza l'esistenza di un «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»<sup>31</sup>; giurisprudenza questa che, nata paradossalmente per porre un limite alla discrezionalità legislativa nel bilanciamento fra salute e limitatezza delle risorse economico finanziarie<sup>32</sup> risulta in effetti estremamente significativa quale riferimento per valutare, al momento, la legittimità della discrezionalità della normativa emergenziale<sup>33</sup>.

Qualche dubbio in termini di ragionevolezza può suscitare invece la disposizione posta nella clausola "aperta" posta dall'art. 2 del decreto legge n. 6 del 2020 ove è stabilito 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 dei casi di cui all'art. 1 comma 1». Non sembra peraltro a prima lettura che la clausola contenuta nell'art. 2 possa essere mitigata dalla affermazione contenuta nello stesso decreto legge 6/2020 ove, all'art. 1 si prescrive che ogni misura di contenimento e gestione deve essere «adeguata e proporzionata». I dubbi circa l'ampiezza di tale disposizione sono confermati dal fatto che anche in sede di conversione del decreto legge il Comitato permanente per i pareri della I Commissione permanente della Camera, in un parere espresso il 25 febbraio 2020, ha invitato la Commissione di merito a valutare l'opportunità di specificare se l'articolo 2 intendesse far riferimento a misure ulteriori rispetto all'ambito territoriale di cui all'articolo 1, comma 1, o a misure ulteriori rispetto a quelle elencate dall'articolo 1, comma 2, ovvero ad entrambe le ipotesi<sup>34</sup>.

Anche se soccorre alla sua legittimazione quanto affermato dalla Corte costituzionale già in tempi risalenti con Sentenza 1130 del 1988 («il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla

<sup>31</sup> Corte costituzionale, sentenza 309/1999.

<sup>32</sup> Sul tema si rinvia a M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e Livelli essenziali di Assistenza (LEA)*, reperibile su *federalismi.it*, 15 novembre 2017 (ultima consultazione 14/04/2020).

<sup>33</sup> Sul diritto alla salute come interesse collettivo oltre che come interesse individuale si rinvia a M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it* (ultima consultazione 14/04/2020).

<sup>34</sup> Dossier del Servizio Studi sull'A.S. *Conversione in legge con modificazioni del decreto legge 23 febbraio 2020 n.6 recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid – 19*, marzo 2020, n. 223/1.

proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti. [...] l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra [...] anche nei giudizi di ragionevolezza») rimane tuttavia anche vero che una norma aperta di tale genere delegifica le possibilità di reazione all'emergenza in termini a priori troppo poco prevedibili.

### 3. Qualche breve riflessione in relazione alla opportunità dell'uso massiccio dello strumento del dpcm

La dottrina giuridica ha avanzato, nell'immediatezza dell'adozione della normativa di emergenza descritta, delle osservazioni critiche circa l'opportunità della scelta del governo italiano di utilizzare lo strumento del dpcm per affrontare l'emergenza COVID 19 anche se tali atti normativi di rango secondario erano tutti, come evidenziato, adottati a valle di uno strumento di rango primario preposto alla gestione dell'emergenza qual è il decreto-legge<sup>35</sup>.

Le osservazioni fondamentali hanno riguardato il fatto che lo strumento del dpcm, caratterizzato da una procedura di adozione estremamente agile e tendenzialmente sottratto al circuito del controllo parlamentare, si rivela una fonte normativa molto fragile per l'adozione di normative che tendono a comprimere anche fortemente numerosi diritti e libertà individuali e collettivi.

Si tratta di osservazioni le quali al di là della legittimità del provvedimento che, se rispettoso del principio di legalità, non pare in discussione, si pongono essenzialmente il problema in termini di opportunità.

Le dette osservazioni paiono essere sotto alcuni aspetti certamente condivisibili in quanto è evidente che tanto più nel corso di un'emergenza è necessario non perdere di vista i valori fondamentali dell'assetto costituzionale del Paese in primo luogo il principio democratico<sup>36</sup>; tuttavia, vi sono anche altri elementi da considerare al fine di bilanciare in parte tali osservazioni critiche. Ci si riferisce in particolare alla estrema difficoltà della prosecuzione dell'attività parlamentare secondo le sue ordinarie procedure in tale fase storica<sup>37</sup>.

In occasione del voto sullo scostamento di bilancio dell'11 marzo 2020, di fronte alla impossibilità per numerosi deputati del Nord ed in ossequio alle prescrizioni delle autorità sanitarie per il contenimento del contagio (in particolare la necessità di rispettare la distanza di sicurezza personale di un metro), la conferenza dei capigruppo, su proposta del presidente della Camera ha deciso che, in via ec-

<sup>35</sup> Si rinvia fra i molti L. CUOCOLO, *Servono limiti alle eccezioni. Libertà negate per decreto, necessità e limiti*, in *Il Secolo XIX* del 9/3/2020, 1 e 13; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un dpcm*, in *Il sole 24 ore* del 13/3/2020, 12.

<sup>36</sup>Cfr. C.M. D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Emergenza e coronavirus, Il Parlamento non sia assente*, in *Il Sole 24 ore*, 15 marzo 2020, 6; M. LUCIANI, *La necessità del Parlamento in un momento di libertà compresse*, in *Il Foglio*, 23 marzo 2020.

<sup>37</sup> Sul tema si rinvia alle interessanti riflessioni di S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del COVID 19: fiat iustitia et peratmundus?*, in *la costituzione.info* (ultima consultazione 14/04/2020).

cezionale, alla seduta pomeridiana avrebbero partecipato 350 deputati in modo da garantire il numero legale e la maggioranza assoluta necessaria al voto. Una decisione da qualcuno duramente criticata<sup>38</sup> ma necessaria a garantire la funzionalità dell'assemblea rappresentativa italiana e sulla scorta della quale si è aperto il dibattito sulla necessità di un diritto parlamentare dell'emergenza e sulla possibilità di predisporre per i parlamentari italiani strumenti di partecipazione alle attività delle assemblee rappresentative in videoconferenza e voto da remoto<sup>39</sup>.

Tali complesse problematiche si intrecciano probabilmente con il tema in termini di opportunità della scelta circa la fonte normativa della gestione dell'emergenza. Il governo ha infatti forse deciso di adottare un numero limitato di decreti-legge (necessari per garantire il rispetto del principio di legalità nella catena degli atti normativi emergenziali adottati) e di utilizzare per quanto possibile anche strumenti di rango secondari. Non è escluso che tale opzione sia stata dettata anche dalla scelta di limitare il più possibile la necessità delle camere di riunirsi (per la conversione dei decreti-legge) in un momento storico nel quale ogni contatto sociale è un potenziale rischio letale ed è peraltro evidente una eventuale epidemia fra i membri del Parlamento italiano rappresenterebbe un problema enorme per la tenuta delle istituzioni.

Seppure suffragata da tali ipotesi, la scelta di utilizzare lo strumento normativo del dpcm anche per decomprimere il Parlamento, ma sostanzialmente finendo per escluderlo dalle scelte normative, non può non considerarsi un elemento di grave criticità. Tali questioni si sono intrecciate nel dibattito sul tema delle fonti normative utilizzate nella gestione della emergenza sanitaria, il quale ha finito spesso per trascendere la questione riguardante la secca valutazione circa la legittimità/illegittimità dei detti atti adottati, per andare a discutere invece, sia da parte di chi si è posto a difesa delle scelte governative, sia da parte di chi le ha valutate criticamente, anche profili di opportunità e di necessità fattuale<sup>40</sup>.

È dunque decisamente aperto il dibattito sul se l'emergenza sanitaria, nella sua gravità, potrà sanare gli eventuali vizi che nel tempo potranno dunque essere rilevati.

Le valutazioni atterranno certamente anche all'alterazione della normalità costituzionale in corso. Già nei primi anni ottanta del resto, nella sentenza 15/1982 sui limiti massimi della carcerazione preventiva disposti in ragione delle «obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali» nei procedimenti che hanno ad oggetto «i delitti commessi per finalità di terrorismo e di evasione dell'ordine democratico», la Corte ebbe ad affermare con chiarezza che «di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il

<sup>38</sup> Cfr. M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati è incostituzionale*, su il manifesto del 11 marzo 2020, 14.

<sup>39</sup> Cfr. M. ADINOLFI, *Se gli onorevoli votano da casa*, su *Il Mattino*, 15/03/2020, 1 e 43. Sul punto si rinvia anche a S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli Stati emergenziali per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in questo fascicolo. Sul medesimo tema in ottica comparata si rinvia alla sezione di dottrina *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze, prospettive (anche nel tempo del coronavirus)* reperibile su *federalismi.it* (ultima consultazione 14/04/2020).

<sup>40</sup> Sul punto cfr. G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, e A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, entrambi in *Consulta on line*, Studi I, 2020. Sul dibattito che è sorto sulla tenuta del sistema delle fonti nell'odierna emergenza con la conclusione per la quale non vi è stata nessuna rottura della legalità costituzionale si rinvia a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020.

preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza», aggiungendo tuttavia la considerazione per la quale «[s]e si deve ammettere che un ordinamento [...] versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo».

La tensione ed il dibattito innescati dalla fragilità della catena normativa utilizzata per la gestione dell'emergenza sanitaria in corso hanno contribuito a condurre, nel giro di poco tempo, alla necessità da parte dello stesso governo di dare un segnale della propria volontà di rimanere adente per quanto possibile al dettato costituzionale (quantomeno nei principi che lo ispirano).

In tali termini può essere letto il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020 adottato con lo scopo precipuo di risolvere o, come detto, almeno “dare l'impressione” di tenere in conto, alcuni nodi problematici con i quali la legislazione emergenziale si è confrontata.

Se ne individuano quanto meno tre punti essenziali ovvero: 1) lo scarso (se non del tutto assente) coinvolgimento parlamentare nelle decisioni governative sull'emergenza; 2) la necessità di ribadire un rapporto di collaborazione nella gestione dell'emergenza fra il governo nazionale e le autorità territoriali; 3) la necessità di rivalutare la decisione di utilizzare lo strumento della sanzione penale per l'inosservanza dei divieti posti con i dpcm detti.

Con riguardo al primo punto il decreto-legge 19 del 2020 ha tentato di ristabilire un rapporto dialogico fra Governo e Parlamento stabilendo all'art. 2 c. 3 che «[i]l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto». Si tratta evidentemente di una misura che non soddisfa del tutto l'esigenza di coinvolgimento del Parlamento ma che certamente pone un minimo freno alla sua marginalizzazione. È peraltro da ricordare che fra le critiche avanzate nei confronti del governo nella gestione dell'emergenza vi è stato il rilievo di una decisa sovraesposizione mediatica da parte dello stesso non bilanciata dalla possibilità delle opposizioni di replicare alle decisioni governative nelle giuste sedi istituzionali. Una norma dunque che pone l'obbligo di riferire da parte dello stesso alle Camere ogni 15 giorni comporta in parte la possibilità da parte delle opposizioni di riemergere in una sede istituzionale in un confronto non più solo mediatico e virtuale con il governo.

Con riguardo al secondo punto è noto che la vicenda emergenziale si è sviluppata in termini di rapporti fra livelli di governo a volte dialogici a volte conflittuali<sup>41</sup>. Nel d.l. n. 19 del 2020 il governo sembra avere ribadito la sua (almeno in apparenza) volontà di lasciare alle autorità territoriali la possibilità di effettuare delle scelte normative specifiche in funzione delle problematiche del proprio territorio.

Tale scelta che si giustifica sotto il profilo “politico”, come osservato, nella volontà di calmierare i rapporti centro-autonomie, ha tuttavia avuto come effetto inverso quello di non risolvere la confusione normativa che la disciplina multilivello dell'emergenza ha prodotto ove, allo stato attuale, anche un tecnico del diritto sembra fare fatica nel decodificare cosa sarebbe consentito e cosa no a se-

<sup>41</sup> Sul punto si rinvia ai contributi pubblicati nella sezione 3 *Centro e periferie: le regioni dell'epidemia* in questo fascicolo e, inoltre, al contributo di L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da COVID 19*.

conda del luogo fisico in cui si trova o dello spostamento che intende compiere. Peraltro è stato anche criticato il fatto che la possibilità lasciata a Presidenti delle Regioni e sindaci di continuare a disporre normative territoriali maggiormente restrittive può significare caricare gli stessi della responsabilità del fallimento delle strategie di contenimento della malattia a livello locale il che piuttosto che contribuire a pacificare i rapporti governo centrali autonomie può rappresentare una ulteriore nuova ragione di polemica politica.

Infine il d.l. 19 ha affrontato il tema della parziale rivalutazione della scelta di penalizzare le sanzioni poste dai dpcm adottati in attuazione del d.l. n. 6 del 2020.

Difatti la scelta iniziale fatta dal governo è andata nella direzione di presidiare le misure limitative introdotte dal d.l. 6 del 2020 e dai dpcm conseguenti, con sanzioni penali. Disponeva difatti l'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020 che «salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale». Il rinvio era alla contravvenzione di *inosservanza dei provvedimenti dell'autorità* (art. 650 c.p.), che presuppone provvedimenti amministrativi «legalmente dati». È stato osservato che ciò considerando «il giudice penale ben potrebbe dubitare della legittimità dei provvedimenti adottati con DPCM, al di fuori delle originarie zone-rosse (istituite all'epoca del d.l. n. 6/2020) e comunque (come nel caso del DPCM dell'11 marzo) sulla base della clausola in bianco di cui all'art. 2 dello stesso decreto-legge; oppure potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione, dell'art. 25, co. 2 Cost., sotto il profilo della violazione della riserva di legge in materia penale (pur se intesa in senso sostanziale) e del *vulnus* al principio di precisione (o determinatezza)»<sup>42</sup>.

Sul punto il governo è dunque intervenuto disponendo all'art.4 c. 1 che «[s]alvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo».

È evidente che l'adozione del decreto-legge 19 del 2020 non scioglie gli intricati nodi politici e giuridici che la normativa emergenziale ha prodotto ed anzi forse pone ancora di più in evidenza il problema sottostante ovvero la fragilità della disciplina costituzionale in sé per la gestione di una crisi sistemica la quale, in effetti, solo a prezzo di importanti compromessi può essere gestita con lo stru-

<sup>42</sup> G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, reperibile su [sistemapenale.it](http://sistemapenale.it) (ultima consultazione 15/04 2020). Sul punto è stato aggiunto che «[s]i resta sbigottiti di fronte a una sanzione uguale per la violazione di tutti gli obblighi imposti dal decreto, tanti, diversissimi fra loro, alcuni dei quali forse nemmeno possono dirsi davvero obblighi. Sicché si pone, irresolubile temiamo, un gigantesco problema di tassatività: le disposizioni assistite da una sanzione penale debbono essere precise, poiché tutti devono sapere in anticipo se una determinata condotta è reato o no. Infine, ma si tratta del meno, in una confezione tanto pasticciata, il richiamo all'art. 650 c.p. pare del tutto superfluo. La disposizione prevede l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda fino a 206 euro. Il che significa, in poche parole, che può essere estinta con il pagamento di 103 euro. Più di un divieto di sosta, meno di un eccesso di velocità di modesta gravità»; C.M. D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Il Coronavirus: Il decreto tra obblighi, divieti, raccomandazioni e semplici sanzioni*, [ilsole24ore.com](http://ilsole24ore.com), 8 marzo 2020.

mento del decreto-legge per casi di necessità ed urgenza<sup>43</sup>. Si pone dunque con gravità la necessità di porre mano al testo costituzionale per disciplinare con maggiore cura condizioni come quella che il paese sta vivendo al fine di evitare che in futuro (avendo scoperto quanto è facile che attraverso atti governativi, sfruttando la latitanza del Parlamento, si possa intervenire in modo così importante sulla dei cittadini e del paese intero), situazioni simili, o anche meno gravi possano condurre a tentazioni autoritarie<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali*, 1, 2020; F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*; R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e Stato costituzionale*; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano*, tutti reperibili in questo fascicolo.

<sup>44</sup> S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*; M. BOVERO, *Lo Stato d'emergenza può mettere a repentaglio la democrazia costituzionale?*, entrambi in *archiviopenale.it* (ultima consultazione 15/04 2020). Sulle derive autoritarie in Ungheria e Polonia sull'onda dell'emergenza Coronavirus si rinvia a L. VERONESE, *Ungheria, Orban si prende i pieni poteri. L'opposizione: è dittatura*, in *ilsole24ore.com*; A. APPLEBAUM, *Le epidemie favoriscono i governi autoritari*, in *The Atlantic*, Stati Uniti (tradotto su *internazionale.it*, 28/3/2020); P. HASKI, *In Ungheria Viktor Orban usa l'epidemia per avere i pieni poteri*, in *France Inter*, Francia (tradotto su *internazionale.it*, 31 marzo 2020).

## Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria

Antonio Iannuzzi\*

SCIENCE DRIVEN LAW AND COVID-19. THE RELATIONSHIP BETWEEN POLITICS AND SCIENCE IN AN HEALTH EMERGENCY SITUATION

ABSTRACT: This essay analyses the relationship between politics and science in the current health emergency phase. The role of the technical-scientific commissions set up by the Italian government to support political decisions is examined and it is compared with the models adopted by some foreign national systems. The Italian framework seems to be characterized by unpreparedness, whereas it would be necessary to establish steady rules of interaction between law and science.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; science-related law; law and science; politics and science

SOMMARIO: 1. Il ricorso «agli uomini della scienza» nelle «travagliate e angosciose condizioni il mondo è entrato» – 2. La legge fondata sulla scienza come nuova forma di legittimazione della politica – 3. Comunicazione istituzionale e responsabilità sociale di politici e scienziati: un corto circuito – 4. I comitati di esperti a supporto del Governo fra mancata precostituzione e difetto di trasparenza – 5. Leggi “science driven” o “science related?”.

### 1. Il ricorso «agli uomini della scienza» nelle «travagliate e angosciose condizioni il mondo è entrato»



Ai nostri giorni, per effetto delle travagliate e angosciose condizioni in cui il mondo è entrato [...], si ripresenta quel “ricorso ai competenti”, “agli uomini del Pensiero”, “agli uomini della scienza” [...] e si moltiplicano da parte di gente di buone intenzioni “questionari”, come li chiamano, proposti a personaggi che hanno acquistato nome come matematici, fisici, filosofi, storici, artisti, letterati, affinché indichino le vie da seguire e i mezzi da adoperare per salvare il mondo dai pericoli presenti e ricondurlo alla vita di pace e di lavoro». Risuonano nella loro straordinaria attualità le magistrali riflessioni di Benedetto Croce contenute nel celeberrimo saggio dal titolo *Il ricorso ai “competenti” nelle crisi storiche*<sup>1</sup> pubblicato nel 1948.

La fase di emergenza sanitaria che stiamo drammaticamente vivendo in questi giorni sospinge il mondo, ora come allora, a rifugiarsi nelle mani degli esperti, nella speranza che partoriscono presto cura e vaccino.

\* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre. Mail: [antonio.iannuzzi@uniroma3.it](mailto:antonio.iannuzzi@uniroma3.it). Il presente lavoro è aggiornato al 11 maggio 2020.

<sup>1</sup> B. CROCE, *Il ricorso ai “competenti” nelle crisi storiche*, in *Quaderni della “Critica”*, 4, 12, 1948, 89. L’opera è ora consultabile al seguente link: <https://ojs.uniroma1.it/index.php/quadernidellacritica/article/view/2052/2049>.

Le misure di contenimento adottate da quasi tutti i Paesi del Mondo sono state decise sulla base di valutazioni fornite dalla scienza. È una svolta epocale (anche) nei rapporti fra diritto e scienza che merita di essere analizzata con profondità.

Ognuna delle considerazioni che svolgerò in questa sede richiederà un supplemento di riflessione nel momento in cui sarà possibile, con maggiore distacco, proporre un bilancio delle dimensioni, delle conseguenze e della gestione della crisi. Già in prima battuta, tuttavia, sembra utile soffermarsi su alcune prime suggestioni.

In Italia, il Presidente del Consiglio dei ministri ha sostenuto che per l'adozione delle misure straordinarie adottate è stato «determinante il parere degli scienziati, i migliori sul mercato e di cui ci stiamo avvalendo» e, nella stessa occasione, ha con chiarezza precisato che la politica ha «doverosamente, ceduto il passo alla comunità scientifica, che in alcuni momenti della storia può anche *guidare*<sup>2</sup> le decisioni politiche»<sup>3</sup>.

Vorrei soffermarmi su queste ultime dichiarazioni perché mi sembra che facciano registrare un notevole salto in avanti nel processo di affinamento dei rapporti fra diritto e scienza negli ordinamenti giuridici contemporanei. Non tanto per la trasparenza con cui svelano ciò che d'altra parte è sotto gli occhi di tutti, vale a dire che le politiche emergenziali stanno richiedendo una forma di intensa collaborazione fra politica e scienza, quanto per la chiarezza, appunto, con cui svelano che nell'attuale stato di eccezione la scienza ha fatto un notevole balzo in avanti rispetto alla politica assumendo un ruolo di *guida*. Siamo dinanzi, dunque, ad una fase nuova: non più la decisione politica basata sulla scienza, *science-based* o *science-related*<sup>4</sup>, ma *science driven*, guidata dalla scienza, appunto.

Non si tratta di dichiarazioni né episodiche, né isolate.

Molti altri soggetti istituzionali hanno rimarcato la fondamentale interazione fra diritto e scienza per il contrasto al CoViD-19, ponendo l'accento, però, maggiormente sull'aspetto della fiducia nella scienza.

Il Presidente della Repubblica, specialmente, ha invitato i cittadini italiani ad avere «fiducia nella conoscenza» contro le «paure irrazionali e immotivate» indotte in questa stagione di *fake news* diffuse», poiché «la scienza è alleata della società e questa deve riferirvisi con senso di responsabilità»<sup>5</sup>.

In Francia, il Presidente della Repubblica ha ugualmente sostenuto di aver adottato «le misure più forti e al più presto», senza particolar merito politico, ma «perché la scienza ci ha illuminato e l'Italia ci ha preceduto in questa crisi»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>3</sup> M. GALLUZZO, *Inevitabile allungare il blocco totale. Pronti a tutelare le aziende strategiche*, in *Corriere della Sera*, 19 marzo 2019, 3.

<sup>4</sup> D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, 3, suggerisce di utilizzare la formula *science-related*, mutuata dagli *Science and Technology Studies*, che, pur essendo meno precisa, sarebbe capace di «comprendere tanto la legge “a presupposto scientifico necessario”, quanto la legge “a contenuto scientifico necessario”, quanto ancora la legge di “regolazione delle attività e dei prodotti della scienza e della tecnologia”».

<sup>5</sup> *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell'incontro per il 30° anniversario della Fondazione Telethon, nella Giornata Mondiale delle malattie rare*, 28 febbraio 2020, in <https://www.quirinale.it/elementi/45465>.

<sup>6</sup> *Macron: “No a un'Europa divisa, la Francia è al fianco dell'Italia”*, 28 marzo 2020, in <https://bit.ly/2TB9i8q>.

Per limitare la lettura di dichiarazioni ufficiali ai casi più rilevanti, è da segnalare che il Presidente degli Stati Uniti d’America, dopo aver mostrato un’iniziale diffidenza verso la scienza poiché aveva etichettato il coronavirus come «un’altra bufala creata dai democratici»<sup>7</sup>, ha poi seguito le raccomandazioni dell’Organizzazione Mondiale della Sanità disponendo anch’egli il *lockdown*, anche se ha comunque minacciato di tagliare i finanziamenti all’OMS perché «filocinese»<sup>8</sup>.

La ridda di dichiarazioni riportate è utile per ricostruire il quadro del peso che, in questa difficile congiuntura, la scienza ha assunto nelle decisioni pubbliche e per consentire di formulare alcune precisazioni sull’evoluzione del rapporto fra scienza e politica.

## 2. La legge fondata sulla scienza come nuova forma di legittimazione della politica

La trasformazione, in molti casi una vera e propria metamorfosi, che le politiche di contenimento del contagio di questo virus ha prodotto su alcune forze politiche o su taluni *leaders* politici tacciati di populismo è stata sorprendente e repentina. Le posizioni antiscientifiche in Italia (solo per elencarne alcune le tesi sulla correlazione fra vaccinazioni e autismo, i casi Di Bella e Stamina, la vicenda Xylella)<sup>9</sup> e negli Usa (vedi soprattutto le critiche alla teoria del riscaldamento globale) sono state soppiantate, all’opposto, da orientamenti addirittura *science driven*.

Questa osservazione mostra che al timore di avere le armi spuntate contro talune minacce alle democrazie rappresentative, può ora sostituirsi la consapevolezza che la politica basata sulla scienza può rivelarsi un antidoto potente proprio contro i rischi di derive populistiche o antidemocratiche<sup>10</sup>. Perché la decisione politica fondata sulla scienza è ora usata come misura di legittimazione delle istituzioni rappresentative.

Se così sarà, allora tante persone, forse, non saranno morte invano. Perché, come magistralmente scriveva Tomasi di Lampedusa nel suo straordinario romanzo *Il Gattopardo*, «morire per qualche d’uno o per qualche cosa, va bene, è nell’ordine; occorre però sapere o, per lo meno, esser certi che qualcuno sappia per chi o per che si è morti»<sup>11</sup>. E nella nebbia di una stanza fredda e sola, lontana dagli affetti cari, ti condanna a morire questo virus Sars-Cov-2, senza un perché, che darebbe almeno ultima consolazione. Un virus che condanna l’uomo, «essere sociale» già secondo Aristotele, al distanziamento sociale, vale a dire ad una forma di ibernazione sociale, in attesa di tempi (scientificamente) migliori.

Una prova tangibile del mutato atteggiamento di una parte degli italiani verso la scienza è rappresentato dalla vicenda personale della virologa Ilaria Capua, passata in pochi anni da strega da bruciare sul rogo della diffidenza verso la scienza matrigna e prezzolata, costretta alle dimissioni da parlamen-

<sup>7</sup> Trump: “Il coronavirus è la nuova truffa dei democratici”, 29 febbraio 2020, in <http://america24.com/news/trump-il-coronavirus-la-nuova-truffa-dei-democratici>.

<sup>8</sup> Trump minaccia di tagliare i fondi all’Oms: “Filocinese nell’emergenza coronavirus”, 8 aprile 2020, in <https://www.lastampa.it/topnews/2020/04/08/news/trump-minaccia-di-tagliare-i-fondi-all-oms-filocinese-nell-emergenza-coronavirus-1.38693375>.

<sup>9</sup> Per una mappa dei pregiudizi antiscientifici v. G. CORBELLINI, *Nel Paese della pseudoscienza. Perché i pregiudizi minacciano la nostra libertà*, Milano, 2019.

<sup>10</sup> Anche se continuano a rimbalzare notizie scientificamente infondate, come quella per esempio che individua la causa della diffusione del Sars-Cov-2 nell’introduzione della tecnologia 5G.

<sup>11</sup> G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, Milano, XV ed., 1969, 13.

tare senza particolari manifestazioni di solidarietà in Parlamento per via dell'accusa poi rivelatesi infondate di favorire il traffico internazionale di virus<sup>12</sup>, a paladina della scienza, portatrice di speranza e salvezza.

Anche questa evoluzione sociale è stata colta mirabilmente dal Presidente della Repubblica, nella stessa circostanza citata in precedenza. Vale la pena riportare testualmente un passaggio delle sue acute – e a me pare persino velatamente sarcastiche – riflessioni:

«È accaduto in questi anni che la scienza fosse messa in discussione. Abbiamo assistito a comportamenti irrazionali, al propagarsi di teorie antiscientifiche - ad esempio sui vaccini - al diffondersi di ansie che si sono tramutate in comportamenti autolesionisti.

Oggi – di fronte alla comparsa di un nuovo insidioso virus – si apprezza meglio il valore della scienza, la dedizione delle donne e degli uomini che portano avanti nuove ricerche, l'impegno sul campo di chi ne applica i risultati. Avere fiducia nella scienza non vuol dire avere fiducia di qualcosa di astratto. Vuol dire avere fiducia in noi stessi, nella nostra comunità.

La conoscenza aiuta la responsabilità e costituisce un forte antidoto a paure irrazionali e immotivate che inducono a comportamenti senza ragione e senza beneficio, come avviene talvolta anche in questi giorni».

### 3. Comunicazione istituzionale e responsabilità sociale di politici e scienziati: un corto circuito

Da una parte la politica, non attrezzata a fronteggiare un rischio sanitario così grave, è rimasta spiazzata fra l'orgogliosa e cieca voglia di urlare al mondo intero che "Milano non si ferma", invitando a sfidare la letalità di un virus contagiosissimo a colpi di aperitivi, e la repentina mesta ammissione della necessità del *lockdown* di soli pochi giorni dopo. In mezzo tanti, troppi contagi forse evitabili e quel che è peggio tante, troppe morti che si potevano probabilmente scongiurare.

Dall'altra parte la scienza è stata chiamata ad accendere la luce della conoscenza contro un nemico invisibile.

La dannata e comprensibile fretta di individuare una cura e il vaccino contro il dilagare del CoViD-19, che sorprende nudo il nostro sistema immunitario, questo sì indifeso e senza armi, ha elevato sulla scena pubblica virologi, immunologi, infettivologi e anestesisti, non avvezzi ad una simile ribalta mediatica. La non abitudine di stare sotto i riflettori con continuità, unita probabilmente alla voglia di infondere fiducia hanno, in alcuni casi, colto in fallo le capacità comunicative di alcuni scienziati. Continuano a rincorrersi notizie di farmaci *off label* che sembrerebbero dare prime risposte che, tuttavia, richiederanno ben altre prove di laboratorio e che sono ancora in attesa di superare severi test per l'accreditamento o di vaccini che sembrano ormai scoperti e pronti, ma che dovranno attendere anch'essi di essere sottoposti al rigoroso vaglio dei procedimenti tecnico-scientifici di validazione. Prime risposte meritorie e rapide alla domanda mondiale di cura, ma che forse prima di essere date in pasto al grande pubblico avrebbero richiesto una maggiore cautela comunicativa. Come dimostrano ancora drammaticamente le vicende riportate dagli organi di stampa di alcune persone decedute

<sup>12</sup> Per ricostruire la vicenda si può fare riferimento all'autobiografia di I. CAPUA, *Io, trafficante di virus: Una storia di scienza e di amara giustizia*, Milano, 2017.

a causa di cure fai da te assunte in modo incosciente ed inconsapevole senza il necessario controllo medico<sup>13</sup>.

A tal proposito, ha scritto Gilberto Corbellini a proposito di un recente studio che applica i modelli matematici al contagio parassitario<sup>14</sup> che «l’ubriacatura per i *big data* e l’abuso di *theory-less model* sta producendo disinformazione col bollino della scienza. Il che può essere dannoso sia per la salute umana sia per la scienza»<sup>15</sup>.

Il metodo scientifico, che non ha subito deroghe nell’emergenza sanitaria, richiede, invece, tempo e rigore: com’è stato ancora ben osservato, «in realtà, il punto sta nell’essenza stessa della ricerca scientifica: solo i dati raccolti ed analizzati con un metodo rigoroso possono fornire risposte, e solo la replicazione multipla di un risultato da parte di più gruppi indipendenti dà un minimo di garanzia che non si stiano cacciando farfalle»<sup>16</sup>.

Gli scienziati hanno il dovere di maturare rapidamente l’idea della responsabilità sociale di fornire una corretta informazione scientifica, magari evitando la sovraesposizione mediatica e limitandosi a comunicare quel che serve, altrimenti si rischia di buttare benzina sopra il fuoco della diffidenza verso la scienza. Una deriva che nel contesto attuale sarebbe ancor più pericolosa.

#### 4. I comitati di esperti a supporto del Governo fra mancata precostituzione e difetto di trasparenza

Oltre all’osservazione dei fenomeni politici, dal punto di vista giuridico un segnale molto eloquente del ruolo determinante della scienza nell’adozione delle misure emergenziali è rappresentato, invece, dall’istituzione, tra i tanti, di ben tre comitati tecnici a supporto del Governo che offrono un contributo tecnico-scientifico, vale a dire: *i)* il comitato tecnico-scientifico della protezione civile; *ii)* la *task force* istituita dal Ministro per l’innovazione tecnologica e la digitalizzazione in accordo con il Ministero della Salute per valutare e proporre soluzioni tecnologiche *data driven* e affrontare l’emergenza sanitaria, sociale e economica legata alla diffusione del virus SARS-CoV-2 sul territorio italiano; *iii)* il Comitato di esperti in materia economica e sociale, c.d. *task force* per la fase 2.

Mi soffermo solo su questi tre comitati, tra le decine di comitati tecnici o *task force* istituite a vario titolo dal Governo e dalle Regioni per fronteggiare la crisi, perché sono più rilevanti ai fini del presente contributo, in considerazione della natura del contributo che forniscono.

Un’approfondita e puntuale ricerca di diritto comparato ha passato in rassegna le soluzioni a cui hanno fatto ricorso gli ordinamenti giuridici statali per acquisire il necessario supporto scientifico al fine di approntare i provvedimenti emergenziali.

<sup>13</sup> Su questi aspetti che ricordano i drammatici precedenti in Italia dei casi Stamina e Di Bella, v. ora G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2020.

<sup>14</sup> A. KUCHARSKI, *The Rules of Contagion. Why Things Spread and Why They Stop*, Londra, 2020.

<sup>15</sup> G. CORBELLINI, *Se mentono pure i numeri*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 aprile 2020, reperibile al seguente link: <https://bit.ly/3cVDEKs>. Sulla disinformazione scientifica è utile la lettura del saggio di M. DORATO, *Disinformazione scientifica e democrazia. La competenza dell’esperto e l’autonomia del cittadino*, Milano, 2019.

<sup>16</sup> E. BUCCI, *Virus e verità gradualisti*, in *Il Foglio*, 7 aprile 2020, reperibile al seguente link: <https://www.ilfoglio.it/scienza/2020/04/07/news/virus-e-verita-graduali-311524/>.

Emerge come l'esperienza italiana, dove con ordinanza di protezione civile è stato previsto un Comitato tecnico-scientifico istituito ad hoc, e quella francese<sup>17</sup> rappresentino «un caso particolare»<sup>18</sup>, rispetto alle risposte fornite dalla Germania e dagli USA che, invece, hanno fatto ricorso ad istituzioni o agenzie precostituiti e generalmente operanti nell'ordinamento. In Germania è stato individuato come centro di riferimento il *Robert Koch Institut*, al quale una legge del 2000 affida specifici compiti per il contrasto alla diffusione delle malattie<sup>19</sup>, mentre negli USA operano agenzie ed istituti specializzati sulla base di competenze scientifiche<sup>20</sup>.

La differenziazione dei modelli seguiti nei diversi ordinamenti è certamente il frutto di una diversa maturazione dei rapporti fra diritto e scienza.

Negli Stati Uniti l'interazione fra scienza e politica è demandata al *National Academy of Sciences* (NAS), un'organizzazione privata senza scopo di lucro composta dai migliori ricercatori del paese. Il NAS riconosce e promuove la scienza "outstanding", attraverso l'elezione per l'adesione, le pubblicazioni nella sua rivista (PNAS) e altre attività. Attraverso le Accademie nazionali delle scienze, dell'ingegneria e della medicina, il NAS fornisce consulenze obiettive e basate sulla scienza su questioni critiche che riguardano interessi nazionali ed a tal fine ogni anno pubblica oltre 200 rapporti allo scopo da un lato di trasmettere ai cittadini la posizione degli scienziati su temi di interesse generale, dall'altro di fornire la base scientifica per consentire ai politici di legiferare tenendo conto delle conoscenze disponibili<sup>21</sup>.

L'ordinamento italiano, invece, sconta fatalmente in questo momento l'endemico ritardo relativamente all'adozione di procedure per l'individuazione di organi e di esperti a cui demandare il compito di supportare dal punto di vista tecnico-scientifico le decisioni politiche.

Come anche sconta la mancata maturazione di una cultura della trasparenza nell'interlocuzione fra politica e scienza: mentre in Italia non è possibile reperire i pareri resi dal comitato tecnico scientifico, in Francia gli *Avis du Conseil scientifique COVID-19* sono tutti disponibili sul sito del *Ministère des Solidarités et de la Santé*<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Su cui 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 (aggiornato al 31 marzo 2020)*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 42 ss.

<sup>18</sup> L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 7.

<sup>19</sup> Nell'emergenza CoViD-19, il *Robert Koch Institut* ha predisposto uno specifico Piano per la gestione della pandemia (*Pandemieplan*), nonché ha fornito le indicazioni scientifiche che hanno condotto alla limitazione delle manifestazioni e degli eventi di massa, nell'ambito della ordinaria raccolta di istruzioni per il verificarsi di una pandemia in Germania (*National Pandemic Plan for Germany - NPP*) curata a partire dal 2005.

<sup>20</sup> Nell'attuale emergenza sanitaria un ruolo importante ha il *Centers for Disease Control* (CDC) che è l'organo equivalente dell'Istituto superiore di Sanità in Italia. Altre funzioni sono state svolte da altre due Agenzie: la *Food and Drug Administration* (FDA) e il *National Institutes of Health* (NIH). Un'utile ricostruzione in E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, cit., 95 ss.

<sup>21</sup> Sui rapporti fra politica e scienza nell'ordinamento statunitense v. almeno L.M. BRANSCOMB, *Science, Politics, and U.S. Democracy*, in *Issues in Science and Technology*, 21, 1, FALL 2004, 53-59.

<sup>22</sup> <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/dossiers-de-presse/article/covid-19-conseil-scientifique-covid-19>.

Il tema della trasparenza dell’apporto degli esperti è fondamentale perché solo la pubblicazione dei rapporti consente di discernere il contributo tecnico dalla decisione politica e permette, altresì, di far trasparire quanta parte della decisione politica è, in qualche modo, vincolata dai pareri tecnici e quant’altra, invece, solo orientata o, infine, assolutamente discrezionale.

Specialmente nel contesto attuale, in cui i provvedimenti per limitare il contagio basati sulla scienza vengono assunti come fondamento di decreti che dispongono la limitazione di diritti e libertà costituzionali, appare di gran lunga più garantista il modello adottato dalla Germania e dagli Stati Uniti d’America, rispetto a quello in uso in Italia e Francia. A me pare che non vi può essere dubbio sul fatto che la precostituzione per legge degli organi tecnico-scientifici deputati ad interagire con la politica nonché delle procedure deputate ad orientare i relativi rapporti possa assicurare maggiormente contro il possibile rischio di un uso strumentale da parte della politica delle valutazioni scientifiche.

Seguire ad insistere sullo schema delle commissioni istituite *ad hoc* sembra, al contrario, parere molto meno dai rischi di nomine ritagliate su misura per perseguire il fine di attentare alla Costituzione e alla democrazia. Non è questo attuale il caso, ma le regole vanno pensate per tempo e l’esperienza attuale ci insegna che non è più possibile eludere il tema dell’istituzionalizzazione dei canali di raccolta e di trasmissione delle valutazioni tecnico-scientifiche agli organi politico-rappresentativi. È questa una questione vitale per la nostra democrazia ed è ora che venga percepita come una questione di livello costituzionale<sup>23</sup>.

Occorre maturare una maggiore consapevolezza dell’includibilità dell’individuazione di canali stabili e ordinari per far affluire con continuità le valutazioni tecnico-scientifiche nelle sedi politiche, anche per via del fatto che nella società tecnologica la tutela effettiva dei diritti passa anche per la piena comprensione degli ambiti tecnico-scientifici, come anche dell’ecosistema informatico, da parte del giurista e del politico. In mancanza di questa presa di coscienza, il decisore politico può correre il rischio di ammettere qualsiasi limitazione dei diritti in nome di misure tecniche presentate come univoche.

Anche nel metterlo a confronto con l’analogo modello francese, quello italiano sembra difettare di garanzie.

Il Comitato tecnico-scientifico è stato istituito in Italia con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020<sup>24</sup>. È composto dal segretario generale del Ministero della salute, dal direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal direttore dell’ufficio di coordinamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal direttore scientifico dell’Istituto nazionale per le malattie infettive «Lazzaro Spallanzani», dal Presi-

<sup>23</sup> Giacché «il contesto politico-istituzionale è profondamente cambiato rispetto a quello in cui è maturata la stagione costituente, così come si è assistito ad un vistoso e crescente sviluppo scientifico e tecnologico che va sempre di più lasciando un segno marcato sulla vita di relazione, praticamente in ogni suo aspetto, così A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in *Consulta Online*, 16 marzo 2020, 137. Osserva anche L. VIOLINI, *Biodiritto e Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 65, che «lo studio del rapporto tra scienza/tecnica, da un lato, e etica/diritto, dall’altro, ha assunto nell’ultimo decennio proporzioni così ampie da non essere più padroneggiabile da singoli contributi di singoli studiosi e si è potentemente ramificato ad opera della legislazione basata su conoscenze tecnico-scientifiche, creando una serie di sottosistemi ciascuno dei quali ha oggetti e caratteristiche proprie».

<sup>24</sup> È stato poi istituito con Decreto del Capo Dipartimento n. 371 del 5 febbraio 2020.

dente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle regioni e province autonome e dal coordinatore dell'ufficio promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato (art. 2, co. 1). La sua composizione è variabile poiché «può essere integrato in relazione a specifiche esigenze».

Il ruolo del comitato tecnico-scientifico è stato determinante nel processo di attuazione delle norme generali disposte con decreto-legge. Per rendere evidente il peso dei pareri resi dall'organo in parola, basti fare riferimento all'art. 2 del d.l. n. 19/2020, nella parte in cui dispone che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità», i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri che danno attuazione alle regole generali previsti dalla fonte primaria, «sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

In Francia, invece, il *Conseil scientifique* è stato nominato dal Ministro per la solidarietà e la salute, su impulso del Presidente della Repubblica, e riceve copertura legislativa per effetto della previsione contenuta nell'art. L. 3131-19 del *Code de la Santé*, introdotto dalla legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020, istitutiva dello stato di emergenza sanitaria. Oltre alla consacrazione legislativa, merita un particolare apprezzamento il coinvolgimento parlamentare nel potere di nomina del *Conseil*, essendo stata riservata l'individuazione di due membri al Presidente dell'Assemblea Nazionale e al Presidente del Senato.

Considerazioni diverse evoca la costituzione del *Gruppo di lavoro data-driven* per l'emergenza CoViD-19 istituito dal Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, in accordo con il Ministero della Salute<sup>25</sup>. La finalità del gruppo è quella di supportare, su basi tecnico-scientifiche, i processi decisionali della Presidenza del Consiglio dei ministri e la conseguente adozione di provvedimenti tesi a contenere e contrastare l'emergenza sanitaria in atto, anche mediante l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Il gruppo di lavoro è multidisciplinare ed è composto da 74 esperti multidisciplinari, scelti in collaborazione con il Ministero della Salute, l'Istituto Superiore di Sanità e l'Organizzazione Mondiale della Sanità e tra componenti direttamente designati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dal Garante per la protezione dei dati personali, in base a comprovata esperienza nelle rispettive discipline di riferimento.

L'ampiezza del gruppo e la strutturazione in otto sottogruppi<sup>26</sup> rendono conto della complessità della materia e dell'approccio necessariamente interdisciplinare delle politiche *data driven*, a confermare ulteriormente che con l'avvento della società tecnologica si registra il passaggio storico verso un mondo segnato dall'ibridazione della conoscenza. In questo quadro, l'integrazione dei saperi scientifici appare l'approccio privilegiato per far fronte al governo della complessità tecnologica. L'utilità di questo approccio è vincente nelle situazioni ordinarie, ma si apprezza ancora di più in una fase emergenziale, qual è quella che stiamo attraversando. È appena il caso di far notare che opportunamente

<sup>25</sup> Il decreto di nomina è reperibile, invece, al seguente indirizzo: <https://bit.ly/2zZw6ru>.

<sup>26</sup> I) Coordinamento generale delle attività; II) Infrastrutture e data collection; III) Impatto economico; IV) Web data e impatto socio-economico; V) Teleassistenza; VI) Tecnologie per il governo dell'emergenza; VII) Big data & AI for policies; VII) Profili giuridici della gestione dei dati connessa all'emergenza.

anche il citato *Conseil scientifique Covid-19* istituito in Francia accoglie oltre agli specialisti di malattie infettive, anche un sociologo, un’antropologa e un matematico. A conferma di ciò, è stato ben scritto che «l’epidemia oggi in corso (quel “qualcosa” che ci sta capitando) è un “ibrido” che mette in luce trame e connessioni (salute e società, biologia ed economia, politica ed ecologia, geopolitiche mondiali e immaginari globali, che [...] travalicano le moderne partizioni disciplinari)<sup>27</sup>.

Un’ultima considerazione merita il richiamo nell’intitolazione del gruppo di lavoro italiano, *task force data driven*, al ruolo di guida (*driven*, appunto) riconosciuto ai dati raccolti e trattati, e perciò ancora alla tecnica, sulle scelte politiche relative all’individuazione e all’utilizzo degli strumenti di innovazione tecnologica per il contrasto al CoViD-19.

Sul versante della trasparenza, invece, è da segnalare in senso positivo che tale *task force* è l’unica, sin qui, nel panorama italiano ad aver fornito rapporti, sia pure sommari, sulle risultanze dell’attività<sup>28</sup>.

Da ultimo, è stato istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>29</sup>, il Comitato di esperti in materia economica e sociale, con il compito di elaborare e proporre misure necessarie a fronteggiare l’emergenza e per una ripresa graduale nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive, per la c.d. fase 2. Il Comitato dovrà operare in coordinamento con il Comitato tecnico scientifico.

Da sottolineare ancora la formazione multidisciplinare, essendo presieduto da un manager dall’esperienza internazionale, e composto da esperti di economia, psicologia sociale, innovazione tecnologica, diritto del lavoro, statistica economica, statistica sociale, sociologia economica, di epidemiologia psichiatrica nonché dal Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica CoViD-19, dal Capo della Protezione civile, dal Presidente di Cassa Depositi e Prestiti, dal Coordinatore del Comitato tecnico-scientifico dell’Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, dall’Amministratore delegato per il Sistema Italia-Grecia-Turchia, da un dottore commercialista e da un avvocato<sup>30</sup>.

La presenza di tutti questi comitati fa cogliere una lacuna relativamente al loro difetto di coordinamento che inevitabilmente può produrre discordanza nelle risposte e, quindi, ingenerare confusione all’interno del Governo.

Una così nutrita pattuglia di esperti sollecita un ulteriore interrogativo relativo alle reali competenze tecniche presenti nei ministeri o quantomeno manifesta una sfiducia implicita che il governo stesso ha dimostrato verso il comparto ministeriale, all’interno del quale peraltro, è bene ricordarlo, sono già presenti organi tecnico-scientifici che ordinariamente ne supportano l’attività.

<sup>27</sup> Dall’antropologo B. PALUMBO, *Storie virali. Ibridi*, in *Atlante*, 23 marzo 2020, consultabile al seguente link: [http://www.treccani.it/magazine/atlante/cultura/Storie\\_virali\\_Ibridi.html](http://www.treccani.it/magazine/atlante/cultura/Storie_virali_Ibridi.html).

<sup>28</sup> I due rapporti sono pubblicati sul sito del Ministero per l’Innovazione tecnologica e per la digitalizzazione: Task Force sui dati, un primo bilancio delle attività del gruppo di lavoro: <https://innovazione.gov.it/task-force-sui-dati-un-primo-bilancio-delle-attivita-del-gruppo-di-lavoro/>. Un aggiornamento sull’applicazione di *contact tracing* digitale per l’emergenza coronavirus: <https://innovazione.gov.it/un-aggiornamento-sull-applicazione-di-contact-tracing-digitale-per-l-emergenza-coronavirus/>.

<sup>29</sup> Il D.P.C.M. del 30 aprile 2020 è reperibile al seguente link: <https://bit.ly/2zZwnL2>.

<sup>30</sup> Le notizie sono disponibili sul sito della Presidenza del Consiglio dei ministri al seguente link: <https://bit.ly/3g6Y7hc>.

Un'ultima notazione laconica, infine, merita la totale assenza di iniziative analoghe da parte del Parlamento che, in questa partita, davvero non ha toccato palla, dimostrando ancora una volta la necessità di adeguare le strutture delle Camere, come anche i rispettivi regolamenti, all'esigenze della società tecnologica.

### 5. Leggi "science driven" o "science-related"?

Al termine dello stato di emergenza, dichiarato il 31 gennaio 2020 con delibera del Consiglio dei ministri recante la *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*<sup>31</sup>, è auspicabile un ritorno all'ordinarietà anche dal punto di vista della dinamica dei rapporti fra politica e scienza, che dovranno essere ricondotti entro i binari della regolarità.

Alcuni esempi di un virtuoso affiancamento della scienza alla politica si sono registrati già, nella fase attuale di emergenza sanitaria, nonostante la grave confusione che ha generato un affastellamento di atti prodotti da tutti i livelli di governo ed un intreccio di interpretazioni.

Al di là dei proclami politici, la scienza è parsa assumere un ruolo di sostegno più che di guida rispetto alla politica. Vi è stato accordo ma non supplenza. Lo dimostra la gradualità delle misure di restrizione adottate dal Governo, passato dall'attendismo al decisionismo, che dapprima ha proceduto a limitare l'arrivo dei voli aerei provenienti dai Paesi vittime dell'epidemia e a raccomandare un'autolimitazione dei movimenti e delle interazioni sociali, per arrivare poi all'imposizione del *lock-down*. Tale gradualità delle misure è stata criticata da taluni in ragione del fatto che non si è, da subito, deciso di fermare tutto. Le ragioni che hanno spinto ad accrescere man mano le restrizioni dei diritti e delle libertà costituzionali, tuttavia, possono essere giustificate. Alcune voci autorevoli della scienza già pochi giorni prima della metà gennaio avevano lanciato l'allarme riguardo al rischio di un imminente contagio epidemico in Italia per il virus in arrivo dalla Cina e ciononostante la dichiarazione dello stato di emergenza è giunta solo il 31 gennaio, vista la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 30 gennaio 2020. È anche da ricordare che alle prime diagnosi accertate di CoViD-19 in Italia, a Codogno e a Vo' Euganeo, non ha fatto seguito immediatamente l'adozione di misure drastiche per il contenimento. Tuttavia, deve essere compreso che mentre la scienza è arrivata preparata a questo evento poiché il rischio di un contagio pandemico causato da un nuovo virus o da un super batterio resistente agli antibiotici era stato previsto come evento possibile, le democrazie occidentali non si sono dimostrate affatto attrezzate a fronteggiare un evento straordinario come quello attuale. Una più pronta risposta hanno dimostrato alcuni Stati orientali come la Cina e la Corea del Nord. Da molti questa maggiore velocità nell'approntare misure efficaci e radicali per fronteggiare la diffusione del virus è stata rinvenuta nella circostanza che gli Stati autoritari e liberticidi hanno maggiori strumenti per fronteggiare una pandemia per via del fatto che incontrano minori resistenze nella limitazione dei diritti fondamentali degli individui rispetto alle democrazie. Non è da trascurare, tuttavia, che sia la Cina che la Corea del Nord avevano già fronteggiato precedenti epidemie virali e, perciò, si sono trovate maggiormente attrezzate ad adottare senza esitazione misure probabilmente più efficaci.

<sup>31</sup> G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

L'Italia, poi, si è trovata nella difficile condizione di primo Paese occidentale a dover fronteggiare casi di contagi accertato di CoViD-19. La gradualità delle misure adottate, allora, è imputabile anche all'impreparazione a gestire una situazione inedita e di straordinaria gravità, senza potersi giovare di precedenti esperienze sul campo di altri Stati democratici. L'Italia si è trovata a dover sperimentare sul campo misure politico-sanitarie in risposta ad una sfida eccezionale. Le azioni dapprincipio sono state ispirate dal medesimo metodo della gradualità che impronta la ricerca scientifica, che di fronte all'incertezza avanza progressivamente attraverso la formazione di un consenso su verità graduali, fra entusiasmati avanzamenti e improvvise battute d'arresto, prove e controprove, verifiche e falsificazioni.

Per questo aspetto politica e scienza hanno proceduto di pari passo, almeno inizialmente e chiaramente ciascuno con il suo passo. È evidente che la democrazia ha i suoi tempi e le sue necessarie liturgie decisionali, per cui è più semplice per uno scienziato, che fornisce una risposta unicamente in chiave sanitaria, affermare che bisogna imporre il *lockdown* e il distanziamento sociale, non dovendo temperare né il rispetto delle libertà fondamentali, come il lavoro, la libertà personale, la circolazione, la riservatezza, né la tenuta del sistema economico.

Diverso il giudizio relativo alla proporzionalità di alcune decisioni politiche finalizzate a ridurre il rischio di contagio che, sia pure «ispirate al principio di precauzione (cioè di prevenzione o mitigazione delle conseguenze negative di una situazione di fatto), possono essere valutate, nei loro contenuti, soltanto in riferimento a conoscenze scientifiche che restano al momento assai contraddittorie e limitate»<sup>32</sup>.

Certo è, alla luce del poi, che se per tempo fosse stato predisposto un piano epidemiologico per la gestione di simili emergenze sanitarie la prontezza dei provvedimenti sarebbe stata diversa.

Le democrazie contemporanee devono pure tenere in grande considerazione il rischio di una sorta di assuefazione dei cittadini alle restrizioni delle libertà fondamentali ed un adattamento alla sorveglianza sanitaria e biometrica<sup>33</sup>. È uno spettro agitato da alcuni importanti studiosi<sup>34</sup> che è bene valutare concretamente, perché è pur sempre «possibile che potenti forze economiche e sociali stiano elaborando progetti di normalizzazione futura volte a trasformare l'eccezionale in ordinario, atten-  
tando ai nostri diritti costituzionali»<sup>35</sup>. V'è il rischio che a breve termine la collettività possa sviluppare abitudine verso molti dei provvedimenti adottati in via d'emergenza, perché «le emergenze acce-

<sup>32</sup> T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta Online*, 30 marzo 2020, 193.

<sup>33</sup> Sugli “ordinari” rischi di un'architettura globale di sorveglianza nella società tecnologica si rinvia, per un primo approccio, a S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, tr. it., Roma, 2019.

<sup>34</sup> Scrive G. PRETEROSSO, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico*, in *MicroMega – Il rasoio di Occam*, 25 marzo 2020, che pare di essere «di fronte al paradosso di uno stato di eccezione che serve a produrre spolitizzazione. Lo stato di eccezione teorizzato da Schmitt era costituente, serviva a creare un nuovo ordine politico (o a restaurare quello vigente, ma minacciato) ad opera di un “soggetto” che così si legittimava come sovrano. Quello attuale serve a spolitizzare l'ordine sociale, a farci transitare in una condizione nella quale a prendere tutte le decisioni che contano sono i tecnici, i politici sono maschere che veicolano quelle decisioni, e ogni conflitto su fini e mezzi è inibito».

<sup>35</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, Numero speciale, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, 26.

lerano i processi storici»<sup>36</sup>. È stato argomentato, in particolare, che la sorveglianza biometrica che molti governi stanno attivando per monitorare i contagiati e i potenziali contagiati al fine di limitare la circolazione del virus, da misura temporanea adottata in un contesto emergenziale possa trasformarsi in misura stabile: «le misure temporanee hanno la brutta abitudine di sopravvivere alle emergenze, soprattutto perché c'è sempre una nuova emergenza in agguato all'orizzonte», magari i tentativi di normalizzazione potranno sfruttare la circostanza che «quando alle persone viene data la scelta tra *privacy* e salute, di solito scelgono la salute»<sup>37</sup>.

Relativamente alla frequenza delle emergenze sanitarie mondiali, occorre ricordare che dal 2005, da quando nel diritto internazionale sono state adottate le *International Health Regulations (Ihr)* da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità sulla scia della pandemia della Sars, la dichiarazione di emergenza è stata reiterata ben 6 volte: nel 2009 a causa della c.d. influenza suina H1N1, nel 2014 con la poliomielite, ancora nel 2014 e di nuovo nel 2019 in ragione dell'ebola, nel 2015 con Zika e nel 2019 per via del virus SARS-CoV-2.

È da contestare con decisione, invece, lo sbandierato *trade-off* fra salute e *privacy*: si tratta di una falsa alternativa perché tra i due diritti fondamentali non vi è un rapporto di esclusione. La composizione fra i due valori è sempre possibile attraverso un'operazione di ragionevole bilanciamento anche se in taluni casi può risultare particolarmente gravosa. La tirannia dei valori è estranea alla nostra Costituzione, come più volte messo in luce dalla Corte costituzionale, secondo cui «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» (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»<sup>38</sup>.

Il rischio di delegare surrettiziamente la guida della società alla scienza può produrre anche la conseguenza di annacquare il regime della responsabilità, civile, penale e politica, del decisore politico a fronte di colpevoli errori e di macroscopiche sviste. In altre parole, può accadere che il supporto tecnico-scientifico possa fungere da vello per celare responsabilità che sono, invece, della politica.

Alcune avvisaglie si registrano già, per esempio, nella pronta giustificazione addotta dal Presidente della Regione Lombardia rispetto alla notizia dell'avvio di una inchiesta della Procura di Milano per accertare eventuali responsabilità penali nella gestione regionale delle Residenze sanitarie assistenziali, all'interno delle quali si è registrato un numero molto alto di decessi. La contestazione pare diretta nei confronti di una delibera della Regione Lombardia dell'8 marzo, con cui si disponeva il trasferimento nelle strutture dei pazienti non più acuti dimessi dagli ospedali per far posto ai casi più gravi, nella fase più acuta del contagio e che tuttavia dovevano essere isolati rispetto ai non contagia-

<sup>36</sup> Y.N. HARARI, *Il mondo dopo il virus*, in *Internazionale*, 27 marzo 2020, 20, trad. it. (orig. in *Financial Times*, 20 marzo 2020).

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> V. Corte cost., sentt. n. 85/2013 e 58/2018.

ti. La decisione, ad avviso del Presidente della Giunta, però, non sarebbe ascrivibile alla politica essendo stata assunta sulla base di «una proposta dei nostri tecnici»<sup>39</sup>.

L'eccessiva fiducia nella scienza nelle fasi di incertezza può ancora produrre disorientamento nella politica che confida in risposte certe<sup>40</sup>. Lo dimostra *publica lamentatio* del Ministro per gli Affari regionali e le autonomie che ha chiesto «alla comunità scientifica, senza polemica, di darci certezze inconfutabili e non tre o quattro opzioni per ogni tema. Chi ha già avuto il virus, lo può riprendere? Non c'è risposta. Lo stesso vale per i test sierologici. Pretendiamo chiarezza, altrimenti non c'è scienza. Noi politici ci prendiamo la responsabilità di decidere, ma gli scienziati devono metterci in condizione di farlo»<sup>41</sup>. La dichiarazione focalizza un aspetto essenziale perché la scienza epidemiologica non ha ancora raggiunto il consenso su molti aspetti, che restano incerti, e consente di cogliere con pienezza la necessità non più procrastinabile di individuare procedimenti che filtrino le valutazioni tecnico-scientifiche secondo una scala di maturazione dell'accordo scientifico, per esempio sul modello di quello che propone l'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), che è l'organo delle Nazioni Unite incaricato di valutare gli aspetti scientifici correlati al cambiamento climatico. I rapporti periodici sui cambiamenti climatici dell'IPCC rappresentano davvero uno dei migliori esempi di rapporto fra scienza e politica, poiché propongono una “Sintesi per i decisori politici” che è esposta secondo il «grado di certezza dei risultati principali», che «si basa sulle valutazioni scientifiche generali di un team di autori e viene espresso come un livello qualitativo di confidenza (da molto basso a molto alto) e, quando possibile, in termini probabilistici, con una probabilità di tipo quantitativo (da eccezionalmente improbabile a virtualmente certo)»<sup>42</sup>.

Anche per queste ragioni, occorre quanto prima individuare nei rapporti fra diritto e scienza il punto di equilibrio ottimale.

<sup>39</sup> G. GUASTELLA, *A Milano i pm indagano su 16 Rsa. Fontana: Non abbiamo sbagliato*, in *Corriere della Sera*, 18 aprile 2020, 10.

<sup>40</sup> Da ultimo ha posto il problema M. AINIS, *Il governo debole della scienza*, in *La Repubblica*, 20 aprile 2020, 29. A proposito anche del pluralismo delle risposte scientifiche, ami avviso inevitabile in questo momento, e del ruolo che i comitati tecnico-scientifici hanno avuto nell'attuazione dei provvedimenti legislativi I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020, ha opportunamente richiamato la necessità di rendere note «le modalità di nomina del comitato tecnico-scientifico e degli altri tecnici coinvolti nella vicenda», che «sono da considerarsi determinanti, anche alla luce del dibattito che ha visto gli scienziati confrontarsi in una vivace dialettica sull'interpretazione del fenomeno in atto e sulle strategie per contrastarlo. In questa vicenda i dati scientifici rilevano sotto il profilo della possibilità di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti».

<sup>41</sup> M. GUERZONI, *Boccia: Chi vuole riaprire ne sarà responsabile. E ora gli scienziati diano risposte chiare*, in *Corriere della Sera*, 14 aprile 2020, 3.

<sup>42</sup> Si legge ancora nel Rapporto citato: «[I]a confidenza sulla validità di un risultato si basa su tipo, quantità, qualità, e coerenza delle prove (per esempio, dati, comprensione meccanicistica, teoria, modelli numerici, giudizio di esperti), e sul grado di accordo. Le stime probabilistiche delle misure quantitative dell'incertezza di un risultato si basano sull'analisi statistica delle osservazioni o sui risultati dei modelli, o su entrambi, e sul giudizio degli esperti». Dove appropriato, i risultati sono stati inoltre presentati come dichiarazioni di fatto, senza utilizzare gli indicatori di incertezza». Le citazioni sono tratte da IPCC, *Climate Change 2013. The Physical Science Basis, Sintesi per i decisori politici, Contributo del Gruppo di Lavoro I al Quinto Rapporto di Valutazione dell'Intergovernmental Panel On Climate Change*, disponibile al seguente link: <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5-wg1-spmitalian.pdf>.

Ancora attuale risuona allora il monito di Benedetto Croce, riportato inizialmente, contro il rischio di un governo degli scienziati, della tecnocrazia si direbbe oggi, da molti auspicato come soluzione ottimale<sup>43</sup>. La scienza alla guida del mondo e al timone della politica è una minaccia, invece, che va scongiurata e vale la pena affermarlo con decisione anche in giorni in cui questa affermazione può risultare impopolare. Croce ammonisce che «il buon senso diffida a ragione dei filosofi, poeti e scienziati che, in nome delle attitudini da loro coltivate, si fanno complici di risoluzioni pratiche; sebbene, per un altro verso, una malintesa ammirazione e riverenza spinga talvolta a interrogarli e ad ascoltarli. In cose nelle quali non dovrebbero essere interrogati o, se mai di lor inizio vi mettono bocca, non dovrebbero essere ascoltati». La competenza degli esperti «è bensì teoretica e non pratica, ma non perciò assegna a loro una superiorità sulla pratica, per la quale detterebbero o dovrebbero dettare le norme che questa deve osservare». Aggiunge, infine, lo stesso filosofo che dinanzi alla «complessa domanda dell'indirizzo da imprimere alle sorti del mondo mi sembra che l'uomo della teoria, il filosofo, il poeta, lo storico o altro che sia, dovrebbe ribellarsi, offeso da una simile richiesta che gli si rivolga, mortificato che si possa pensare che egli sia fino a tal segno fatuo, scandolezzato nel suo sentimento religioso perché si osa proporgli di usurpare, né più né meno, le parti di Dio padre o dello spirito universale e di dirigere la storia del mondo, e altresì, per un altro verso, timoroso di trovarsi a rischio, senza sua colpa, di suscitare verso di sé il riso, il che non piace a nessuno»<sup>44</sup>.

La politica e il diritto non possono fare a meno del solido sostegno della scienza, ma occorre mettere i termini della loro relazione al posto giusto. Com'è stato acutamente osservato la scienza è alla ricerca della verità scientifica a cui perviene attraverso l'utilizzo di prove oggettive, mentre la politica riguarda il governo fondato sull'accettazione da parte del pubblico della legittimazione e della responsabilità degli organi eletti. Entrambe hanno bisogno della fiducia del pubblico, ma in modo diverso<sup>45</sup>.

Le decisioni politiche hanno bisogno ormai di fondarsi anche su una solida legittimazione scientifica<sup>46</sup>. Ma la politica non può porsi in una posizione di volontaria subalternità alla scienza, neanche nel-

<sup>43</sup> Aggiunge che «talvolta questa illusione prende gli stessi scienziati, che si lasciano a ciò persuadere o persuadono sé stessi, per essere anche essi soggetti agli errori e alle seduzioni dello smodato amore per la propria professione. Mi sta nel ricordo un mio incontro, nei giorni dell'agosto del '14, quando si scatenò inattesa la prima grande guerra, con un collega senatore, che era un insigne chimico e aveva dolcissimi occhi azzurri, il quale, smarrito, atterrito, indignato per quel che vedeva accadere, mi disse: – Ma a guerra terminata sarà necessario che un congresso mondiale di scienziati prenda la direzione del mondo e impedisca che si cada più mai in siffatte dolorosissime folie! –».

<sup>44</sup> B. CROCE, *Il ricorso ai "competenti" nelle crisi storiche*, cit., 90 ss.

<sup>45</sup> L.M. BRANSCOMB, *Science, Politics, and U.S. Democracy*, cit., 54: «science is about the search for objective evidence that would support successful predictions about the world around us. Politics is about governing based on the public's acceptance of the legitimacy and accountability of elected officials. The search for truth in science and for legitimacy in politics both require systems for generating public trust, but these systems are not the same, and indeed they are often incompatible».

<sup>46</sup> Su questo aspetto la bibliografia italiana comincia ad essere finalmente consistente, fra i tanti e da prospettive diverse: D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018 (a cui si rinvia anche per dar conto della più ampia letteratura interdisciplinare relativa ai rapporti tra diritto e scienza); B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte riproduttive. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività me-*

lo stato di eccezione. Piuttosto, l'ibridazione delle conoscenze che si determina in un mondo sempre più complesso e interconnesso richiede un governo illuminato e informato della necessità di assumere una pluralità di saperi. Occorre non indulgere nella tentazione di confidare che la scienza assurgere alla guida del mondo, piuttosto è necessario assumere l'idea che le scienze tutte devono essere considerate come componenti imprescindibili di una necessaria e virtuosa alleanza con la politica e con il diritto. Sarà fondamentale adottare un nuovo Manifesto che orienti i rapporti fra i saperi, tutti, senza trascurarne alcuno, ripudiando la tentazione poco lungimirante di formulare una gerarchia fra i saperi che rischia di sconfinare in forme di deplorable e controproducente autoreferenzialità.

Parlamento e Governo in Italia devono attrezzarsi per non farsi più trovare impreparati né dinanzi alle prove inedite a cui la natura può sottoporre l'umanità né alle sfide che pongono questioni attuali che dovranno essere affrontate con decisione e avvedutezza, come le emergenze ambientali o la rivoluzione tecnologica. Nel presente contributo, incentrato sull'interazione fra politica e scienza nell'ambito delle scelte politiche del Governo, si è espressa una preferenza per i sistemi in uso in Germania o negli USA che fanno ricorso ad enti o ad agenzie precostituite e generalmente operanti nell'ordinamento<sup>47</sup>, anziché a comitati tecnico-scientifici specificamente costituiti. Tali organismi devono essere posti in una posizione di indipendenza sia dalla politica sia dai portatori di interessi e devono operare assicurando procedure assolutamente aperte e trasparenti.

La valorizzazione della scienza all'interno della sede parlamentare, invece, apre grandi scenari di riflessioni che superano le ambizioni del presente saggio. La sussistenza di un tale problema è testimoniata anche dal fatto che, nel più generale dibattito sull'opportunità di un superamento del bicameralismo perfetto, è pura stata avanzata l'ipotesi di individuare nel Senato una camera di rappresentanza e sviluppo delle conoscenze, della ricerca scientifica e dell'innovazione tecnologica. Questa proposta di revisione costituzionale perseguirebbe l'obiettivo di consentire l'accesso in Senato di competenze qualificate di diversa estrazione, come le formazioni sociali di alta cultura, il campo delle professioni e quello scientifico e culturale<sup>48</sup>. È da osservare, in senso contrario, che la strada dell'inclusione degli scienziati e dei rappresentanti del mondo culturale nelle aule parlamentari non

---

*dico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2016; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; A. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008; A D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005; G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.

<sup>47</sup> Questo regime di rapporti connota anche l'ordinamento dell'Unione europea, nel quale, nell'attuale emergenza, un ruolo importante sta svolgendo il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC). L'agenzia europea, nell'ambito delle proprie competenze in materia di malattie, effettua attività di monitoraggio della pandemia, fornisce valutazioni di rischio, linee guida di salute pubblica, consulenze agli Stati membri e pubblica statistiche quotidiane sui contagi ed i decessi nell'UE, nello Spazio economico europeo (SEE) e nel Regno Unito. Tutti i rapporti sono pubblicati sul sito istituzionale: <https://www.ecdc.europa.eu/en>.

<sup>48</sup> L'idea promossa inizialmente dal quotidiano *Il Sole 24 Ore* è stata sostenuta dalla senatrice E. CATTANEO, *Aprire il Senato agli scienziati*, in *L'Unità*, 19 aprile 2014 e da L. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Per un Senato previdente*, in *Il Sole 24 ore*, 13 aprile 2014. In dottrina una riflessione su queste proposte è stata fornita da D. PICCIONE, *Il Senato delle conoscenze nel rapporto con le formazioni sociali di alta cultura e di rappresentanza delle competenze e della scienza*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014.



sembra il migliore esempio di collaborazione continua fra politica e scienza perché lo scienziato in Parlamento assumerebbe comunque altre vesti, essendo coinvolto nelle vicende istituzionali, mentre sembra preferibile, anche per le garanzie di imparzialità, mantenere l'idea della consultazione degli esperti come soggetti esterni alle sedi politiche.

È preferibile, invece, l'idea di intervenire sui regolamenti parlamentari rafforzando la loro capacità di vincolo sulla formazione della legge, anche nel senso di valorizzare l'attività di studio e di supporto all'esercizio della funzione legislativa che in modo qualificato svolgono i Servizi studi e gli altri servizi di documentazione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Un esempio positivo di istruttoria parlamentare su valutazioni tecnico-scientifiche che è stata ben articolata è quella che si è svolta in occasione della conversione in legge del decreto-legge n. 73/2017, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale<sup>49</sup>. Traspare soprattutto nella relazione illustrativa che accompagnava il disegno di legge di conversione una speciale valorizzazione dell'apporto di organismi pubblici dotati di specifiche attitudini, come principalmente l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), l'Istituto superiore di sanità (ISS) e, per i profili etici, anche il Comitato nazionale di bioetica (CNB), come non ha mancato di apprezzare la Corte costituzionale nella sentenza n. 5/2018.

Una proposta che è stata avanzata in forma di petizione e che sembra condivisibile è quella di istituire un ufficio parlamentare di consulenza scientifica in Italia, sul modello del *Parliamentary Office of Science & Technology* (POST) del Parlamento britannico, attivo dal 1989<sup>50</sup>.

Si chiede alla politica, in estrema sintesi, di governare alla luce della scienza, non di lasciarsi governare.

<sup>49</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119.

<sup>50</sup> L'appello è consultabile al seguente indirizzo: [www.scienzainparlamento.org](http://www.scienzainparlamento.org).

## Le fonti della crisi: fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da CoViD-19

Luca Dell'Atti, Giuseppe Naglieri\*

THE SOURCES OF THE CRISIS: UNITY AND OTHER CONSTITUTIONAL SAFEGUARDS IN GOVERNING THE COVID-19 EMERGENCY

ABSTRACT: This article analyses the effects the spreading of CoViD-19 had on the constitutional balance, both in Parliament-Government relations and State-Regions relations. It primarily deals with the legality of the decrees promoted by Italy's Prime Minister (adopted under the provisions of a decree-law) and the utter importance of a uniform instrument for the central government to coordinate the measures adopted by the various Regions to fight the virus back. Then, we claim the necessity of a) an emergency constitutional proceeding to regulate the powers of Government and Parliament; and b) a "supremacy clause" to strengthen the central government.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; multilevel governance; state of emergency; role of Parliament

SOMMARIO: 1. La crisi come laboratorio – 2. Il flessibile dipanarsi del sistema delle fonti tra esigenze di coordinamento e proporzionalità dei mezzi – 3. La Repubblica delle autonomie alle prese con l'emergenza: fra uniformità, differenziazione e leale collaborazione – 4. Il regime giuridico dell'emergenza come *noumeno*.

### 1. La crisi come laboratorio

L'emergenza, che è carattere strutturale di ogni crisi, esaspera e rende di immediata osservazione processi latenti che ordinariamente permeano il giuridico nella sua complessità. La crisi, dunque, è il fenomeno stesso che si disvela allo studioso accorto, imponendosi alla sua attenzione. Spetta però a lui portare ordine, riconoscendo e distinguendo gli elementi congiunturali da quelli strutturali. Come si intende dimostrare, ad un tale ordine delle cose non si sottrae l'attuale emergenza conseguente alla significativa diffusione in Italia del CoViD-19, che ha mostrato plasticamente l'esigenza di risposte armoniche da parte dello Stato-apparato.

Questo contributo si propone di esplorare tale necessità scomponendo l'analisi in due direttrici: la prima muove dal dibattito sugli strumenti normativi adottati dal Governo nel dipanarsi del sistema delle fonti statali; la seconda dedicata al rapporto tra fonti statali e regionali con un focus sulla complessa dialettica tra uniformità, differenziazione e leale collaborazione. L'emersione di logiche comu-

\* Luca Dell'Atti, Dottore di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Mail: [luca.dellatti91@gmail.com](mailto:luca.dellatti91@gmail.com). Giuseppe Naglieri, Dottorando di ricerca nel medesimo corso nonché in Ciencias Jurídicas y Sociales presso la Universidad de Málaga. Mail: [giuseppe.naglieri@uniba.it](mailto:giuseppe.naglieri@uniba.it). Il §3 è da attribuirsi a Dell'Atti, il §2 a Naglieri, mentre i §§1 e 4 sono frutto di riflessioni comuni degli autori. Il presente lavoro è aggiornato al 26 aprile 2020.

ni consentirà, in conclusione, la riconduzione ad unità dei fronti di analisi proposti ad uso metodologico nei paragrafi precedenti.

## 2. Il flessibile dipanarsi del sistema delle fonti tra esigenze di coordinamento e proporzionalità dei mezzi

La fase iniziale dell'emergenza è stata innegabilmente segnata da palpabile confusione, anche sul piano delle risposte istituzionali, complice, fra l'altro, una comprensibile apprensione dell'opinione pubblica. L'apparente contraddittorietà dei primi tempestivi interventi di contenimento e contrasto della calamità virologica può essere letta come la inevitabile reazione del sistema ad un fenomeno inopinato e, per certi aspetti, sottovalutato.

Ma i successivi sviluppi attestano una razionalizzazione degli interventi pubblici nel segno di una centralizzazione delle strategie adottate: la crisi è *in re ipsa* momento di riarticolazione e sintesi di processi plurali tipici del costituzionalismo contemporaneo<sup>1</sup>.

In una prima fase, nella quale la portata della calamità appariva limitata ad alcune zone *cluster*, si è cercato di fronteggiare la crisi con ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della salute, ai sensi dell'art. 32 l. 833/1978, istitutiva del SSN, ricercando una qualche forma di intesa con le regioni interessate – come si vedrà nel paragrafo successivo –, nonché al fine di coordinare sotto il profilo organizzativo interno le attività di profilassi e assistenza, attraverso l'attivazione del sistema emergenziale previsto dal dlgs 1/2018, che attribuisce, previa delibera dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri, potere di ordinanza al Capo della Protezione Civile, anche in deroga alla normativa vigente.

Tuttavia, l'espandersi incontrollato del virus in pressoché tutte le zone del Paese ha reso necessario un cambio di passo nelle strategie di prevenzione e, quindi, l'adozione di strumenti normativi capaci di imporre sotto il profilo esterno, alla generalità dei consociati, regole di condotta idonee a contenere la proliferazione dell'agente patogeno. Per rispondere a tale esigenza, il dl 6/2020 ha disposto l'adozione di misure restrittive, tipizzate nell'art. 1 c. 2 del decreto, volte al contenimento della diffusione dell'epidemia da CoViD-19, anche al di fuori delle aree *cluster*, mediante uno o più dpcm, da adottarsi sentiti i Ministri competenti per materia e il Presidente della Regione interessata ovvero, in caso di misure da adottare sull'intero territorio nazionale, il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni. Dall'utilizzo del dpcm, strumento estremamente duttile giacché non regolato compiutamente in alcuna norma, piuttosto che della fonte strutturalmente votata all'emergenza, il decreto-legge, discendono una serie di considerazioni. Sicuramente la circostanza per cui in una situazione contingibile, il decreto-legge venga adottato con la funzione prevalente di disporre un fondamento legale del potere di decretazione del Presidente del Consiglio, piuttosto che come strumento di gestione dell'emergenza *tout-court*, corrobora la tesi di un suo progressivo cambio di natura da provvedimento emergenziale a strumento ordinario di normazione primaria<sup>2</sup>. Ma, sebbene eminente

<sup>1</sup> Cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 12.

<sup>2</sup> Di autentico «[mutamento della] percezione tanto sul piano dell'opinione pubblica, quanto sul piano tecnico-politico» parla M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "Covid-19"*, in *Osservatorio AIC, forthcoming*, 4. Cfr. altresì A. GIARDINA, *Art. 78*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*

dottrina abbia rilevato fin da subito<sup>3</sup> la singolarità, sul piano costituzionale, della delega al dpcm per l'adozione di misure restrittive delle libertà fondamentali, alcune riflessioni paiono necessarie. È certamente vero che le misure restrittive tipizzate nel dl 6/2020 fossero decisamente generiche (complice, ancora, il repentino diffondersi dell'epidemia) ed è vero altresì che in assenza di precisione la compressione dei diritti tramite i successivi dpcm fosse, sotto il profilo della legittimità formale, quantomeno claudicante, ma altri elementi debbono considerarsi nella valutazione delle azioni messe in campo in quella fase: innanzitutto, sotto la grande incertezza derivante dalla prima ondata di contagi su scala nazionale, le Camere versavano in un momento di stallo, avendo seduto, dal giorno dell'adozione del dl n.6 e sino all'adozione del dl 19/2020, per meno di otto giornate nel mese di marzo (e perlopiù per lo svolgimento di interpellanze urgenti); ancora, proprio in quel frangente di stallo dell'attività parlamentare i dati sul contagio sembravano crescere sostenuti e diffondersi gradualmente al di fuori delle zone cd. *cluster*, il che rendeva necessari costanti provvedimenti di prevenzione e contenimento, talvolta sovrapponibili per contenuto e zone interessate. In tali circostanze, poteva davvero immaginarsi, in luogo dell'adoperato dpcm, una sequela di decreti legge dal contenuto semi-conforme, taluni con una aspettativa di vigenza assai inferiore al termine di conversione (come è stato per i dpcm dei giorni 1, 4 e 8 marzo), con la relativa confusione derivante da una normazione sovrapponibile e "alluvionale"? Lungi dal volere giustificare la correttezza sul piano della conformazione fisiologica del sistema delle fonti delle misure adottate nella prima fase, le presenti considerazioni intendono più porre in luce come una flessione nella dinamica delle fonti, per quanto patologica possa apparire, debba ritenersi in qualche misura una conseguenza della mancanza, nella nostra Costituzione, di strumenti normativi adatti alla gestione dell'emergenza, idonei a contemperare le esigenze garantiste di partecipazione e controllo parlamentare intrinseche ad un sistema democratico, con quelle altrettanto essenziali di speditezza nel governo di talune crisi obiettivamente non gestibili nelle ordinarie dinamiche temporali. È certamente vero, come è stato affermato<sup>4</sup>, che, pur nel silenzio, la Costituzione sembra delineare uno "statuto minimo dell'emergenza" che pone al centro le Camere. Tuttavia il rapido evolversi del quadro epidemiologico in un momento di stallo dell'attività parlamentare ha reso necessarie misure flessibili e di pronta applicazione, caratteristiche queste che il decreto-legge non era in quel momento in grado di garantire al pari dello strumento normativo secondario: non essendo soggetto a conversione in legge, il dpcm ha potuto agevolmente revocare misure precedenti o espanderne la portata, com'è avvenuto nell'estensione delle regole della cd. zona rossa all'intero territorio nazionale con il dpcm del 9 marzo. Semmai, se di *vulnus* vuole parlarsi nella catena normativa dell'emergenza<sup>5</sup> della prima fase, può rilevarsi la genericità delle misure restrittive applicabili con dpcm tipizzate nel dl n. 6, il che contravverrebbe la giurisprudenza co-

---

ne, Bologna, 1979; G. PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo*, in A. SIMONCINI (a cura di), *Emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

<sup>3</sup> G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo "extraordinem"*, in *Libertà e Giustizia*, sez. *Politica*, 21 marzo 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum*, *consul-taonline*, 11 aprile 2020, 25.

<sup>4</sup> M. CALAMO SPECCHIA, *op. cit.*, 8.

<sup>5</sup> Cfr. L. FABIANO, *La catena della normatività emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del CoViD-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*, in questo fascicolo.

stituzionale sull'articolo 16 Cost., che pur confermando la natura relativa della riserva di legge lì contenuta<sup>6</sup>, precisa che le misure demandate all'atto regolamentare debbono avere natura strettamente esecutiva e non innovativa, attributi non pienamente riconoscibili nell'impianto normativo decreto-legge/dpcm attuativi. È innegabile però che, probabilmente anche accogliendo taluni rilievi dottrinali emersi nel dibattito pubblico, le azioni intraprese a partire dal dl 19/2020 vadano in una direzione diversa e segnino un tentativo, per quanto limitato, di coinvolgimento del Parlamento e di un più rigoroso uso della delegazione *extra-ordinem*: resi salvi gli effetti delle misure poste in essere in attuazione dell'abrogato dl n. 6, il Governo ha introdotto, nell'art. 1, lett. a-h del nuovo dl, una nuova e più stringente elencazione di misure adottabili con dpcm, disponendo un controllo costante delle Camere sulle misure adottate, tramite comunicazioni del Presidente del Consiglio o di un Ministro delegato da tenersi ogni 15 giorni. Difficile a dirsi se questa soluzione possa ritenersi il migliore temperamento delle due esigenze, partecipativa ed operativa, espresse sopra, ma forse ancor di più questo passaggio correttivo evoca la necessità di superare la visione del decreto-legge come strumento di governo di tutte le emergenze "qualitativamente" inferiori allo stato di guerra<sup>7</sup>, traendo, proprio dalla risposte adottate per far fronte alla più grave crisi affrontata dal Paese dal dopoguerra, riflessioni prospettiche e sistematiche, piuttosto che limitate al contingente: l'esperienza e la comparazione dimostrano ancor oggi, che la flessione degli ordinari strumenti costituzionali è strettamente legata alla rigidità di processi e strutture in frangenti straordinari. E proprio per scongiurare future e più preoccupanti flessioni, il dibattito dovrebbe muovere dalla necessità di riflettere a fondo sugli strumenti di gestione e controllo dell'emergenza e sulla loro eventuale collocazione costituzionale.

### 3. La Repubblica delle autonomie alle prese con l'emergenza: fra uniformità, differenziazione e leale collaborazione

Venendo all'analisi delle fonti multi-livello, è d'uopo considerare che l'assetto italiano dei rapporti Stato-Regioni è già di per sé denso di criticità e non corrispondente ad un modello costituzionale del tutto preciso e completo. È dunque chiaro che, in un contesto del genere, l'esigenza di una risposta pronta e unitaria sollevata dal rapido dilagare del contagio da CoViD-19 abbia sollevato non pochi problemi<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Corte cost., 68/1964.

<sup>7</sup> Ai numerosi elementi apportati negli anni dal dibattito sulla trasformazione del decreto-legge in strumento di normazione ordinaria, si aggiunge oggi un pesante argomento esperienziale: talune emergenze non possono governarsi esclusivamente con dl e necessitano di strumenti normativi (e non meramente provvedimenti, quali le ordinanze contingibili) che a questo si accostino, in un sistema dell'emergenza che abbia, proprio in funzione garantista, una qualche specifica disposizione costituzionale.

<sup>8</sup> A margine va osservato che, in ordine ai provvedimenti legati al sostegno economico ad attività produttive, lavoratori, famiglie, istituzioni formative specie (ma non solo) nei territori più duramente colpiti, poiché vengono in rilievo una vasta congerie di competenze legislative statali e regionali (sia a titolo concorrente che residuale) e amministrative regionali e locali, il raccordo multi-livello di funzioni così inestricabilmente connesse è vitale ai fini dell'esercizio armonico e coordinato delle stesse e, in definitiva, della tenuta del sistema. Sul punto deve registrarsi una certa compattezza del fronte regionale rappresentato dalla Conferenza dei Presidenti di Regione, del che è riprova, ad esempio, il documento comune sui temi richiamati consegnato al Presidente del Consiglio lo scorso 4 marzo (e consultabile sul sito della Conferenza: [www.regioni.it](http://www.regioni.it)), come pure un buon fun-

Anzi tutto va ricordato che, sul piano del riparto di competenze legislative, l'art. 117 c. 3 Cost. attribuisce alla competenza concorrente la "tutela della salute", da intendersi tanto nella dimensione individuale del diritto alla salute del cittadino che in quella collettiva di salute e igiene pubblica, entrambe particolarmente rilevanti nelle misure di contrasto e contenimento della diffusione del virus<sup>9</sup>. D'altra parte, è interessante rilevare che l'ordinanza del Ministro della salute adottata il 23 febbraio d'intesa col Presidente della Regione Friuli-Venezia Giulia richiama, nel preambolo, l'art. 117 c. 2 lett. q) Cost. e, dunque, per quanto di interesse, la "profilassi internazionale". Al di là della marginalità e singolarità del riferimento e della (incerta) collocazione nel sistema delle fonti dell'atto che lo effettua, si osservi come l'ambito materiale richiamato sia effettivamente rilevante nel caso *de quo*<sup>10</sup> in ragione della dimensione globale della diffusione del virus e del grado di rischio del dilagare del contagio segnalati dall'OMS: appartenendo alla competenza statale esclusiva, il detto riferimento potrà essere utile, nell'ipotesi di una qualche censura regionale agli atti statali di rango legislativo, per risolvere *in limine* il problema del riparto, escludendo l'intervento legislativo delle Regioni.

Quanto alle disposizioni legislative in concreto rilevanti, la questione si fa più intricata. Il citato dl 6/2020, all'art. 3, ha abilitato l'adozione di una serie di misure di contrasto – compressive di beni di rango costituzionale e, su tutti, della libertà di circolazione e soggiorno di cui all'art. 16 Cost. – per mezzo di dpcm. Nelle more dell'adozione del primo dpcm contenente disposizioni generali, distintamente valide per le diverse zone del territorio nazionale (25 febbraio), lo stesso dl, richiamando, fra l'altro, l'art. 32 l. 833/1978, ha abilitato il Ministro della salute, i Presidenti regionali ed i sindaci ad emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica con efficacia rispettivamente estesa «all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni», «alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale». Il Ministro Speranza ha esercitato detto potere ricorrendo, in attuazione del principio costituzionale di leale collaborazione, all'intesa con i Presidenti di Regione interessati, strumento cooperativo *par excellence*.

In particolare, il Ministro ha adottato distinte ordinanze per le Regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Veneto (23 febbraio) e Liguria (24 febbraio) stipulando apposite intese con i rispettivi Presidenti; ha approvato, inoltre, con proprio decreto del 26 febbraio 2020, lo schema-tipo per le ordinanze da emanarsi da parte dei Presidenti delle altre Regioni, quelle, cioè, (all'epoca) fuori dalla cd. zona rossa, rilasciando contestualmente – e col medesimo decreto – intesa. Si tratta, all'evidenza, di uno strumento volto a uniformare obiettivi e contenuti degli interventi da adottarsi da parte dei Presidenti regionali, in adozione di un atto che, essendo contingibile e urgente, presuppone una valutazione discrezionale della sussistenza e dell'intensità dei requisiti fattuali che

---

ziona del raccordo verticale Stato-Regioni, evidenziato non solo (e per vero non tanto) dai costanti appelli al dialogo del Presidente del Consiglio Conte e di quello della Conferenza delle Regioni Bonaccini, ma anche (e soprattutto) dai quotidiani tavoli tecnici e politici chiamati a fronteggiare congiuntamente l'emergenza e al coinvolgimento del "sistema conferenze", sede privilegiata del dialogo inter-istituzionale.

<sup>9</sup> Sulla materia in commento, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, v. almeno C. FASONE, *Tutela della salute (art. 117.3)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2005, 283 ss.; C. TUBERTINI, *Stato, regioni e tutela della salute*, in A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2006, 209 ss.; D. MORANA, *Tutela della salute*, in G. GUZZETTA, F.S. MARINI, D. MORANA (a cura di.), *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli, 2015, 583 ss.

<sup>10</sup> È anche l'opinione di recente espressa da S. CASSESE su *ilmessaggero.it*, 03 aprile 2020, intervista di D. PIRONE.

abilitano le competenti autorità all'esercizio del potere d'eccezione. Il decreto in commento appare, cioè, un vero e proprio atto di indirizzo e coordinamento che, pur non del tutto scomparso dalla Costituzione dopo la novella del Titolo V, è stato senz'altro escluso dalla Corte costituzionale, proprio a cavallo dell'entrata in vigore della revisione, in materia di tutela della salute<sup>11</sup>.

D'altra parte è evidente che fosse, in quel momento, necessario dettare con prontezza minime misure di prevenzione e contenimento che evitassero il dilagare del contagio anche nelle Regioni che non ne risultavano ancora colpite. Tali disposizioni, inevitabilmente uniformi per le Regioni allora escluse dalla zona rossa, avrebbero ben potuto fare direttamente oggetto di apposita ordinanza del Ministro – da adottarsi, magari, previa intesa in Conferenza – in quanto a ciò abilitato dal citato art. 32 l. 833/1978<sup>12</sup>. Dunque, l'escamotage dello schema di ordinanza tipo e della contestuale intesa attesta un rispetto più formale che sostanziale delle ragioni dell'autonomia e delle istanze della leale collaborazione.

Tale circostanza rileva invero il dilemma insito nella leale collaborazione, assai noto agli studiosi del regionalismo: questa può atteggiarsi o a collante autentico fra unità e autonomia, nel senso che, negli organi e con le procedure cooperativi, centro e periferia ponderano e condividono le misure unitarie da adottare, tenuto conto delle esigenze di differenziazione territoriale<sup>13</sup>, oppure a simulacro del rispetto dell'autonomia costituzionale delle Regioni<sup>14</sup>. Il che significa che il buon esito delle procedure cooperative dipende in buona misura dalla *goodwill* degli esecutivi centrale e regionali.

Sotto altro profilo, lo svolgersi dell'emergenza ha messo in evidenza i due tratti caratteristici del vigente assetto del Servizio Sanitario Nazionale: la differenziazione regionale ed il protagonismo dell'ente Regione. La necessità di riconvertire la più gran parte delle strutture ospedaliere ordinarie in "reparti Covid" ha dato atto, fra l'altro, delle diverse funzioni svolte dall'ente Regione nell'ambito del proprio sistema sanitario, come pure del diverso ruolo delle ASL, delle aziende ospedaliere e dei soggetti privati accreditati nell'erogazione di servizi ospedalieri; i distinguo e le (non sempre coerenti) fughe in avanti di alcuni Presidenti regionali sull'utilizzo di tamponi, test sierologici, dispositivi individuali di sicurezza, farmaci anti-virali reputati utili a contrastare il virus, come pure i contrasti fra alcuni governatori del nord (ma specialmente quello lombardo) ed il Governo su tempi e modi di gestione del *lockdown* e, in prospettiva, della graduale riapertura (la cd. "fase 2") hanno messo in luce il protagonismo del circuito politico-istituzionale regionale.

Il SSN è, infatti, fortemente regionalizzato: la più gran parte delle attribuzioni in materia sono rimesse all'autonomia normativa, organizzativa, gestionale e finanziaria delle Regioni, mentre allo Stato residuo, con finalità unitarie, la fissazione dei LEA e la definizione del fondo sanitario nazionale, poi ri-

<sup>11</sup> Corte cost., 329/2003.

<sup>12</sup> Va precisato che la questione non è del tutto pacifica. Osserva, ad es., M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 129, che, «Richiamare l'art. 32 della l. n. 833 del 1978 come fondamento del potere di ordinanza del Ministro della salute [...] è corretto, ma non si deve dimenticare la significativa alterazione di quel potere determinata dalle recenti fonti emergenziali e segnalata nel testo».

<sup>13</sup> Per più approfondite riflessioni sul tema sia consentito rinviare a L. DELL'ATTI, *Teoria e prassi del governo multi-livello. Studio sul regionalismo cooperativo italiano*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 41 ss.

<sup>14</sup> Così già P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le regioni*, 1989, 473 ss. e, dopo la riforma del 2001, fra gli altri, R. BIN, *Le deboli istituzioni della leale cooperazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2002, 4184 ss.

partito fra le Regioni<sup>15</sup>. È interessante notare come, in realtà, in materia sanitaria si registra (più che su altre) un ampio ricorso agli istituti della leale collaborazione: gli atti statali adottati ai fini della fissazione dei LEA e del riparto del fondo sono precedentemente concordati in Conferenza Stato-Regioni<sup>16</sup>.

Non è questa la sede opportuna per svolgere ampie riflessioni sulla resa della differenziazione e della leale collaborazione in materia sanitaria. Tuttavia, in ragione delle disfunzioni strutturali che affliggono i moduli collaborativi di cui si è detto poco sopra, è quanto meno lecito chiedersi – anche all’esito della gestione diversificata e non sempre efficace della crisi che il Paese sta affrontando da parte di alcuni servizi sanitari regionali – fino a che punto un assetto altamente regionalizzato della sanità seguiti ad essere coerente col principio unitario in un settore di politiche pubbliche in cui quest’ultimo va declinato nel senso dell’uniformità territoriale del diritto alla salute dei cittadini.

Tale interrogativo, su cui i costituzionalisti saranno chiamati a dibattere, è tanto più urgente con riguardo all’iter – tutt’ora in corso – di attivazione della clausola di maggiore autonomia, proprio da parte di Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, anche in materia sanitaria<sup>17</sup>: la valutazione circa gli effetti realmente positivi prodotti sin qui dal regionalismo sanitario è l’inevitabile presupposto per muovere riflessioni relative alla differenziazione a monte dei modelli regionali di autonomia.

#### 4. Il regime giuridico dell’emergenza come *noumeno*

Volendo, in conclusione, ricongiungere le due direttrici dell’analisi, talune riflessioni paiono essenziali. Fra le due è, invero, riscontrabile una differenza. Sul piano del rapporto delle fonti multi-livello, infatti, le criticità sollevate dall’emergenza da COVID-19 hanno a che fare con l’ordinario. La crisi altro non ha fatto che richiamare l’attenzione dei costituzionalisti su problematiche già note dell’assetto multi-livello della Repubblica e, in particolare, sulle principali omissioni della riforma del Titolo V del 2001: la mancata costituzionalizzazione di organi e procedure collaborative, specie sul piano delle funzioni legislative<sup>18</sup>, e la mancata previsione di una clausola di unità nazionale con la conservazione, invece, della competenza legislativa concorrente all’italiana<sup>19</sup>. L’esistenza di tali lacune, in situazioni

<sup>15</sup> Sul governo multi-livello della sanità, fra i molti, v. L. CUCOLO, A. CANDIDO, *L’incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 settembre 2013; F. SAIITA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Istituzioni del federalismo*, 3-4, 2018, 789 ss.

<sup>16</sup> Sul ruolo della Conferenza Stato-Regioni in materia si v. R. BALDUZZI, *La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione concreta del principio di sussidiarietà “orizzontale”)*, in *Quaderni regionali*, 2004, 20 ss.; G. CARPANI, *Accordi e intese tra Governo e regioni nella più recente evoluzione del SSN: spunti ricostruttivi*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent’anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 35 ss.

<sup>17</sup> Con particolare riguardo al possibile impatto dell’autonomia differenziata sulla *governance* sanitaria, cfr., fra gli altri, R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2019; I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019.

<sup>18</sup> R. BIN, *Dopo il referendum: puntare seriamente sulla leale cooperazione*, in *Le regioni*, 5-6, 2016, 791 ss.

<sup>19</sup> Su tali questioni gli studiosi del regionalismo sono tornati, negli anni recenti, a dibattere. Introduzione della cd. clausola di supremazia (o flessibilità) e soppressione della competenza concorrente erano, infatti, i due tratti maggiormente innovativi della riforma costituzionale cd. Renzi-Boschi rispetto al Titolo V. Si è trattato di un dibattito ampio e plurale che, quindi, non può essere compendiato in questa sede, ma che resta un punto di ri-

in cui è evidente l'esigenza di misure unitarie, costringe le istituzioni statali alla flessione "creativa" degli strumenti costituzionali a disposizione per ottenere l'obiettivo dell'uniformazione e, soprattutto, mette a repentaglio il buon andamento delle relazioni centro-periferia. Ma si tratta di problematiche che affliggono, appunto, *ordinariamente* le dinamiche multi-livello, ogni qual volta, cioè, vengano in rilievo esigenze unitarie, non solo in situazioni emergenziali.

In entrambe le direttrici, però, un dato appare chiaro: tanto l'accostamento al decreto-legge del flessibile strumento monocratico del dpcm, quanto l'accentramento del momento decisionale nei rapporti centro-periferia avvengono piegando i *constitutional tools* a esigenze emergenziali ed unitarie a stretto rigore non contemplate dal disposto costituzionale: la cifra della crisi è, dunque, ancora, nella sua attitudine a svelare esigenze che l'ordinario cela.

Ne sono ben consci taluni ordinamenti: ricorrendo, per un istante, agli strumenti della comparazione, va rammentato, ad esempio, il caso francese: l'art. 16 CF disciplina principi e metodi di governo dell'emergenza con il fine ultimo di «assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission», altresì prevedendo l'intervento costante del *Conseil constitutionnel*, anche su istanza delle Camere, che restano *ipso iure* in sessione<sup>20</sup>.

Nonostante l'eccezione sia un fenomeno complesso da giuridificare, perché sfugge, per sua stessa natura, ad essere contenuta in previsioni rigide e prestabilite, le richiamate esigenze di coordinamento e flessibilità, sia sul piano delle fonti statali che nei rapporti multilivello, ripropongono gli interrogativi, di certo non ignoti al dibattito dottrinale<sup>21</sup> circa l'assenza nella nostra Costituzione di un modello di gestione dell'emergenza.

Si è detto sopra che proprio il dato esperienziale, che ha rivelato una flessione nel sistema delle fonti di fronte ad un fenomeno inopinato e dalla repentina mutevolezza, dovrebbe guidare le riflessioni future. Lungi dal voler muovere una proposta di mera ingegneria costituzionale, ciò che si vuole sostenere è che una costituzionalizzazione degli strumenti di governo dell'emergenza, che contemperi l'irrinunciabile esigenza, propria dello stato costituzionale moderno, di costante coinvolgimento e controllo parlamentare, con l'altra, quantomeno essenziale, di governo efficace della crisi. Un tale strumento risponderebbe ad una funzione eminentemente garantista, e si collocherebbe nel solco, già tracciato da numerosi ordinamenti, di istituzionalizzazione di momenti e processi *extra-ordinem* originariamente al di fuori del potere costituito,

È pur vero, come molti, fin dal dibattito costituente hanno affermato, che alcune esperienze – prima tra tutti quella della *Costituzione di Weimar*– dimostrano come la costituzionalizzazione di poteri eccezionali di gestione dell'emergenza possa rivelarsi uno strumento che, posto nelle mani di talune maggioranze, sia in grado di scardinare il sistema fino a degradarlo a mero simulacro, trasformando

---

ferimento assai prolifico, in ragione delle riflessioni di ordine generale sull'assetto dei rapporti Stato-Regioni che ha prodotto, destinate ad andare ben oltre il cennato tentativo di revisione costituzionale, del resto respinto dall'elettorato nelle urne del 4 dicembre 2016.

<sup>20</sup> M. GASPARD, *L'article 16 de la Constitution: les pouvoirs exceptionnels du président de la République en cas de crise majeure*.

<sup>21</sup>Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in AA.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003.



lo straordinario in ordinario. Ma, d'altronde, gran parte della esperienza del costituzionalismo moderno ha mostrato il proprio successo superando e affinando modelli passati attraverso la piena applicazione di nuove garanzie procedurali e sostanziali: l'esperienza francese della novella costituzionale del 2008 ne è un esempio, come, ancor più, la configurazione del *estado de alarma* con la previsione di una Legge Organica nella Costituzione spagnola del 1978<sup>22</sup>.

In misura differente, e con le naturali peculiarità di sistemi costituzionali per molti versi distanti, entrambe queste esperienze tendono a valorizzare alcuni elementi che paiono imprescindibili in qualsiasi riflessione moderna sullo stato di emergenza: inderogabile temporaneità della emergenza, ruolo centrale del Parlamento, garanzia dell'autonomia delle Regioni, efficacia e flessibilità di strumenti normativi di gestione della crisi, controllo costante delle azioni dell'esecutivo, sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli atti e sulla esistenza e permanenza dei presupposti dell'emergenza.

Special issue

---

<sup>22</sup> Cfr. F. FERNANDEZ SEGADO, *La Ley Organica de los estados de alarma exception y sitio*, in *Revista de Derecho Politico*, 11, 1981.



## Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità

*Alessandro Lauro\**

URGENCY AND RULE OF LAW IN THE TIME OF COVID-19: BETWEEN SOME ESSENTIAL LIMITS AND A NEEDED FLEXIBILITY

ABSTRACT: In order to cope with the CoViD-19 epidemic, the Italian Government approved two Decree-law, later ratified by Parliament, conferring the Prime Minister the power to adopt the regulation to implement the social distancing measures. The essay deals with the compatibility of such a normative method with the Italian Constitution, in particular with the principles concerning the exercise of the legislative power by the Government in emergency situations (art. 77) and the freedom of movement enshrined by art. 16 of the Italian Basic Law.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; emergency powers; executive; freedom of movement

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le peculiarità dell'emergenza pandemica nel prisma dell'art. 77 Cost. – 3. La scissione dei piani normativi, fra decreto-legge e decreto del Presidente del Consiglio: regole organizzative per l'emergenza e le regole di contenimento dell'emergenza – 4. Il potere di ordinanza (doppiamente atipico) del PdC al cospetto del principio di legalità sostanziale e procedurale – 5. L'incisione della libertà di circolazione: la necessaria "relatività" della riserva di legge dell'art. 16 Cost. alla luce della pandemia – 6. Conclusioni: gli spazi di tutela giurisdizionale e l'esigenza di interpellare la Corte costituzionale.

### 1. Introduzione



Ma, insomma, potrà avvenire che si verifichi la necessità e l'urgenza, di fronte alla quale il normale procedimento legislativo non sarà sufficiente: il terremoto, l'eruzione di un vulcano. Credete che si possa mettere nella Costituzione un articolo il quale dica che sono vietati i terremoti? [... B]isognerà pure prevedere la possibilità di questi cataclismi e disporre una forma di legislazione di urgenza, che è più provvido disciplinare e limitare piuttosto che ignorarla».

Così Piero Calamandrei interveniva il 4 marzo 1947 nella discussione generale sul progetto di Costituzione, invocando la presenza nel Testo fondamentale di uno specifico strumento normativo per fare fronte alle situazioni emergenziali.

Partendo da questo riferimento, il contributo si propone di formulare talune osservazioni sulla funzione della decretazione d'urgenza nel quadro dell'epidemia di CoViD-19, in particolare con riguardo al suo rapporto con i decreti del Presidente del Consiglio (DPCM).

---

\* Dottorando in diritto costituzionale e pubblico comparato – Università Ca' Foscari di Venezia/ Université Paris 2 Panthéon Assas. Mail: [alessandro.lauro@unive.it](mailto:alessandro.lauro@unive.it). Il presente lavoro è aggiornato al 24 aprile 2020.

## 2. Le peculiarità dell'emergenza pandemica nel prisma dell'art. 77 Cost.

Come è noto, l'art. 77 Cost. è una fattispecie "aperta", poiché i casi straordinari che autorizzano l'esercizio temporaneo e precario del potere legislativo da parte del Governo possono essere i più disparati, ivi rientrandovi non solo cataclismi naturali, ma anche impellenze di natura normativa<sup>1</sup> o esigenze di tutela della sicurezza pubblica e dell'ordine democratico<sup>2</sup>.

Oltre agli eventi naturalistici già individuati dal Calamandrei, oggi saggiamo che ai terremoti e alle eruzioni vulcaniche vanno aggiunte anche le pandemie. Il che, a ben vedere, non è privo di conseguenze sulla stessa *ratio* dei provvedimenti d'urgenza e sulle possibilità a cui tali fonti devono poter accedere per far fronte ai pericoli per la salute pubblica.

In caso di terremoto, alluvione o altra catastrofe naturale di questo tipo, i decreti-legge intervengono necessariamente *ex post*, poiché esiste un momento d'inizio dell'emergenza ben identificabile e le norme d'urgenza sono dettate allo scopo di favorire e coordinare la ricostruzione, portando assistenza alle popolazioni colpite. Non hanno cioè, in linea di massima, portata restrittiva delle sfere giuridiche dei privati (in particolare delle loro libertà), ma al contrario mostrano semmai una tendenza espansiva, attributiva di vantaggi o provvidenze<sup>3</sup>.

L'epidemia di CoViD-19 ha mostrato tutt'altra fisionomia, anzitutto sotto l'aspetto temporale. Da un lato, il momento iniziale resta di difficile determinazione: sebbene lo stato di emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24 del codice di protezione civile (d.lgs. n. 1/2018) fosse stato dichiarato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, l'epidemia si è manifestata in tutta la sua virulenza *nel nostro Paese*<sup>4</sup> durante la seconda metà di febbraio e l'atto legislativo d'urgenza che per primo ha inteso confrontarsi con il problema è stato il d.l. 23 febbraio 2020 n. 6.

Dall'altro lato, si è resa necessaria (in base ai dati epidemiologici raccolti e scambiati a livello mondiale) l'adozione di misure limitative delle libertà individuali per imporre il distanziamento sociale e frenare così il contagio, in assenza di un vaccino o di farmaci capaci di neutralizzare l'infezione.

Il d.l. n. 6/2020 risulta essere quello più significativo ai nostri fini, poiché volto ad adottare le misure di contenimento utili per rallentare la propagazione del virus e, sotto l'aspetto temporale, è intervenuto quando l'emergenza era pienamente in corso e, anzi, forse ad uno stadio meno grave rispetto

<sup>1</sup> Un esempio è dato dall'art. 52 dello Statuto speciale della Sardegna, in base al quale il Governo può sospendere, tramite decreto-legge, l'applicazione di eventuali norme ritenute dannose per l'isola dalla Giunta regionale.

<sup>2</sup> In questo caso, l'esempio è dato dall'art. 3 della legge n. 645/1953 (c.d. Legge Scelba) dedicata all'attuazione della XII disposizione finale della Costituzione.

<sup>3</sup> Si vedano, fra i più recenti, il d.l. 17 ottobre 2016 n. 189 sul terremoto nel Centro Italia o il d.l. 28 settembre 2018 n. 109, il c.d. "decreto Genova", emanato dopo il collasso del ponte Morandi.

<sup>4</sup> In passato, il legislatore d'urgenza si è attivato per fronteggiare gravi epidemie virali verificatesi in altre zone del pianeta: si veda il d.l. 9 maggio 2003 n. 103 sulla "SARS". Non era stato all'epoca necessario ricorrere a misure fortemente costrittive, ma solo a controlli preventivi. Nel 1973 vi fu un'infezione colerica che colpì in particolare la città di Napoli, a cui si fece fronte con la profilassi vaccinale già esistente. In seguito fu comunque adottato un decreto-legge (5 novembre 1973 n. 658) per aiutare le popolazioni interessate. Per contenere l'epidemia colerica diffusa in certi Stati africani e asiatici (poi arrivata a Napoli), il Ministro della Salute aveva adottato varie ordinanze di controllo dei movimenti in forza del T.U. sulle leggi sanitarie del 1934, imponendo la quarantena a chi rientrasse dai Paesi oggetto del contagio, poi revocate con varie ordinanze del 30 ottobre 1980 (v. G.U. n. 342 del 13 dicembre 1980).

agli sviluppi successivi. Sviluppi che, data la novità della situazione, non erano nemmeno chiaramente prognosticabili *a priori*, ma rispetto ai quali occorre tentativi per arginare il danno. Tale decreto è stato poi abrogato e sostituito dal d.l. n. 19/2020, che ha “chiarito” (o almeno questo era l’intendimento) alcuni punti di dubbia interpretazione, fra i quali il rapporto fra ordinanze regionali e misure nazionali.

Non pare contestabile che il decreto-legge fosse lo strumento adatto a regolare una simile emergenza.

Lo era, indubbiamente, dal punto di vista della sussistenza dei presupposti: anzi, sotto questo profilo, si tratta di uno dei non frequenti casi in cui, negli ultimi decenni, la decretazione d’urgenza ha risposto alle finalità per cui era stata pensata, cioè come strumento per far fronte ai casi straordinari e non come strumento ordinario per implementare misure considerate politicamente urgenti<sup>5</sup>, che troverebbero nello stesso dettato costituzionale, altri e più opportuni strumenti (art. 72, comma secondo, e art. 73, comma secondo). Anche l’omogeneità è stata preservata nel rapidissimo procedimento di conversione del primo decreto (dieci giorni), sfociato nella legge 5 marzo 2020 n. 13, che ha apportato pochissime modifiche (e prevalentemente di ordine formale) al testo originario.

L’aspetto problematico ha riguardato, semmai, le modalità con cui il Governo ha scelto di fronteggiare l’epidemia.

### 3. La scissione dei piani normativi, fra decreto-legge e decreto del Presidente del Consiglio: le regole organizzative per l’emergenza e le regole di contenimento dell’emergenza

Di fatti, il quadro sopra richiamato ha indotto il legislatore d’urgenza ad adottare un metodo normativo che – va detto sin da subito, e lasciando da parte l’utilizzo talvolta confuso degli strumenti da parte dei titolari – si pone agli estremi confini dell’art. 77 Cost.

La peculiarità del d.l. n. 6/2020 (replicata dal successivo d.l. n. 19) sta nel fatto che si è operata una scissione fra le regole di competenza e procedura dettate *per l’emergenza* (contenute nello stesso decreto) e le regole sostanziali da adottare per il contenimento *dell’emergenza* e lottare contro l’aumento dei contagi e il sovraffollamento ospedaliero (rinviate a successivi DPCM).

Il Governo si è quindi “spogliato” della competenza di regolare interamente l’emergenza – competenza che la Costituzione gli attribuisce con un’assunzione di responsabilità esclusiva per le regole emanate (art. 77, comma II), che è *collegiale*, (art. 95, comma II), essendo il decreto-legge deliberato dal Consiglio dei Ministri – a favore dell’organo monocratico che lo presiede.

Tale scelta ha comportato una notevole concentrazione di potere in capo al Presidente del Consiglio, secondo una valorizzazione inedita della sua responsabilità e delle prerogative di cui all’art. 95, comma primo Cost. (e inaspettata, se si pensa agli inizi della legislatura), dal momento che egli si trovava autorizzato ad apprestare limiti consistenti alle libertà fondamentali dei cittadini (principalmente di circolazione, con conseguenti riverberi sulle libertà di riunione e di iniziativa economica) su tutto il territorio nazionale, prescindendo dalla collegialità governativa e anche dal controllo del capo dello Stato (pur costantemente informato).

<sup>5</sup> Su questo “sdoppiamento” del decreto-legge: F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di) *Diritto pubblico*, 2015, 152.

Ora, il rinvio da parte del decreto-legge ad una fonte secondaria per la sua attuazione non sembra in linea con l'art. 15, comma 3 della legge n. 400/1988, il quale menziona misure di "immediata applicazione". Tuttavia, si tratta di una modalità ritenuta ammissibile da parte della giurisprudenza costituzionale, la quale non esclude il differimento degli effetti delle norme d'urgenza (sent. n. 5/2018), né che esse possano rinviare a fonti secondarie per la loro attuazione (sent. n. 99/2018). Inoltre, una verifica in concreto conduce alla constatazione che il primo DPCM "attuativo" del d.l. n. 6/2020 è stato adottato lo stesso giorno dell'atto primario, il 23 febbraio e per il d.l. n. 19/2020, pubblicato in G.U. il 26 marzo, ciò è avvenuto il 1 aprile.

Lo scopo del decreto-legge è stato allora quello di fornire una base legale per atti secondari "flessibili" ed essi stessi atipici<sup>6</sup>, nel tentativo di rispondere in maniera graduale e proporzionata (anche rispetto alle condotte assunte dai cittadini) all'evoluzione *in fieri*. In questo senso, si può allora dire che il decreto-legge ha trovato immediata applicazione, giacché ha consentito subito l'emanazione delle misure di contenimento.

La scelta di creare una base normativa distinta per questa fonte secondaria è avvenuta di fronte alla constatazione che, ai fini del contenimento, non erano sufficienti le ordinanze di protezione civile di cui all'art. 24 del d. lgs. 1/2018. Tali provvedimenti, dal punto di vista estrinseco, sono soggetti alle intese con le Regioni interessate e devono intervenire negli ambiti definiti dalla deliberazione di emergenza presa del Consiglio dei Ministri, ma in più, rispetto ai loro contenuti intrinseci (elencati allo stesso art. 24 e rivolti all'organizzazione logistica e alla "ricostruzione"), denotano una sicura insufficienza per fronteggiare il contagio e imporre consistenti limitazioni alle libertà dei cittadini su tutto il territorio nazionale<sup>7</sup>.

Neppure è stato ritenuto conveniente proseguire con una raffica di decreti-legge<sup>8</sup>. Anche questa scelta, tutto considerato, non è del tutto priva di ragionevolezza: per un verso, difatti, sulla conversione del decreto-legge pende la tagliola della decadenza retroattiva, aggravante lo stato di incertezza generalizzato che si vive nel corso della pandemia e che potrebbe avere effetti non indifferenti (si pensi, ad esempio, alle sanzioni inflitte ai contravventori delle regole sul distanziamento sociale). Per altro verso, evitare una decretazione d'urgenza continua ha consentito – con probabile sollievo dei parlamentari – di non sovraccaricare l'attività delle Camere, scongiurando il rischio di obbligare i membri del Parlamento ad essere continuamente presenti negli emicicli, soprattutto nel pieno dell'emergenza sanitaria (pur restando ferma comunque la necessità di atti aventi forza di legge per determinati interventi, come dimostrato dai decreti-legge successivi, nonché l'indiscutibile doverosità di un controllo parlamentare e un sindacato ispettivo stretto nel corso dell'emergenza).

<sup>6</sup> Sulla natura dei DPCM: S. LABRIOLA, voce *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del Diritto*, II, 1998.

<sup>7</sup> In generale sul tema del potere di ordinanza, tra gli altri: R. CAVALLA PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2, 2007, 345 ss.; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio dei poteri extra ordinem del Governo*, 2011.

<sup>8</sup> *Contra* A. VERNATA, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in questo fascicolo.

Neanche l'ipotesi "regolamentare", al fine di salvaguardare l'esigenza di collegialità della decisione governativa e l'intervento del Presidente della Repubblica<sup>9</sup>, appare del tutto calzante: il regolamento, di là dalle formalità procedurali tipiche della sua adozione (parere del Consiglio di Stato) che non lo rendono particolarmente adatto a fronteggiare un'emergenza, è un atto normativo generale che ha vocazione a modificare in maniera duratura l'ordinamento giuridico, cosa che, all'evidenza, i DPCM non intendono, né possono fare, dato che sono adottati ai fini specifici della lotta al CoViD-19.

Quanto al Presidente della Repubblica, la scelta di non coinvolgerlo formalmente nella definizione delle misure contenitive non pare censurabile anche alla luce del modello contenuto nel codice della protezione civile (sebbene già il Presidente Cossiga ritenesse – diversamente, però, dal Parlamento – necessario l'intervento del capo dello Stato in occasione delle deliberazioni dello stato d'emergenza<sup>10</sup>), poiché le scelte ricadono nella piena responsabilità del Governo<sup>11</sup> come vertice del potere esecutivo e, comunque, il controllo presidenziale potrà essere fatto valere sia sugli atti primari (decreti-legge e leggi di conversione), sia tramite i suoi poteri di esternazione e, forse, anche nelle vesti di presidente del Consiglio supremo di difesa<sup>12</sup>.

#### 4. Il potere di ordinanza (doppiamente atipico) del PdC al cospetto del principio di legalità sostanziale e procedurale

Dunque, attraverso la fonte del decreto-legge si è scelto di fornire al Presidente del Consiglio un potere di ordinanza<sup>13</sup> doppiamente atipico. Atipico perché diverso ed ulteriore rispetto al potere di ordinanza "generale" già presente nel codice di protezione civile, sicché si è creato un potere legato alla specifica emergenza CoViD-19, destinato a consumarsi con questa e ad esaurire parzialmente, ai fini del distanziamento sociale, ogni altra disposizione attributiva di poteri emergenziali<sup>14</sup>. Atipico anche rispetto ai canoni del potere di ordinanza contingibile e urgente, che è per sua stessa natura aperto a misure non tipizzate, ma richieste dalla situazione concreta: nel caso dei DPCM anti-CoViD,

<sup>9</sup> Ipotizzata da A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2020.

<sup>10</sup> Cfr. il messaggio di rinvio alle Camere del progetto di legge sulla protezione civile (A.C. X, Doc. I n. 6, 15 agosto 1990, 6).

<sup>11</sup> Lo stesso Presidente Mattarella ha ricordato che la Costituzione affida al Governo «il compito e gli strumenti per decidere» (*Dichiarazione del Presidente Mattarella sull'emergenza coronavirus*, 5 marzo 2020, in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)).

<sup>12</sup> In passato il tema della protezione civile era oggetto di riunioni del Consiglio supremo di difesa (cfr. R. BELLANDI, *Il consiglio supremo di difesa*, Tesi di dottorato, Università di Firenze, 292) e neppure si può escludere che esistano esigenze di protezione degli interessi dello Stato sia a livello interno, sia sul piano internazionale che legittimino l'attivazione dell'organo.

<sup>13</sup> In questo senso E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in questo fascicolo, nonché M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 123 ss.

<sup>14</sup> L'art. 3, comma 3 del d.l. n. 6/2020 e l'art. 3, comma 3 de d.l. n. 19/2020 sono rivelatori della circostanza che, per l'emergenza COVID, la fonte legale dei poteri coercitivi delle pubbliche autorità sono gli stessi decreti-legge. Ne consegue che atti adottati sul fondamento di altre disposizioni, fuori dai limiti dettati dagli stessi d.l., devono essere considerati afflitti dal vizio di incompetenza (se non di difetto assoluto di attribuzione, in casi di particolare abnormalità).

infatti, i decreti-legge hanno indicato un elenco di misure attuabili (il d.l. n. 6, in verità, non fissava un *numerus clausus*, cosa che invece il d.l. n. 19 ha fatto) e questa scelta si riannoda, inevitabilmente, al grado di afflittività che tali DPCM hanno nelle sfere giuridiche dei cittadini rispetto alle ordinanze già note.

Per fornire base legale al potere di ordinanza e soddisfare così il principio di legalità sostanziale (ricavabile, in particolare, dagli artt. 23, 97 e 113 Cost.) - secondo i dettami della sent. n. 115/2011 – il ricorso al decreto-legge non rappresenta una novità rispetto a scelte fatte in passato nel nostro ordinamento<sup>15</sup>.

Nel caso di specie, la legalità sostanziale è stata intesa, invero, in maniera abbastanza lata, poiché indubbiamente l'art. 1 del d.l. n. 6/2020 lasciava un ampio margine di discrezionalità all'autorità chiamata ad adottare, nei territori dove il contagio era già presente o diffuso, le misure necessarie (pur sempre «proporzionate ed adeguate») al contenimento dell'epidemia. E, difatti, il comma 2 indicava una serie di limitazioni imponibili, ma a titolo non esaustivo («Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti») ed ancora più vago si rivelava l'art. 2 destinato, in origine, alle zone non interessate dell'epidemia, che parla di «ulteriori misure», del tutto innominate, abrogato e non riprodotto dal d.l. n. 19/2020. La circostanza che quest'ultimo atto abbia «tipizzato» le restrizioni attuabili, in realtà, non muta il quadro in maniera sostanziale (vista la quantità di misure attuabili e la loro estensione).

Tale indeterminatezza sul piano sostanziale ha trovato però alcuni, opportuni bilanciamenti volti a garantire una legalità procedurale nell'esercizio degli stessi poteri. L'art. 2 del d.l. n. 19/2020 prevede l'adozione del DPCM su proposta del Ministro della Salute, sentiti vari altri ministri per i profili di loro competenza e i Presidenti di regione o il Presidente della Conferenza dei Presidenti ove tutte le regioni siano coinvolte. È pure imposto di acquisire il parere, «di norma», del Comitato tecnico-scientifico creato all'inizio dell'emergenza all'interno della Protezione civile.

È dunque richiesto un ampio lavoro istruttorio – seppur, ovviamente, contingentato nei tempi – corroborato dall'apporto di competenze tecnico-scientifiche, che pare integrare quegli aspetti di legalità procedurale nella formazione di atti normativi sub-primari a portata generale. Una legalità procedurale in grado di supplire – dal punto di vista del rispetto dei principi costituzionali – a norme attributive di potere troppo vaghe o «generose», secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, per il quale «la dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti – impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale» (CdS, VI sez., 24 maggio 2016 n. 2182).

Resta comunque vistosa la mancanza di una deliberazione del Consiglio di Ministri precedente al DPCM: tale passaggio (data la diversa incisività rispetto alle ordinanze di protezione civile) avrebbe potuto formalmente imputare alla collegialità governativa le scelte adottate in forza dell'art. 95, comma secondo, Cost., sebbene concretamente i DPCM contenenti le restrizioni siano stati adottati sentiti la stragrande maggioranza dei ministri.

<sup>15</sup> Si vedano, ad esempio, i decreti-legge n. 648/1976, n. 776/1980, n. 159/1984, tutti concernenti aiuti a popolazioni colpite da eventi sismici: ciascuno di questi prevedeva il potere del Commissario straordinario di adottare misure in deroga alla legge (F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2011, 305, nota 24).



Sul piano della legalità, il d.l. n. 19/2020 si è pure premurato di stabilire una durata dei DPCM (trenta giorni, prorogabili), fissando come termine generale la scadenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri, tutte indicazioni assenti nel precedente decreto<sup>16</sup>. Sebbene esse vadano salutate con favore, va comunque segnalato che la *temporalità* delle misure contingibili e urgenti non abbisogna, imprescindibilmente, di una predeterminazione esatta del termine, ma va verificata rispetto alla sussistenza fattuale dell'emergenza concreta (sent. n. 4/1977): è di fatti evidente come, da un lato, la possibilità di reiterazione del provvedimento renda il termine assolutamente aleatorio e, dall'altro, la durata di talune emergenze non sia determinabile *a priori*.

### 5. L'incisione della libertà di circolazione: la necessaria "relatività" della riserva di legge dell'art. 16 Cost. alla luce della pandemia

Correlato al principio di legalità, v'è il grande caposaldo costituzionale della riserva di legge, che opera come particolare criterio di riparto di competenze normative fra Parlamento e Governo. Nel contesto epidemico, la riserva che viene in rilievo è quella dell'art. 16 Cost., a mente del quale la libertà di circolazione può essere costretta solo dalle limitazioni «che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o sicurezza». La libertà di circolazione non è ovviamente l'unica colpita dalle misure di contenimento<sup>17</sup>, ma resta il presupposto di altre libertà (d'intrapresa, di riunione, di culto) che sono conseguentemente afflitte dalle sue limitazioni. Come riconosciuto dalla dottrina<sup>18</sup>, sebbene rafforzata rispetto ai limiti che lo stesso legislatore deve osservare, la riserva in questione si caratterizza per avere il carattere della "relatività". Il che implica<sup>19</sup> che il potere esecutivo può concretamente impartire ordini restrittivi della libertà dei singoli a tutela della salute come «interesse generale della collettività» (art. 32 Cost.), purché le competenze, le modalità e i limiti per attuare tali restrizioni siano definiti in via generale ed astratta dalla legge. Peraltro, nell'attuale contesto possiamo osservare come la graduazione delle misure (sul piano temporale, spaziale e rispetto alla gravità della situazione) sarebbe impensabile tramite la legge ordinaria<sup>20</sup>.

Risolto in termini positivi il rapporto fra decreto-legge e DPCM, la relazione, allora, fra l'art. 16 e il combinato disposto fra i due atti dell'Esecutivo non sembra essere così compromessa, ammettendo,

<sup>16</sup> M. DE NES, *Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in questo fascicolo.

<sup>17</sup> Sulla distinzione fra gli ambiti degli art. 13 e 16 Cost. (con rilevanza di questo nel contesto epidemico) v. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del Coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020.

<sup>18</sup> M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, 1960, 20. *Contra* D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 218

<sup>19</sup> Come del resto appariva pacifico anche nei lavori del Costituente (cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1948, 48) e come è sancito dalla giurisprudenza costituzionale in materia (in particolare sent. n. 68/1964. Si vedano anche sent. n. 264/1996, n. 51/1991, n. 12/1965, nonché Cass. Civ., sez. III, 25 luglio 2000, n. 9738 e Cass. Pen., sez. I, 21 novembre 2019, n. 7894).

<sup>20</sup> Se si valutasse la riserva di legge dell'art. 16 Cost. come assoluta bisognerebbe concludere che per creare "zone rosse" (anche in futuro) sarebbe necessaria una legge dello Stato.

con la dottrina maggioritaria e la pacifica giurisprudenza costituzionale<sup>21</sup> che i provvedimenti del Governo aventi forza di legge possono intervenire in materie coperte dalla riserva.

Inoltre, va considerato che la riserva dell'art. 16 Cost. vuole espressamente evitare restrizioni *ad personam* giustificate da biechi motivi discriminatori (in particolare politici, come evidenzia il testo della disposizione costituzionale) ed è evidente che i decreti-legge n. 6 e 19 intervengano in via generale, di fronte ad una conclamata emergenza epidemica inizialmente circoscritta a determinate porzioni del territorio, ma poi diffusasi, e che i DPCM rispettino questa vocazione.

## 6. Conclusioni: gli spazi di tutela giurisdizionale e l'esigenza di interpellare la Corte costituzionale

Dal quadro sopra rappresentato, emerge comunque chiaramente che ci si trova in una situazione che si pone, di per sé stessa, agli estremi confini della legalità costituzionale.

Il problema che, quindi, va evidenziato è soprattutto prospettico. La vera eccezionalità che stiamo vivendo non può in alcun modo fungere, secondo lasche interpretazioni, da "precedente" per orientare scelte e comportamenti istituzionali futuri, salvo che ovviamente non si presenti il medesimo grado di emergenza per la salute. *Nel caso di specie*, gli atti assunti per farvi fronte possono assolvere con *souplesse* a questo compito, ma lo scrutinio della loro legittimità dovrà restare quanto mai rigoroso.

La natura amministrativa dei DPCM rende più agevole il sindacato giurisdizionale di quanto non sarebbe avvenuto ove le misure contenitive fossero state attuate con decreto-legge<sup>22</sup> e, vista l'incisione profonda nei diritti fondamentali ad opera di uno strumento *extra ordinem*, il controllo del giudice amministrativo non può certo arrestarsi di fronte alla "discrezionalità tecnica" generalmente riconosciuta all'amministrazione.

Resta però quanto mai importante – in una situazione limite come quella presente – che il giudice delle leggi venga interrogato in via incidentale sulla compatibilità del "metodo normativo" con il quadro costituzionale e ciò al fine di meglio precisarne i limiti e eventualmente indicare *pro futuro* strade più acconce da percorrere dinanzi a urgenze sanitarie di questo tipo, la cui ripetibilità in un mondo fortemente interconnesso non può essere esclusa.

È allora auspicabile che i giudici *a quibus* favoriscano il rinvio alla Corte delle questioni di legittimità, anche interpretando in maniera meno rigida il requisito della non manifesta infondatezza, per evitare il formarsi di "zone d'ombra" sottratte al controllo di costituzionalità sugli atti normativi adottati per contrastare l'epidemia. Soprattutto in tempi eccezionali, è imprescindibile che le ordinarie garanzie dell'ordinamento democratico non si fermino, ma anzi, vengano favorite, per tornare il prima possibile ad una piena normalità democratica.

<sup>21</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *op. cit.*, 47. Per la giurisprudenza della Corte costituzionale v. da ultimo la sent. n. 10/2015.

<sup>22</sup> In senso critico I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020.

## Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19

Giulio Battistella\*

STATE OF NECESSITY, LIBERTY RESTRICTIONS AND PROPORTIONALITY TEST

ABSTRACT: In order to contrast the CoViD-19 pandemic emergency, the Italian Government imposed several restrictions on fundamental liberties, and in some cases even suspended them. Although many administrative tribunals eventually confirmed the legitimacy of those measures, this article discusses it from the point of view of constitutional law, especially on the basis of the proportionality test.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; liberty restrictions; proportionality test; balancing of interests

SOMMARIO: 1. Le ragioni della scienza e gli strumenti del diritto – 2. Emergenza e bilanciamenti dei diritti: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19 – 3. Alcuni esempi pratici. Conclusioni.

### 1. Le ragioni della scienza e gli strumenti del diritto

Come noto, il 30 gennaio 2020 l'OMS ha definito l'epidemia da CoViD-19 «un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale», e il giorno successivo il Consiglio dei ministri ha dichiarato «lo stato di emergenza nazionale connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (ex art. 24 del D. Lgs. 02.01.2018, n. 1). Per far fronte alla crisi sanitaria che in breve tempo è esplosa nel nostro Paese, sono state introdotte misure che hanno fortemente limitato, quando non sospeso, molti dei diritti e delle libertà costituzionali. Nel presente scritto si discuterà della loro proporzionalità in relazione al contesto scientifico, economico e sanitario nel quale si inseriva l'azione governativa.

Il quadro critico che stiamo vivendo non ha precedenti dal secondo dopoguerra, ed è reso più incerto dallo stretto intreccio tra i profili tecnico-scientifici del fenomeno epidemiologico e i profili politico-discrezionali nella gestione dell'emergenza. I dati scientifici e le valutazioni tecniche che connotano lo specifico ambito che si va a normare rappresentano un elemento istruttorio imprescindibile, che conferisce alla scelta politica la necessaria legittimazione sotto il profilo della ragionevolezza scientifica<sup>1</sup>: non a caso, all'art. 2, co. 1 del D.L. 25.03.2020, n. 19 è prescritto che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adot-

\* *Dottorando in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università degli Studi di Trento. Mail: [giulio.battistella@unitn.it](mailto:giulio.battistella@unitn.it). Il presente lavoro è aggiornato al 8 maggio 2020.*

<sup>1</sup> S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del Diritto*, 2, 2015, 271 ss; *Id.*, *La legge della scienza*, Napoli, 2015.

tati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico» (ma si veda anche l'art. 19 del D. Lgs. n. 1/2018).

Ad oggi, la giurisprudenza costituzionale che si è espressa sul rapporto tra discrezionalità degli organi politici e cognizioni scientifiche è giunta ad affermare, da un lato, un divieto di ingerenza del legislatore rispetto alla scelta delle tecniche terapeutiche ammesse in campo medico (Corte cost., sentt. 282/2002, 151/2009, 162/2014), dall'altro, in generale con riferimento ai saperi tecnico-specialistici, un dovere di giustificazione/adequatezza della scelta politico-discrezionale alla luce «delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite» (Corte cost., sentt. 274/2014, 5/2018).

Sebbene le informazioni sul virus SARS-CoV-2 siano (tuttora) parziali e frammentarie, la comunità scientifica ha nondimeno immediatamente convenuto sul fatto che il distanziamento sociale fosse l'unico metodo efficace a contenerlo (in assenza di un valido vaccino). Quanto alle modalità di attuazione del distanziamento, il Governo disponeva di un certo margine discrezionale, che poteva andare da misure più blande (sancendo l'obbligo di indossare dispositivi di protezione e mantenere la distanza di sicurezza obbligatoria) ad altre più incisive (come la chiusura totale dei luoghi pubblici e aperti al pubblico, la sospensione delle attività scolastiche e lavorative, l'obbligo di rimanere a casa).

Dal quadro scientifico conosciuto a metà febbraio non discendeva, comunque, alcuna scelta politicamente vincolata, da un lato perché le prime epifanie di CoViD-19 in Italia non facevano presagire la gravità del fenomeno per come poi si sarebbe rivelato, dall'altro perché la gestione dell'epidemia non si riduce ad un mero fatto di scienza. La "riserva di scienza" si arresta, infatti, alla configurazione in termini scientifici di un dato di fatto extra-normativo avente riflessi giuridicamente rilevanti, mentre il dispiegamento di mezzi e strategie per farvi fronte è compito del decisore politico, la cui valutazione, se certamente viene ad essere incisa dalle risultanze medico-biologiche, non si riduce ad esse.

La risposta politica, al contrario, deve essere conforme nel suo complesso al quadro assiologico definito in Costituzione, laddove – accanto alle esigenze di tutela della salute come «diritto del singolo e interesse della collettività» (art. 32) e di difesa delle persone vulnerabili – trovano fondamento altre e concorrenti istanze di ordine economico, sociale, educativo ed assistenziale, quali la libertà personale (art. 13), la libertà di circolazione (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), la libertà di culto (art. 19), la libertà d'iniziativa economica privata (art. 41), il diritto all'istruzione (art. 34) e il diritto/dovere al lavoro (art. 4).

## 2. Emergenza e bilanciamento dei diritti: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19

Nell'ottica di consentire il ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali potenzialmente in conflitto, la Costituzione italiana accosta sempre ciascun diritto al suo limite. A tal proposito, la Corte ha recentemente ribadito che dal bilanciamento non può derivare «né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di uno di loro» (Corte cost., sent. 58/2018).

Tuttavia, nel nostro caso, non di mera compressione può parlarsi, perché gli spazi per l'esercizio di alcune elementari libertà sono stati completamente soppressi<sup>2</sup>. Se è vero che la situazione sanitaria del

<sup>2</sup> G. LATTANZI, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia Insieme*, intervista a cura di F. De Stefano, 2 marzo 2020.

nostro Paese è grave e meritava di essere affrontata con rigore, nondimeno la sospensione delle libertà costituzionali deve rappresentare l'*extrema ratio* tra le soluzioni astrattamente prospettabili, quale epilogo di un bilanciamento che porta a far soccombere le libertà individuali solo allorquando si palesi irragionevole il sacrificio – anche parziale – di qualunque altro bene concorrente, ovvero laddove il rischio (astratto) di un *vulnus* più grave dei valori in gioco faccia prospettare come unica alternativa ammissibile la sospensione delle libertà individuali a favore dei beni collettivi (la salute pubblica, la sicurezza pubblica).

La natura collettiva o super-individuale di un bene costituzionalmente tutelato non determina *per se* che i diritti e le libertà individuali siano senz'altro recessivi rispetto al primo (Corte cost., sent. 70/2015): la Corte costituzionale ha sul punto chiarito che la Costituzione non contempla ordini pre-stabiliti di preferenza tra valori costituzionali concorrenti (Corte cost., sent. 85/2013), e che semmai l'eventuale preponderanza accordata ad uno di essi deve giustificarsi alla luce del peculiare contesto in cui si radica il conflitto, secondo una valutazione casistica che varia al mutare del tempo e delle circostanze.

Se si assume che, in circostanze assolutamente eccezionali e inedite, è concesso di sopprimere temporaneamente (e per quanto di necessità) alcune di quelle libertà, ciò tuttavia non può costituire l'esito di una decisione scientificamente necessitata, perché il bilanciamento d'interessi è un atto di responsabilità politica riservato agli organi di Governo e non della scienza, che viene svolto sulla base di un raffronto tra più scenari ipotizzabili secondo una diversa modulazione dei beni giuridici in conflitto, «tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente esistenti» (Corte cost., sent. 1130/1988).

Le circostanze in presenza delle quali il Governo ha dovuto intervenire comprendevano da un lato i presupposti scientifici che definivano le caratteristiche epidemiologiche del SARS-CoV-2, dall'altro le problematiche connesse alla gestione dell'epidemia in relazione ai territori più colpiti, alla solidità dei sistemi sanitari regionali, al contesto economico e demografico locale.

Un limite intrinseco cui soggiace anche la normazione d'emergenza è la ragionevolezza e proporzionalità delle misure con essa introdotte, secondo uno scrutinio articolato in tre test: necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto. Ciascuno dei tre test esprime l'idea di ottimizzazione, rispondendo all'esigenza di massimizzare i benefici conseguibili sacrificando nella misura più ridotta possibile i costi in danno dei soggetti che sono colpiti dalle misure<sup>3</sup>.

Dal punto di vista pratico, le misure messe in atto dal Governo italiano sono senz'altro necessarie per fronteggiare l'emergenza, avuto riguardo allo specifico contesto nel quale le pubbliche autorità sono chiamate ad intervenire: trattandosi di una crisi di natura epidemica, nella quale il rischio di infezione è direttamente collegato all'interazione e al contatto tra le persone, la limitazione degli spostamenti e l'obbligo di distanziamento sociale tra individui (anche sui luoghi di lavoro) rappresentano l'unica forma di intervento praticabile<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> R. ALEXY, *Constitutional Rights, Democracy and Representation*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2015, 23 ss.

<sup>4</sup> V. quanto premesso nel D.L. 23.02.2020, n. 6, ma anche in alcune ordinanze regionali, come ad es. l'ord. n. 33 del 20.03.2020 del Presidente della Regione Veneto, in cui si dà conto che «le unanimi indicazioni del mondo scientifico e delle autorità politico-amministrative sono nel senso che l'unico strumento di prevenzione del contagio del virus, assolutamente necessaria a fronte della persistente assenza di mezzi di cura vaccinale, rimane

Anche sotto il profilo della adeguatezza, non può dubitarsi che le misure adottate siano adeguate e idonee a combattere il fattore di rischio principale che contribuisce a far dilagare l'epidemia, cioè le occasioni di contatto con soggetti potenzialmente già infetti. Tanto lo scrutinio inerente alla necessità quanto quello relativo all'adeguatezza delle misure attuate giustificano le conclusioni raggiunte alla luce delle valutazioni svolte dalle autorità scientifiche ufficiali.

Più complesso, invece, si fa il discorso in relazione al test di stretta proporzionalità. Già il D.L. n. 6/2020, all'art. 1, co. 1, prevedeva che «le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», prefigurando quindi forme di intervento ispirate al principio di progressività. Su questa linea, bene ha fatto il Governo a differenziare – almeno inizialmente – le misure introdotte per i territori compresi nella “zona rossa” e le misure dirette a prevenire la diffusione del contagio oltre le aree interessate, come è avvenuto con i D.P.C.M. del 23.02.2020 e del 25.02.2020. In un contesto scientificamente incerto come quello di metà febbraio era corretto cercare soluzioni più compromissorie, nel senso cioè di un giusto temperamento tra le istanze di sicurezza e quelle di libertà. Forse, se si fosse data più importanza ad alcune avvisaglie sull'aggressività del virus che venivano dalla Cina, si sarebbero potute anticipare alcune misure di prevenzione o di contenimento sociale, ma non era affatto scontato che si fosse già in presenza dei presupposti per il *lockdown*.

Il Governo ha poi ulteriormente differenziato i regimi tra le varie aree del Paese con il D.P.C.M. del 01.03.2020, distinguendo tra i comuni che erano già stati isolati (art. 1) e le altre Regioni e province variamente lambite dal fenomeno (art. 2), permettendo in queste ultime la continuazione delle normali attività quotidiane (es. attività commerciali, di ristorazione, frequenza di luoghi di culto e di cultura, attività sportiva all'aperto), e disponendo alcune misure da attuarsi sull'intero territorio nazionale (artt. 3 e 4). In seguito, con il D.P.C.M. del 08.03.2020 (che è intervenuto ad inasprire le misure già introdotte con i D.P.C.M. del 01.03.2020 e del 04.03.2020, abrogandoli), ritenuto di doversi «procedere a una rimodulazione delle aree nonché individuare ulteriori misure a carattere nazionale», il Governo ha sospeso per l'intero territorio nazionale tutti gli eventi, riunioni, manifestazioni organizzate (di qualunque genere esse fossero). Il giorno successivo, con il D.P.C.M. del 09.03.2020, è stato poi esteso a tutto il territorio nazionale il regime introdotto con il precedente D.P.C.M. per i territori già inclusi nella “zona rossa”, e con il D.P.C.M. del 11.03.2020 sono state sospese alcune attività imprenditoriali prima consentite. Infine, con il D.P.C.M. del 22.03.2020, è stato ulteriormente esteso il novero delle attività industriali e commerciali sospese (art. 1, co. 1, lett. a) e sancito il divieto di spostarsi in un comune diverso da quello di attuale permanenza (art. 1, co. 1, lett. b).

Ora, la rapida rassegna della su richiamata normativa dimostra uno sforzo di differenziazione da parte dell'Esecutivo, al fine di evitare – per quanto possibile – di estendere divieti e sospensioni oltre lo stretto necessario, annettendo entro un magmatico e indifferenziato regime situazioni anche molto diverse (si pensi alle specificità economiche e demografiche di ciascun territorio, o alla intrinseca diversità di mercato di ciascun settore produttivo)<sup>5</sup>.

---

l'eliminazione dei contatti tra persone fisiche non presidiati da idonee misure (quali la distanza) e dispositivi (quali la mascherina)».

<sup>5</sup> Più dubbiosi M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in questo fascicolo.



### 3. Alcuni esempi pratici. Conclusioni

Alla normativa nazionale, tuttavia, si è presto aggiunta una congerie di decreti e ordinanze da parte dei Presidenti di Regione (e, in alcuni casi, anche di sindaci), che a loro volta hanno inasprito le disposizioni già esistenti. A prescindere dalla legittimità dell'intervento regionale *in peius* alla luce del riparto di competenza<sup>6</sup>, vi sono ragioni per dubitare della effettiva necessità (o comunque della proporzionalità) di inasprire le limitazioni già introdotte a livello nazionale, creando tra l'altro delle disparità di trattamento nel godimento dei diritti fondamentali.

Si consideri il caso dell'ordinanza contingibile e urgente n. 16 del 11.04.2020 del Presidente della Regione Siciliana, con cui si è reiterato il divieto (già disposto con precedente ordinanza) di «ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori», nemmeno nei pressi della propria abitazione, neppure per pochi minuti, indipendentemente dall'utilizzo di dispositivi di protezione o dall'adozione delle opportune cautele. Nel respingere l'istanza di misure cautelari formulata da due genitori nel ricorso introduttivo, il TAR Sicilia argomenta che «gli aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica [...] appaiono prevalenti rispetto agli interessi e alla posizione giuridica dei ricorrenti, essendo, i predetti aspetti, correlati sia alla oramai conclamata e progressiva situazione di emergenza epidemiologica, sia all'esigenza di scoraggiare a priori, specificamente nella realtà siciliana, possibili espedienti e comportamenti elusivi della quarantena generalizzata» (T.A.R. Sicilia, dec. 17.04.2020, n. 458).

Gli assunti da cui parte la motivazione del giudice amministrativo sono impeccabili, però viene naturale porsi una domanda: gli «aspetti di massima prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica» si perseguono impedendo ad un bambino di fare una corsa di quindici minuti intorno a casa sua, a fronte delle 23 ore e 45 minuti giornalieri che trascorre, magari, in un appartamento angusto di città? È, in verità, difficile credere che non esista alcuna alternativa più mite per conciliare in maniera più proporzionale le ragioni della salute pubblica con le (minime) istanze di libertà del singolo. La soluzione dell'autorità mi sembra inoltre irragionevole in rapporto ad altre fattispecie in cui la libertà di movimento è implicata: come infatti è possibile spostarsi per andare a fare la spesa e recarsi a lavoro, una minima libertà dovrebbe essere consentita per tutte quelle attività che serbino un livello di rischio pari o inferiore (come appunto fare pochi passi fuori da casa propria).

Probabilmente lo spirito condiscendente del G.A. si spiega alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, e cioè nella prospettiva di escludere in principio eccezioni alla regola per non dar corso a quegli «espedienti e comportamenti elusivi» che, nella prassi, si verificano non appena si intravedono spiragli utili alla propria causa. E forse, proprio perché il giudice non ha gli strumenti per valutare l'impatto delle conseguenze delle proprie decisioni sul sistema sanitario e finanziario regionale in caso aggravamento dell'epidemia, potrebbe anche giustificarsi il *self-restraint* del TAR, alla luce del fatto che il Governo regionale è l'organo *best-positioned* a svolgere questo genere di valutazioni (essenzialmente politiche), che presuppongono la conoscenza dell'attuale stato di fatto dell'apparato amministrativo regionale. Ciò, tuttavia, non vale a fugare ogni dubbio.

<sup>6</sup> Critico V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 882.

La corretta strategia per far fronte all'emergenza secondo modalità costituzionalmente sostenibili dovrebbe far leva sulla previsione di soluzioni per le quali, a fronte delle infinite occasioni quotidiane che le persone hanno per esercitare un diritto/libertà, si prevedano meccanismi atti non a eliminarle, bensì a contenerle secondo criteri ragionevolmente accettabili. In relazione, ad esempio, alla necessità di recarsi periodicamente a fare la spesa per approvvigionarsi dei beni di prima necessità, riscontrata la diffusa tendenza nella popolazione ad eludere i divieti alla circolazione per recarsi più volte alla settimana a fare la spesa, il TAR Sardegna ha ritenuto ragionevole l'ordinanza sindacale che contingeva in via imperativa la spesa presso le strutture di vendita ovvero panifici, macellerie, pescherie, frutta e verdura da parte di un solo componente di ciascun nucleo familiare, rispettivamente per due volte alla settimana nella prima ipotesi e una volta al giorno per le altre, poiché da un lato essa non elimina la libertà su cui incide, mentre dall'altro poggia sulla rilevazione istruttoria in base alla quale «continuano a registrarsi comportamenti personali in violazione delle disposizioni riguardanti il precetto di ogni forma di assembramento in particolar modo presso gli enti erogatori di servizi pubblici e presso gli esercizi commerciali di maggiore entità» (T.A.R. Sardegna, Sez. I, dec. 07.04.2020, n. 122).

Lo stesso dicasi con riguardo ad altre libertà personali, tra cui anche la libertà di riunione in luogo pubblico (art. 17, co. 3 Cost.). Fermo restando che la modalità "aggregata" con cui si esercita tale diritto aumenta il rischio di diffusione del virus, l'amministrazione non dovrebbe *a priori* precluderne l'esercizio, dovendo semmai valutare se esistano le condizioni affinché la riunione possa svolgersi in sicurezza. L'emergenza non deve tradursi, infatti, in un'abdicazione di funzioni per la PA, la quale dovrebbe semmai avere un ruolo "costituzionalmente proattivo" nella ricerca di modalità d'esercizio dei diritti in linea con l'esigenza di garantire la salute pubblica e la pubblica sicurezza.

In questa direzione si è recentemente espresso anche il Tribunale Costituzionale Federale tedesco (BVerfG, 1 BvR 828/20, ordinanza del 15.04.2020), per il quale l'amministrazione non è legittimata a vietare dappprincipio una manifestazione in luogo pubblico senza nemmeno avere preso in esame le condizioni di sicurezza che gli organizzatori avevano a tal fine predisposto (numero limitato di partecipanti, cartelli a contrassegno del percorso da seguire e delle misure di sicurezza individuale, distanziamento minimo di 1,5 metri, soste non superiori ai 15 minuti). In termini ancora più espliciti si pronuncia lo stesso Tribunale federale in una ordinanza di poco successiva (BVerfG, 1 BvQ 37/20, ordinanza del 17.04.2020), ove si afferma che «in quanto libertà tesa alla formazione dell'opinione pubblica, la libertà di riunione è elemento costitutivo di un ordinamento liberal-democratico» (§ 19) e che «prima di esercitare restrizioni sulla libertà di riunione, l'amministrazione competente deve sforzarsi di addivenire ad una soluzione conciliante e concordata col promotore dell'evento» (§ 25). Secondo il Tribunale Costituzionale Federale, laddove ad essere implicata sia una libertà espressiva del dissenso verso l'indirizzo politico di governo, a maggior ragione è necessario che il rigetto della domanda da parte dell'amministrazione sia giustificato alla luce di uno stretto vaglio di proporzionalità, dato che il dissenso è utile solo quando v'è da "farsi sentire", e non avrebbe senso rinviare le proteste contro le restrizioni anti-COVID-19 alla fine dell'emergenza.

La scelta (in ultimo confermata dal D.P.C.M. del 26.04.2020, art. 1) di sospendere ogni forma di assembramento (lett. d), eventi e competizioni sportive (lett. g), manifestazioni eventi e spettacoli con presenza di pubblico (lett. i) rimane senz'altro legittima anche alla luce degli ultimi dati sull'epidemia,

a maggior ragione se hanno luogo al chiuso. Lo stesso vale anche per l'esercizio collettivo dei culti religiosi: a prescindere, infatti, dall'eventuale adozione di misure di sicurezza interpersonali, il raggruppamento di più persone in un luogo chiuso aggrava notevolmente il rischio di contrarre l'infezione a causa dello scarso ricambio di aria (in senso conforme anche BVerfG, 1 BvQ 31/20, ordinanza del 10.04.2020), a meno che ulteriori evidenze scientifiche non sanciscano la possibilità di svolgere assembramenti al chiuso in maniera sicura.

Più cauto, invece, è il mio giudizio rispetto alla sospensione delle attività economiche: sui posti di lavoro è (quasi) inevitabile che vi siano interscambi con colleghi e clienti, e trattandosi nella stragrande maggioranza dei casi di spazi assai contenuti ove lavorano decine di persone in simultanea, il rischio di favorire la propagazione del virus è assai alto. Ritengo dunque non irragionevole la scelta governativa (D.P.C.M. del 22.03.2020, in larga parte confermate dal D.P.C.M. del 26.04.2020) di chiudere *ex abrupto* alcune attività nella fase più critica dell'emergenza, salvo permettere la continuazione delle attività strategiche e indispensabili di cui all'allegato n. 1 al D.P.C.M. (ex art. 1, co. 1, lett. a), ovvero delle attività suscettibili d'essere «organizzate in modalità a distanza o lavoro agile» (lett. c), nonché delle altre attività per le quali sia prevista la previa comunicazione al prefetto (lett. d e lett. g) ovvero la sua previa autorizzazione (lett. h).

Ovviamente il regime esposto rimane valido *rebus sic stantibus*, nella misura in cui non mutino i presupposti fattuali che consentano, in ipotesi, la ripresa delle attività economiche e la riespansione delle libertà. Se è vero che il D.P.C.M. del 26 aprile ha allentato alcune delle misure di rigore in vista della c.d. "fase 2" (frattanto per il periodo che va dal 4 al 17 maggio, ex art. 10, co. 1), alla luce degli incoraggianti sviluppi sul contenimento dell'epidemia, non dovrebbe essere ostacolata la volontà di alcune amministrazioni regionali di anticipare le riaperture, in virtù di una valutazione autonomamente svolta sulla base della specificità di ciascun territorio.

Se infatti il bilanciamento è un'operazione di natura politica che pertiene a chi si trova nella posizione più favorevole e dispone delle informazioni più aggiornate per valutare la soluzione migliore in relazione alla propria specifica situazione, le Regioni dovrebbero essere lasciate libere di derogare *in melius* alle norme statali (nonostante l'art. 3, co. 1 del D.L. 19/2020 consenta loro solo di «introdurre misure ulteriormente restrittive»), magari anche in combinazione con l'attuazione di misure di profilassi ulteriori rispetto a quelle statali. Questa soluzione lascia peraltro impregiudicata la possibilità per lo Stato centrale di intervenire in via sostitutiva nel caso in cui le misure regionali si rivelassero inadeguate o insufficienti a contrastare l'epidemia, o addirittura comportino il rischio di un suo aggravamento, ovvero sia richiesta una gestione unitaria della crisi (art. 120, co. 2 Cost.).

Del resto, il *lockdown* non è una situazione a lungo sostenibile, e adesso è venuto il momento di rimediare alle situazioni di disagio familiare, psicologico, educativo, assistenziale e lavorativo che la pur necessaria chiusura forzata ha provocato nel tessuto sociale. Anche qualora il rischio di contagio non fosse completamente debellato, il ritorno graduale alla normalità è un'esigenza ancor più superiore della tutela assoluta della salute, sicché da una logica prettamente precauzionale bisognerebbe passare ad una logica fondata sulla responsabilizzazione dei comportamenti individuali. Se è vero, infatti, che la Costituzione contempla valori che trascendono l'interesse dell'individuo, è anche vero che la scommessa della democrazia consiste nel dare fiducia alla responsabilità di ciascuno di noi.



## Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"

**Andrea Vernata**

*Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università Roma – La Sapienza.*

*Mail: [andrea.vernata@uniroma1.it](mailto:andrea.vernata@uniroma1.it).*

### 1. Introduzione. Una questione di metodo

Le misure adottate in relazione alla grave emergenza da CoViD-19 che ha colpito di recente il nostro Paese sono note e si sono rese necessarie in ragione della rapida diffusione del relativo virus su tutto il territorio nazionale. Proposito del presente contributo, tuttavia, non è quello di approfondire il tenore e la tipologia di simili misure – cosa che appare di sicuro interesse ma che rischia di trascinare in un dibattito intorno all'operato del Governo in generale – bensì quello di approfondire le modalità con cui esse siano state adottate, al fine di verificare, quello sì, se dette modalità – anche per le materie che hanno interessato – possano ritenersi in linea con il dettato costituzionale ovvero si renda necessaria una più articolata riflessione in merito. A tal fine, ci si propone di muovere dalla più recente evoluzione del ricorso alla decretazione d'urgenza per evidenziare quelle che sembrano essere le più rilevanti linee di tendenza che caratterizzano tale fonte normativa, per poi passare ad analizzare quale ruolo abbia rivestito l'art. 77 Cost. nell'azione di contrasto all'emergenza epidemiologica posta in essere dal Governo.

### 2. La decretazione d'urgenza: alcuni spunti di riflessione e... qualche numero

Quello dell'abuso dei decreti-legge è un tema risalente e di estrema centralità, che non può, però, essere affrontato compiutamente in

questa sede, in cui appare più utile limitarsi a richiamare pochi – ed emblematici – dati relativi alla XVII e XVIII Legislatura al fine di evidenziare alcuni profili di interesse per la trattazione successiva.

In entrambe le legislature i decreti-legge hanno rappresentato, in media, circa un quinto della produzione normativa di rango primario, la quale si è composta per circa il 27%, da leggi di conversione e per il restante 42%, circa, da leggi in "materia estera" (autorizzazioni alla ratifica, legge europea ecc.). Per quanto riguarda i decreti legislativi e le leggi di autorizzazione dei regolamenti in delegificazione, invece, può dirsi come essi abbiano costituito, rispettivamente, il 37% e il 5%, circa, della produzione normativa primaria.

Ricavato che il 60% della normativa di rango primario ha ormai natura di atto avente forza di legge ci si può soffermare sull'utilizzo che le forze politiche hanno fatto, sinora, della decretazione d'urgenza, anche alla luce del rispetto del presupposto di «straordinaria necessità e urgenza» di cui all'art. art. 77 Cost.

Due i punti che appaiono di maggiore interesse. Il primo attiene proprio a quella che potrebbe definirsi la "manifesta assenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza" e che riguarda sia la prassi – invero non nuova – dell'intervallo temporale tra approvazione del decreto-legge e sua entrata in vigore (così, di recente, il d.l. "Genova" n. 109/2018, con un intervallo di 15 giorni e il caso emblematico del d.l. n. 74/2014, con un intervallo di 24 giorni), sia alcuni documenti di programmazione economica del Governo che, addirittura, preannunciano e rimandano alla futura approvazione di decreti-legge contenenti misure strumentali al perseguimento della strategia di bilancio (cfr. Nota di aggiornamento al DEF 2018, 69, e Documenti di economia e finanza 2019, IV).

Il secondo punto, forse più delicato, concerne l'aumento dei provvedimenti legislativi approvati in singola lettura da ciascuna camera. Aspetto di per sé non necessariamente preoccupante, ma che assume profili allarmanti se riferito alle leggi di conversione e se si considera che, proprio di recente, si registra la tendenza ad approvare detti provvedimenti – di fatto – con la sola lettura di un'unica camera, come avvenuto per il d.l. “fiscale” n. 124/2019, fino al d.l. “intercettazioni” n. 161/2019, passando per il d.l. “Bari” n. 142/2019 e per il d.l. “mille-proroghe” n. 162/2019, non potendo dimenticare, comunque, il caso maggiormente importante ed emblematico – sia pure non “di conversione” – rappresentato dalla legge di bilancio 2020, anch'essa approvata, di fatto, con la sola lettura del Senato, anche se in controtendenza rispetto a quanto avvenuto l'anno precedente che, come noto, ha visto il Parlamento approvare il testo della legge di bilancio “a scatola chiusa” e senza alcun margine di intervento.

Può dirsi incidentalmente come l'utilizzo del termine di decadenza del decreto-legge quale vera e propria spada di Damocle con cui costringere il Parlamento a optare fra la singola lettura fattuale e la decadenza appaia decisamente incoerente rispetto all'impianto costituzionale dettato in materia di decretazione d'urgenza e di *iter legis* e si riveli in grado di compromettere, in particolare, le prerogative parlamentari di quella seconda camera che, in prima lettura, si vede recapitare il testo a circa una settimana dalla decadenza e su cui, per più di 50 giorni, hanno lavorato i colleghi della prima camera.

Del tutto conseguente, dunque, appare il fatto che la conversione dei decreti-leggi rappresenti, ormai e sempre più, una vera e propria “valvola di sfogo” delle iniziative legislative dei singoli parlamentari, i quali, consapevoli dei più brevi termini di approvazione e con la minaccia

dell'ostruzionismo, proprio in sede di conversione tendono a inserire gli ambiti di legislazione più disparati, contribuendo a rafforzare il tendenziale carattere (già di per sé) “*omnibus*” dei decreti-legge di più recente emanazione. Non sorprende, pertanto, che la Corte costituzionale, nei tempi più recenti, abbia ribadito più volte quanto affermato con la sentenza n. 22/2012 – laddove, in relazione a un “decreto mille-proroghe”, ha dichiarato incostituzionale l'inserimento, in sede di conversione, di «emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario» – come avvenuto, ad esempio, con le sentt. nn. 237/2013, 32/2014, 226 e 247/2019 e con le recentissime ordinanze nn. 274 e 275 del 2019. Ribadimento che, tuttavia, è rimasto ancora inascoltato, da ultimo proprio con un “decreto mille-proroghe” (quello 2020), che, nonostante recasse già le norme più disparate – dalle tradizionali proroghe alla ristrutturazione dei debiti degli enti locali, passando per la riorganizzazione di Consiglio di Stato e Corte dei conti – in sede di conversione si è arricchito di norme in materia di cartolarizzazione dei crediti, assicurazioni, piani di edilizia sanitaria, contributi all'editoria, riorganizzazione delle agenzie fiscali, contabilità degli enti locali, monopattini elettrici, *export*, ecc.

### 3. L'insofferenza verso un modello? Dalla decretazione d'urgenza alla decretazione ministeriale

Dai dati sopra richiamati si ricava una certa riluttanza del legislatore a riconoscere la natura straordinaria del decreto-legge, se non una vera e propria insofferenza verso le forme della legislazione ordinaria – di natura propriamente parlamentare – la quale, in ultima analisi, pare evidenziare un deciso spostamento dell'asse normativo sul versante dell'Esecutivo (inteso non solo come Governo, ma anche come PA).

Il dato pare potersi trarre anche da un ulteriore fenomeno, che è quello del rinvio della normativa di rango primario a provvedimenti di attuazione di natura non legislativa. Attualmente se ne contano circa 850, di cui il 50% sono previsti da leggi di conversione e più di due terzi fanno riferimento a decreti ministeriali e del Presidente del Consiglio dei ministri.

Anche volendo ritenere perfettamente "naturale" un simile ricorso alla normativa sub-secondaria, ciò che deve sottolinearsi è che non è affatto infrequente che l'entrata in vigore di importanti riforme o istituti venga resa inefficace dalla mancata adozione – nei termini di legge previsti – del decreto ministeriale di attuazione, rendendo quest'ultimo idoneo a configurarsi quale mezzo di sostanziale neutralizzazione della produzione normativa primaria approvata dal legislatore.

Si tratta, anche in questo caso, di una tendenza che appare in qualche modo fondamentale e da cui sembra opportuno muovere per spostarsi ad analizzare le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza da CoViD-19 e che, in una certa misura, paiono addirittura dimostrare il superamento di quell'autorevole dottrina che pure si era proposta di contemperare le prassi in materia di decretazione d'urgenza distinguendo la stessa tra "ordinaria" e "straordinaria".

#### 4. Il Governo dinanzi al CoViD-19 (o Coronavirus). Tramonto del principio di legalità in senso sostanziale?

L'emergenza da CoViD-19 sembra rappresentare un caso emblematico di come la normazione sub-secondaria si stia, man mano, appropriando di terreni e ambiti della legislazione sempre più ampi e (spesso) dai confini piuttosto incerti. Essa, però, pare in qualche modo essersi riuscita a mettere tanto in continuità che in discontinuità rispetto alla prassi dell'abuso della decretazione

d'urgenza: in discontinuità perché, in presenza di una straordinaria necessità e urgenza non pretestuosa e incontrovertibile, se ne è fatto un uso "minimo"; in continuità perché la predilezione per la fontesub-secondaria appare teleologicamente coerente rispetto alle linee di tendenza richiamate poc'anzi.

A partire dal decreto-legge n. 6/2020 – e in particolare del suo art. 3, ove si prevede che le misure atte a gestire ed evitare la diffusione del CoViD-19 vengano adottate con uno o più DPCM – i provvedimenti adottati per fronteggiare l'emergenza constano, ad oggi, di ulteriori quattro decreti-legge (nn. 9, 11, 14 e 18 del 2020, rispettivamente recanti misure di sostegno economico a cittadini e imprese, misure a tutela del funzionamento del sistema giudiziario, misure per il potenziamento del SSN e il cd. "Cura Italia") e sette DPCM (del 23 e 25 febbraio, nonché dell'1, 4, 8, 9 e 11 marzo 2020).

Volendo concentrarsi solo su questi ultimi – senza approfondirne le misure che sono, per lo più, note, né scendere nel merito – si può rilevare come la normativa in essi recata vada a incidere su una molteplicità di libertà e diritti tutelati direttamente dalla Costituzione, a partire dalla libertà di circolazione e di espatrio (art. 16), passando per la libertà di riunione (art. 17), la libertà di culto (art. 19), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 u.c.), il diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, anche se in relazione al d.l. n. 11/2020, che – ex art. 2, comma 2, lett. g) – sospende potenzialmente *sine die* le udienze dei procedimenti civili e penali, salvi alcuni casi "urgenti"), il diritto alla salute (art. 32, comma 2), la libertà di emigrazione (art. 35 u.c.), financo alla libertà di iniziativa economica (art. 41).

Si tratta per lo più di materie che, come noto, sono coperte da riserva di legge, su cui, però, il Governo ha preferito intervenire con DPCM, sulla base del decreto-legge inizialmente

approvato (n. 6/2020 del 23 febbraio 2020); preferenza che, però, non solo pare poggiare su una copertura piuttosto flebile e assai vaga dei suddetti decreti “di attuazione”, ma sembra altresì denunciare l’idea che “per l’emergenza vera” sia necessario un *quid pluris* rispetto allo strumento di cui all’art. 77 Cost.

Nonostante la decretazione d’urgenza costituisca, ormai, una fonte di produzione normativa “ordinaria”, dunque, si è intervenuti con DPCM per adottare misure che si rendevano certamente necessarie in ragione della grave evoluzione dell’emergenza epidemiologica, ma che, nondimeno, costringono a interrogarsi circa la legittimità del ricorso a una fonte sub-secondaria per intervenire su un simile ventaglio di materie, spesso coperte anche da riserva di legge assoluta e su cui persino in dottrina è ancora dibattuto se sia legittimo intervenire con atti aventi forza di legge. In relazione a quest’ultimo punto, peraltro, andrebbe rilevato che – nonostante appaia una eventualità in ogni caso assolutamente da evitare – non sarebbe possibile nemmeno agire per l’annullamento dei suddetti DPCM, in quanto l’art. 3 del citato d.l. n. 11/2020 prevede il rinvio delle udienze dei procedimenti amministrativi, anche solo potenzialmente, fino al 31 dicembre 2020 e, com’è noto, tali atti non sono soggetti al sindacato della Corte costituzionale.

Vero è che le misure adottate sinora dal Governo sono state tutte “a termine”, ma tale aspetto pare rafforzare, ancor di più, l’interrogativo circa il mancato utilizzo del decreto-legge anziché del DPCM. Né, tantomeno, potrebbe giustificarsi la circostanza sulla scorta dell’opportunità di evitare che i parlamentari si riunissero per convertire il decreto, posto che: a) la vigenza di 60 giorni si sarebbe rivelata – almeno finora – più che abbondante rispetto ai termini previsti dai vari DPCM; b) in ultima analisi, un’ipotetica reiterazione del decreto-legge per continuare a

fronteggiare l’emergenza epidemiologica non avrebbe offerto il fianco a profili di illegittimità costituzionale, stante la sussistenza dei «presupposti giustificativi nuovi [*rectius*: attuali] di natura “straordinaria”» (cfr. Corte cost., sent. n. 360/1996).

Oltre alle problematiche sopra esposte, un ulteriore profilo critico che può individuarsi nel ricorso al DPCM è che esso, al contrario del decreto-legge, non viene emanato dal Presidente della Repubblica, bensì direttamente dal Presidente del Consiglio, facendo venire meno anche l’interlocuzione con almeno uno dei due custodi della Costituzione, la quale ben avrebbe potuto costituire, anche solo sul piano della *moral suasion*, l’occasione per garantire un, sia pur minimo, vaglio di costituzionalità preliminare sulle misure predisposte dall’intero Governo, e non dal solo Presidente del Consiglio «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» (cfr. art. 3, comma 1, d.l. n. 6/2020).

##### **5. Né Catilina, né Cicerone, ma Cesare. Il pericolo del precedente e una revisione costituzionale necessaria**

Nel *De Catilinae coniuratione* Sallustio ci offre un’immagine di Cesare poco nota e piuttosto calzante, dove questi, in estrema sintesi, esorta il senato romano – intento a decidere la sorte dei congiurati – a “rispettare le forme” e non creare pericolosi precedenti per la vita della *res publica*. È fuori dubbio che la gravità della situazione abbia reso necessaria la pronta adozione di misure atte a contrastare il diffondersi del CoViD-19 e salvaguardare la salute e l’incolumità pubblica dei cittadini; tantomeno vuole valutarsi il merito delle decisioni assunte dal Governo e che attendono ad ambiti per il giurista, per lo più, ignoti.

Al contrario si vuole evidenziare come il mancato rispetto delle "forme costituzionali" sembri aver aperto un varco in alcune delle più delicate e fondamentali materie disciplinate dalla nostra Costituzione e che sono i diritti e le libertà.

Un varco che, pure, non pare aver risentito – né sembra poter risentire – dell'intervento di altri attori istituzionali, siano essi il Capo dello Stato, il Consiglio dei ministri, la Corte costituzionale, un qualsiasi giudice ovvero il Parlamento stesso, relegato per motivi di *salus rei publicae* al ruolo di mero spettatore e, sostanzialmente, privato di strumenti di intervento (salvo quello strumento, tradizionalmente "di chiusura" ma notoriamente da profili incerti, che è il conflitto di attribuzione tra poteri).

Come evitare, dunque, la sedimentazione del precedente?

Una risposta potrebbe fornirsi muovendo proprio dalla fattispecie "estrema" contemplata dalla Costituzione, all'art. 78, in caso di guerra. Ipotesi, invero, in quest'occasione addirittura superata, in quanto, persino in quel caso, la Carta richiede la preventiva deliberazione delle camere e, *su quella base*, il conferimento al Governo dei poteri necessari, mentre, invece, per l'emergenza da CoViD-19 l'iter si è appalesato in totale controtendenza, in quanto il Governo ha legittimato sé stesso *conferendosi* i poteri necessari. Ci si chiede, dunque, se in un mondo globalizzato e in cui gli spostamenti di merci e persone avvengono con sempre maggiore frequenza e rapidità non possa essere utile – e necessario – inserire nella Carta, sulla falsariga della disposizione dettata per lo stato di guerra appena richiamata, un'apposita previsione costituzionale che contempli lo "stato di emergenza

epidemiologica". In tal modo sarebbe possibile per il Parlamento, all'atto del conferimento e a seconda dell'entità dell'emergenza, prevedere specifiche forme di indirizzo e controllo sul successivo operato del Governo, dalle più flebili – come l'espressione di un parere preventivo su determinate iniziative – a quelle più incisive – come la necessaria previa autorizzazione parlamentare per l'adozione di determinati atti – in ogni caso rimettendo all'organo della rappresentanza politica la definizione del perimetro formale e sostanziale – ma anche solo "procedimentale" – dello stato d'eccezione, che dunque verrebbe *ab origine* legittimato e limitato in ossequio allo stesso statuto teorico del costituzionalismo moderno.

Attraverso tale previsione, infatti, non solo potrebbero scongiurarsi i fantasmi di un possibile uso distorto dell'emergenza, ma si riconferirebbe pieno vigore al principio di legalità sostanziale nel segno del perimetro costituzionale, non limitandosi a sperare di arginare l'eccezione all'interno dell'eccezionale e aggiornando il testo costituzionale sulla base del semplice dato esperienziale.

Una revisione costituzionale in tal senso, in altre parole, non appare affatto eccentrica e si renderebbe necessaria per evitare l'eventualità che la vicenda del CoViD-19 possa fungere da apripista per un *vulnus* potenzialmente irreparabile per lo Stato costituzionale nel suo complesso, in qualche modo attivandosi per arrestarci all'immagine del Cesare sallustiano ed evitare di offrire pericolosi spiragli al meglio noto e successivo Cesare che ne seguì.

(13 marzo 2020)



## La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza CoViD-19 in Italia

**Elena Falletti**

Ricercatore di diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo – LIUC, Castellanza.

Mail: [efalletti@liuc.it](mailto:efalletti@liuc.it).

### 1. Introduzione al contesto

Samuel Pepys raccontava Londra nel fulcro della peste del 1665. Si legge nei suoi diari: «[b]ut, "Lord!" how sad a sight it is to see streets empty of people, and very few upon the Change – jealous of every door that one sees shut up, lest it should be the plague, and about us two shops in three, if not more, generally shut up»<sup>1</sup>.

Abbiamo percepito un analogo senso di disorientamento quando il CoViD-19 è dilagato dall'Oriente fino alla soglia di casa nostra, in Italia. Si tratta di un nuovo virus altamente contagioso contro il quale il corpo umano è indifeso<sup>2</sup>. A gennaio, le autorità cinesi hanno imposto la chiusura forzata delle attività umane a Wuhan e nell'Hubei proibendo a circa sessanta milioni di persone di uscire da casa<sup>3</sup>. Tali misure sono state attuate con modalità "aggressive", supportate dall'intervento dell'esercito<sup>4</sup>. Quando guardavamo alla televisione o su internet le immagini di ciò che accadeva ci dicevamo tutti, ancora ignari dello svilupparsi del contagio nella nostra vita, che "da noi sarebbe stato praticamente

*impossibile, loro sono una dittatura, noi una democrazia".*

C'è chi rifiuta l'ipotesi di paragonare l'Italia con la Cina, dimenticando invece che l'elemento comune a tutte le epidemie concerne la volontà umana di sopravvivenza, che non può essere del tutto soffocata da sovrastrutture culturali letteralmente opposte. *Primum vivere*, scriveva Thomas Hobbes, contemporaneo di Pepys, il quale viene ricordato per aver teorizzato lo scambio della libertà da parte del singolo consociato a favore della sicurezza collettiva. D'altro canto, i virus non possiedono passaporti e non si curano delle culture o dell'organizzazione dei modelli giuridici per potersi propagare. Essi attecchiscono attraverso un modello matematico esponenziale che vede il raddoppio delle persone contagiate nel giro di pochi giorni, senza alcuna connessione con la logica lineare cui siamo abituati ad affrontare la nostra vita.

In Italia, ci si è trovati di fronte alla necessità di traslare il modello cinese di contrasto del contagio in uno scenario giuridico di tradizione illuministica, appartenente alla *Western Legal Tradition*, allo stato di diritto e di protezione costituzionale delle libertà individuali. Pertanto, limitazioni a tali diritti sono difficili da accettare, sia giuridicamente sia socialmente, in particolare la restrizione della libertà di movimento, che invece rappresenta l'unica soluzione di contrasto efficace al dilagare dell'epidemia. A questo proposito, l'art. 16 della stessa Costituzione prevede delle limitazioni tali libertà, sottoposte a riserva di legge, a garanzia di salute e sicurezza pubblica.

<sup>1</sup> S. PEPYS, *The Illustrated Pepys: Extracts from the Diary*, R. LATHAM (ed.), Berkeley, 1983, 88.

<sup>2</sup> N. ZHU ET AL., *A Novel Coronavirus from Patients with Pneumonia in China*, in *New England Journal of Medicine*, 382, 2020, 727-733.

<sup>3</sup> M. CHINAZZI ET AL., *The effect of travel restrictions on the spread of the 2019 novel coronavirus (2019-nCoV)*

*outbreak*, in *Science*, 368, 6489, 2020 (ultima consultazione 12/04/2020).

<sup>4</sup> K. KUPFERSCHMIDT ET AL., *Can China's COVID-19 strategy work elsewhere?*, *Science*, 367, 6482, 06 Mar 2020, 1061-1062.

Quali possono essere gli strumenti di contrasto di un patogeno del tutto sconosciuto, per il quale non esistono né immunità, né immunizzazione? Il pericolo da scongiurare è rappresentato dal rischio che potenzialmente tutti possono ammalarsi, causando l'esaurimento delle risorse sanitarie (posti letto, personale sanitario, strumentazione medica salvavita) in tempi brevissimi, nonché il fermo dell'organizzazione sociale: si tornerebbe alla condizione primordiale dell'*homo homini lupus*. Ne consegue che il primo obiettivo strategico da perseguire è la salvaguardia del sistema sanitario. Infatti, rallentando il contagio nel tempo, un numero più ampio di pazienti riesce ad accedere alle cure, sopravvivendo<sup>5</sup>.

## 2. Il quadro italiano

L'Italia si è accorta di avere il contagio sul proprio territorio quasi all'improvviso, quando si è avuta notizia che un giovane (definito "Paziente1") si è presentato per due volte al pronto soccorso dell'ospedale di Codogno, un piccolo comune del lodigiano: la prima mostrando i sintomi di una apparente influenza, la seconda con febbre alta e crisi respiratoria. In entrambi i casi, il personale medico e le altre persone presenti nel pronto soccorso non indossavano alcuna protezione dal contagio, diventandone a loro volta involontari diffusori. Dopo la ricostruzione dei contatti di Paziente1, le autorità sanitarie locali hanno certificato l'insorgenza del focolaio di Codogno e dintorni, senza riuscire a identificare il "Paziente0", supponendo così che il virus fosse ormai endemico.

Dopo brevissimo tempo si sono verificate circostanze che hanno reso la situazione di difficile gestione: il contagio si è diffuso oltre ogni

aspettativa superando la zona di Codogno, coinvolgendo tutta la Lombardia e le regioni settentrionali e gli ospedali sono precipitati in una situazione di stress. Ulteriormente, si è manifestato un contrasto, anche politico, di competenze tra autorità sanitarie regionali e governo nazionale provocando tensioni nella gestione dell'emergenza sanitaria<sup>6</sup>.

Da questo punto è possibile analizzare come la frammentazione della regolamentazione normativa e amministrativa dell'emergenza abbia vanificato il tentativo di porre in essere misure efficaci e "draconiane" nel contrasto della circolazione esponenziale del contagio.

L'art. 16 Cost., co.1, consente delle limitazioni previste dalla legge in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. In questo caso, tali motivi sono comprovati dall'evolversi della situazione epidemiologica, del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia di CoViD-19, e perciò si è reso necessario adottare misure di contrasto e contenimento alla diffusione del predetto virus. A questo proposito, è meritevole di interesse il ruolo centrale svolto dal DL 6/2020, emanato il 23 febbraio 2020 e convertito nella Legge 5 marzo 2020, n. 13.

Il primo articolo impone limiti a diversi diritti costituzionalmente garantiti quali ad esempio la libertà di circolazione, di entrata e di uscita, di assembramento, di riunione, di esercizio dell'attività di impresa nei luoghi considerati focolaio di contagio. Il secondo articolo assume un particolare interesse agli occhi di chi scrive perché attraverso di esso il Presidente del Consiglio dei ministri avoca a sé un potere illimitato, attraverso l'utilizzo di fonti secondarie, come si è potuto verificare nello svolgersi dell'epidemia.

<sup>5</sup> Z. Wu, *Characteristics of and Important Lessons From the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China*, in *JAMA*, 323, 13, February 24, 2020, (ultima consultazione 12/04/2020).

<sup>6</sup> F. CARINCI, *Covid-19: preparedness, decentralisation, and the hunt for patient zero*, in *BMJ*, 368, February 28, 2020.

A questo proposito, l'art. 2 della legge 13/2020 stabilisce che «[l]e autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da CoViD-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1».

Siffatta norma è di significativa rilevanza perché rappresenterebbe il fondamento giuridico al fine dell'adozione dei provvedimenti attuativi utili a fronteggiare l'espandersi del contagio. Si tratta di una clausola piuttosto ampia, al confine con la vaghezza, apparentemente solida e facilmente strumentalizzabile nelle intenzioni di chi l'ha predisposta.

Nel frattempo, il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato «l'epidemia da CoViD-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»; da quel momento il Governo ha emanato altri 4 decreti-legge (nn. 9, 11, 14 e 18/2020), 5 atti della Presidenza del Consiglio dei ministri tra Delibere e DPCM, 25 decreti e ordinanze ministeriali, insieme ai DPCM dell'8 marzo, del 9 marzo e dell'11 marzo 2020, i quali hanno stabilito un blocco parziale, seppure assai esteso, delle attività economiche e del diritto di movimento in tutta Italia: il *lockdown*, cioè la serrata del Paese. Tuttavia, quest'ultima parte dell'emanazione normativa ha avuto una formazione del tutto peculiare e, a parere di chi scrive, non del tutto accettabile.

### 3. Le conseguenze di una improvvida fuga di notizie

Nottetempo, domenica 8 marzo 2020 il Presidente del Consiglio dei ministri firmava un DPCM

contenente *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*. Seppure non si trattasse del primo provvedimento in materia, la genesi di tale atto e l'incauta diffusione della sua bozza non definitiva nel tardo pomeriggio del giorno antecedente la sua entrata in vigore hanno provocato la fuga di migliaia di persone in preda al panico da Milano verso il Sud. Si tratta di un comportamento collettivo contrario, perché diffusivo del contagio, alla *ratio* del provvedimento che avrebbe dichiarato la Lombardia e altre 14 province del Nord "zona rossa"<sup>7</sup>.

Lo *scoop*, peraltro impreciso, è stato rilanciato dai mezzi di comunicazione di massa in nome del diritto di cronaca e della libertà di manifestazione del pensiero. La rivendicazione dell'esercizio di entrambi i diritti, tuttavia, avrebbe dovuto essere contro-bilanciata con le esigenze della salute pubblica, data la conosciuta e condivisa necessità di limitare il contagio. Il giorno successivo il governo ha esteso a tutta Italia il blocco su pressione dei governatori delle regioni del Sud, le quali hanno visto l'incrementarsi delle possibilità di diffusione della malattia, senza però poter disporre di un adeguato apparato sanitario.

Questo affannato susseguirsi di atti dimostra la difficoltà del governo nel gestire una situazione complessa, seppure del tutto inedita in tempi recenti. Tali difficoltà sono amplificate dall'assenza di una maggioranza politica solida a supporto dell'esecutivo, soprattutto a seguito della crisi politica dell'estate 2019, risolta con un cambio di 180 gradi della composizione, e quindi dell'orientamento politico, del governo nonostante il ruolo del capo del governo sia rivestito dalla stessa persona. Inoltre, l'attenzione, sia del

<sup>7</sup> P. FOSCHI, *Coronavirus, la grande fuga da Milano prima del decreto che isola la Lombardia*, in *Corriere*

*della Sera online*, 8 marzo 2020, <https://www.corriere.it> (ultima consultazione 12/04/2020).

governo sia dell'opposizione, è costantemente rivolta ai sondaggi, dato il susseguirsi continuo di votazioni, dando l'impressione formale di vivere in una iperdemocrazia<sup>8</sup>. Tale sollecitazione reciproca tra politica e corpo elettorale impedisce la realizzazione di politiche pubbliche stabili, in una perenne campagna elettorale, mentre gli spazi realizzativi della rappresentanza politica sono in riduzione. Infatti dal 4 marzo 2018, giorno delle ultime elezioni politiche, ad oggi si sono susseguite 16 tornate elettorali tra cui 3 elezioni suppletive per il Parlamento nazionale, 1 per il Parlamento Europeo e 12 amministrative: 6 per le regionali e sei per le comunali, tra cui importanti città capoluogo come Bari, Catanzaro, Cagliari, Bergamo.

#### 4. Un uomo solo al comando?

Siffatta debolezza si riflette sui rapporti istituzionali e di produzione normativa: apparentemente è in corso il tentativo del Governo di soverchiare il confronto con il Parlamento e con la presidenza della Repubblica, quindi con le istituzioni deputate al dibattito politico in quanto espressione democratica. Fino ad ora, l'emergenza è stata gestita con l'emanazione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM), mentre lo strumento legislativo più appropriato in questa situazione è il decreto-legge. Ai sensi dell'art. 77 Cost, esso è emanato in casi straordinari di necessità e urgenza, è firmato dal Presidente della Repubblica (che esercita un controllo *ex ante* di costituzionalità e sui suoi presupposti) e poi viene approvato dal Parlamento entro i sessanta giorni dalla sua emanazione.

Tale *iter* non è stato seguito per i provvedimenti emanati in prima battuta per la serrata della Regione Lombardia e di altre 14 province e poi

dell'Italia intera. Infatti, essi sono stati adottati con DPCM, una fonte secondaria, che delinea norme regole tecniche, seppure generiche, riguardanti un argomento specifico e utili all'implementazione della legge, tuttavia elusive di ogni controllo politico e di costituzionalità.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha utilizzato in modo abnorme il potere a lui attribuito: è vero che l'art. 2 della l. 13/2020 gli consente di adottare provvedimenti attuativi all'emergenza, ma tale potere è limitato agli atti discendenti dal DL 6/2020 (ora convertito nella L. 13/2020), originaria fonte di riferimento. Invece, l'emanazione dei DPCM dell'8, del 9 e dell'11 marzo 2020 rappresenta l'esercizio di un potere sostanzialmente legislativo, tuttavia formalmente realizzato attraverso fonti secondarie, le quali estendono le limitazioni delle libertà già imposte agli abitanti delle zone indicate dal DL 6/2020 ai cittadini dell'Italia intera. I diritti in parola sono costituzionalmente protetti dal principio della riserva di legge, pertanto, predisporre la loro restrizione attraverso norme secondarie, senza verifiche parlamentari, rappresenta un *vulnus* costituzionale.

A questo proposito, la domanda che ci si potrebbe porre è la seguente: a chi risponde il Presidente del Consiglio dei ministri dei suoi atti?

Di fronte a questa fortissima critica vi è chi sostiene che, tenuto anche conto delle parole con cui sono stati scritti i testi, tali DPCM rappresenterebbero una sorta di *moral suasion* che dovrebbe indurre gli italiani ad adottare l'unico comportamento appropriato nel contrasto al contagio, cioè lo stare a casa propria. Tuttavia, nelle attuali condizioni il Parlamento sta soffrendo una sorta di esautoramento della sua attività legislativa, principalmente per la difficoltà

<sup>8</sup> J. ORTEGA Y GASSET, *La Ribellione delle Masse*, Bologna, 1962, 81; S. CASSESE, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, 2019, 33.

di riunirsi alla luce delle prescrizioni sanitarie volte a prevenire il contagio, in particolare la distanza minima di un metro tra una persona e l'altra. Pertanto, alla seduta dell'11 marzo 2020 hanno partecipato soltanto 350 deputati, al fine di garantire il numero legale dei presenti e la maggioranza assoluta dei 316 membri della Camera<sup>9</sup>. Tali deputati sono stati scelti in modo da garantire la proporzionalità tra i gruppi parlamentari. In questo caso, è stato in prestito un istituto noto al Common Law, cioè il c.d. *pairing*, ovvero «the practice of allowing the absence of MPs from opposite sides or parties to be absent, thus cancelling out their votes and preserving the government's majority»<sup>10</sup>.

Altra dottrina, invece, sta ponderando possibili modalità di riunione a distanza del Parlamento, per esempio in via telematica. A questo proposito vi è chi osserva che l'art. 64 Cost. consente a entrambe le Camere di disciplinare autonomamente la propria attività, tanto quella fisica,

«oppure, in circostanze eccezionali, anche quella telematica»<sup>11</sup>. Nella stessa direzione si sta indirizzando il Parlamento Europeo che nella prima seduta plenaria in calendario, il 26 marzo 2020, voterà le misure d'emergenza di contrasto al CoViD-19 attraverso un sistema di voto a distanza<sup>12</sup>. La forma dello strumento giuridico utilizzato per fronteggiare l'emergenza è importante e legittima l'impalcatura organizzativa che per motivi di tutela della salute pubblica impone misure restrittive assai invasive alle libertà delle persone<sup>13</sup>. Ciò nonostante, detto strumento deve essere adottato nel rispetto dei limiti posti dalla Costituzione, che in queste circostanze così gravi sono sembrati deboli. L'impressione che si trae è che, nonostante la presenza formale di garanzie costituzionali, non sia possibile abbandonare del tutto l'approccio hobbesiano alle situazioni critiche, ancorché ci fossimo illusi che le libertà fondamentali siano insopprimibili.

(12 aprile 2020)

<sup>9</sup> S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?* In *la Costituzione.info*, 11.3.2020.

<sup>10</sup> M. RUSH, *The Role of the Member of Parliament Since 1868*, Oxford, 2001, 48; S. CURRERI, *op. cit.*

<sup>11</sup> S. CURRERI, *op. cit.*; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà. Meglio un decreto legge che un DPCM*, in *Il Sole24Ore*, 13.3.2020.

<sup>12</sup> *Sassoli: Europe is showing the power of solidarity*, <https://bit.ly/36qZmUe>, 19.3.2020, (ultima consultazione 12/04/2020).

<sup>13</sup> M. SIRLEAF, *Responsibility for Epidemics*, in 97 *TEX.L.REV.*, 285, 2018, 109 ss.



## Coronavirus, spostamenti, motivazioni, autocertificazione

**Felice Ancora**

*Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Cagliari.*

*Mail: [felice.ancora@fastwebnet.it](mailto:felice.ancora@fastwebnet.it).*

### 1. Richiami generali e misure dei DPCM

I provvedimenti governativi relativi alla emergenza del Coronavirus stabiliscono un uso intenso dello strumento della autocertificazione riguardo gli spostamenti. Chi scrive teme che nel futuro, pensando di liberalizzare, si perseveri in questa impostazione.

Preliminarmente si compiono alcuni richiami.

Si richiama la Costituzione e segnatamente le regole generali degli articoli: 13, sulla libertà personale; 14, sulla libertà di circolazione; 32, sui trattamenti sanitari obbligatori.

Indi si richiama il D. L. 25 marzo 2020, n. 19. Contempla la possibile emanazione di un insieme di misure. Non le si elenca; si segnala che possono spingersi a limitare fortemente la libertà di circolazione delle persone e a determinare l'isolamento sociale di chi si trova a vivere in strutture pubbliche, tra cui gli anziani nelle RSA. Il tipo di atto individuato per la adozione concreta di esse è il DPCM. Alle infrazioni sono collegate sanzioni amministrative, senza specificare i modi del loro accertamento.

Si integra con alcuni elementi di sistema. Sono: da un lato, la quasi totale sospensione delle attività giurisdizionali disposta dalle misure governative; dall'altro la emergenza economica e sociale richiedente scelte, non solo sulla destinazione degli aiuti, ma anche sul prelievo delle risorse; dall'altro ancora l'attuale orientamento complessivo verso una legislazione ispirata dalla enfasi su meriti e demeriti sociali, concretantesi nell'attribuire a questo o a quel corpo sociale o apparato un trattamento peggiore rispetto a quello consolidato; infine, in generale, una indifferenziata opinione pubblica che unifica la vita politica ed è in grado di superare le delimitazioni di condizionamento tra i diversi apparati e corpi sociali<sup>1</sup>. Quando saranno avvertiti i vincoli di bilancio sugli interventi di sostegno, ogni apparato e corpo sociale sarà esposto alle conseguenze delle scelte e decisioni dei detentori del potere politico. Già ora nessuno di questi, congetturando in prospettiva, può sentirsi al sicuro, così come nessuno dei singoli appartenenti agli stessi può confidare a lungo sulle agiografie del presente. È, quindi, incerto un intervento che contenga nella legalità le misure emanate dal Governo, a partire dai decreti-legge per arrivare ai decreti; diverso è per i meno impegnativi provvedimenti delle autorità regionali e locali, nei fatti risultati sottoposti a ricorsi<sup>2</sup>.

Si richiamano poi le misure stabilite attraverso lo strumento del DPCM, nel caso ancora quello del 10 aprile 2020. Esso sostituisce nella efficacia

<sup>1</sup> V. al riguardo B. DE GIOVANNI, *La dittatura in Ungheria è sintomo di crisi democratica e riguarda anche noi*, in *Il riformista*, 1 aprile 2020.

<sup>2</sup> Si giustifica la apparente maliziosità di queste considerazioni prospettando quanto sia logico pensare che i poteri esercitati da una autorità personalizzata, che concentra molteplici possibilità di incidere direttamente o indirettamente in modo ricorrente e diversificato nei confronti dello stesso soggetto, come nei confronti dello stesso Giudice, difficilmente trovino

reazione e poi comunque sanzione in sede giurisdizionale (in dottrina in tempo risalente v. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 344-345, che aveva tipizzato la categoria dei poteri sottratti di fatto al sindacato del Giudice, facendo comprendere in questa i poteri che intervengono in un rapporto caratterizzato da situazioni ripetitive e personalizzate con lo stesso destinatario pur in astratto legittimato alla impugnazione).

altri precedenti e presto sarà sostituito dall'altro pubblicato il 27 aprile, in una successione che per un ipotetico ricorrente sarebbe una estenuante modificazione del suo bersaglio (già impegnativo perché è un atto ascripto direttamente al solo Presidente del Consiglio dei ministri, a parte la registrazione da parte della Corte dei conti, comunque ad efficacia in corso).

Il DPCM del 10 aprile, tuttora vigente, reca un esteso ed intenso divieto degli spostamenti dei singoli, assoggettato ad esclusioni per gli spostamenti aventi alcune motivazioni (indicate nelle «comprovate esigenze lavorative», o nelle «situazioni di necessità», o nei «motivi di salute»). Quello emanato il 27 aprile, che entrerà in vigore il 4 maggio, reca una impostazione che ricalca quella del primo, contemplando, però un ampliamento delle motivazioni idonee a rendere leciti gli spostamenti (ad esempio, nella necessità sono espressamente fatte rientrare le visite ai congiunti ed è consentita l'attività fisica senza limiti di distanza dalla abitazione).

Non si entra nei dettagli delle disposizioni e delle specifiche interpretazioni proponibili, perché, come adombrato poco fa, i contenuti dei DPCM sono assoggettati a ricorrenti modificazioni, in un senso come in quello opposto<sup>3</sup>, risultando così, in quanto sfuggenti, contrastanti con il requisito della certezza del diritto. Atteso, però, che, al di là della rilevata mutevolezza delle singole disposizioni, i contenuti dei DPCM sono impostati nello stesso modo, si afferma con convinzione un criterio interpretativo generale. Esso è il seguente: per gli spostamenti deve valere la

regola generale delle libertà personali, per cui i divieti di spostamento sono la eccezione alla regola generale e, ulteriormente, le eventuali esclusioni da tali divieti previste per determinate motivazioni degli spostamenti sono la riaffermazione della regola generale delle libertà e come tali sono da considerare operanti in modo esteso. Dove non arriva con certezza il divieto, che è la eccezione, deve valere la regola della libertà recata dalle giustificazioni. Tale regola è da considerarsi operante in modo esteso, per tutti i casi che non risultano espressamente sottratti ad essa ed inoltre (a corollario) è da considerare operante anche quando le motivazioni, ed in generale, le qualità che giustificano lo spostamento coesistono con ulteriori motivazioni e qualità e, cioè, si hanno quei comportamenti che spesso sono tacciati come da "furbetti"<sup>4</sup>, in sostanza individuando una sorta di vizio di eccesso di potere nella condotta privata.

Complessivamente si nota che diversi elementi delle disposizioni sugli spostamenti sono esposti ad alternative, opinabili, attribuzioni di senso: si pensi alla giustificazione per visita ai «congiunti»<sup>5</sup>. Ulteriormente si puntualizza che le interpretazioni via via fornite dal Governo in varie sedi, tra le quali le c.d. FAQ, non saranno vincolanti per chi dovrà giudicare sulla liceità dei comportamenti, anche considerando che gli eventuali giudizi per la emanazione delle ordinanze ingiunzione sono destinati a svolgersi a notevole distanza di tempo (e, cioè, allorché l'alone di impegnatività della interpretazione fornita da

<sup>3</sup> Come è stato, ad esempio, per i divieti di spostamento verso le seconde case, introdotti da un decreto del Ministro della salute.

<sup>4</sup> Si ha, cioè, una sorta di quella che B. CROCE chiamava «la virtù imperfetta», in *Etica e politica*, 1931, ora, Milano, 1994, 129-131

<sup>5</sup> Anche se chi scrive, stante quello che ha esposto prima, è convinto che dovrebbe espandersi a tutte le

situazioni simili, prime tra tutte le relazioni amorose dei giovani, a tutt'oggi fortemente penalizzate (quanto, per altro quelle degli appartenenti alla quarta età, a tutt'oggi relegati pericolosamente all'isolamento e alla privazione del movimento all'esterno, definito invece un farmaco salva vita dal geriatra Bernabei, membro di uno dei comitati consultivi istituiti ad hoc).

questa compagine governativa potrebbe essersi dissolto).

Anche se le norme fossero ricostruite con esattezza, sarebbe comunque esposta ad incertezze la qualificazione dei diversi comportamenti alla stregua di esse (si pensi alla individuazione della necessità). Incidentalmente si nota che la utilizzazione letterale della locuzione usata nell'art. 284 c.p. p. per determinare gli spostamenti consentiti ai condannati agli arresti domiciliari (indicandoli nello specifico in quelli dettati da «indispensabili esigenze di vita») avrebbe rispettato di più il canone della certezza del diritto, in quanto avrebbe consentito di utilizzare la dettagliata giurisprudenza che la Corte di cassazione ha consolidato sul punto (orientandosi in generale in senso estensivo).

Resta che, attraverso il divieto degli spostamenti non sorretti dalle accennate motivazioni (lavoro, necessità e salute) si è imposto un vincolo di fine alla condotta di qualsiasi privato.

## 2. L'autocertificazione

Si va all'accertamento mediante autocertificazione. Il Ministro dell'interno ha emanato una Direttiva applicativa delle disposizioni relative agli spostamenti. In questa, citando gli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, ha stabilito che spetta ai singoli dimostrare la sussistenza delle cause di giustificazione e che ciò deve necessariamente avvenire con una autodichiarazione. In dipendenza da tale Direttiva, il Ministero ha diffuso un modello di dichiarazione, richiamante innanzitutto le sanzioni penali in caso di mendacio, indi articolato in un insieme di punti concernenti, non solo dati su condizioni

oggettive della persona, ma anche i motivi soggettivi dello spostamento e, se del caso, la sfuggente sussistenza della necessità.

Attraverso la autodichiarazione, oggi, il singolo, quando è fermato dall'agente, subisce un controllo di due ordini: uno è sulla veridicità della stessa (secondo la Direttiva espletabile dalla autorità con agio anche in tempi successivi); l'altro è sulla rispondenza delle adottate motivazioni dello spostamento alle cause di giustificazione stabilite dal DPCM. L'esito negativo del primo dà luogo ad una denuncia penale, sicché il singolo è esposto a sanzioni penali se sembra che abbia descritto inesattamente le sfuggenti motivazioni della sua condotta. L'esito negativo del secondo, e, cioè l'addebito di un errore nel ravvisare la rispondenza delle motivazioni del comportamento alle giustificazioni dello spostamento indicate nel DPCM, dà luogo ad una gravosa sanzione amministrativa. Alla incertezza sulla sua qualificazione del comportamento, naturalmente, il singolo deve aggiungere quella sulla interpretazione delle disposizioni e della qualificazione della sua condotta che saranno compiute dall'agente, tra l'altro, nei fatti quasi sempre molto giovane e con la qualifica appena di graduato.

Si ha questo insieme: assoggettamento della condotta di semplici privati a vincoli di motivi e di fini, con sanzioni in caso di successivo accertamento dello scostamento; ulteriormente, assoggettamento dei privati alla insidia di autodichiarare all'Autorità una descrizione su elementi suscettibili solo di considerazioni valutative, con sanzioni addirittura penali in caso di ravvisata inesattezza. Ciò inibisce fortemente il singolo<sup>6</sup> e

<sup>6</sup> V. al riguardo, M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Sipotra*, 2018, 53 ss.; M. OCCHIENA, *Autocertificazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2011, 74 ss.; E.

CASSETTA, *Le difficoltà di semplificare*, in *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, 1998, 335 ss. Per un riferimento generale sul tema, v. senz'altro M. GNES *La decertificazione*, Rimini, 2014, *passim*, nonché M. BENEDETTI, *Le decertificazioni, come cambia il rapporto*

viola il principio di buona fede, inteso come limite operante nelle relazioni disuguali nei confronti di chi si trova in posizione di superiorità escludendo che possa trasformare la inferiorità dell'altro in piena soggezione ed incertezza sulle sue sorti<sup>7</sup>. Per questo è da contrastare.

Andando alle ricorrenti prospettazioni della necessità della semplificazione della azione amministrativa (accennata nelle primissime righe di queste note), si esprime l'avviso che tale necessità può essere attesa solo se gli interventi successivi dell'autorità, che si vuole far prevalere su quelli preventivi (considerati fonte di appesantimento), sono conformati nel senso di una riduzione rispetto all'oggi delle loro conseguenze sanzionatorie, ivi comprese quelle penali. Diversamente tale necessità è affermata librescamente con le parole, ma è tradita nel concreto<sup>8</sup>. Prendendo atto dell'attuale contesto di debolezza del Parlamento<sup>9</sup>, (stante il quale sarebbe irrealistico pensare ad una reazione come quella che si ebbe sul finire del 1800 nei confronti dei decreti di Pelloux, nelle forme di un ostruzionismo parlamentare seguito dalla registrazione degli stessi solo con riserva da parte della Corte dei

conti) e della operatività di diversi corpi consultivi (tra i quali ed all'interno dei quali si incominciano a cogliere diversità di orientamenti, come rilevato nella precedente nota 5), si prospetta che nel caso in cui si istituissero corpi consultivi ancora ulteriori rispetto agli attuali, si realizzerebbe con decisione una trasformazione della nostra Repubblica parlamentare in una sorta di "Repubblica consultiva", riproposizione attuale della prestatutaria monarchia consultiva<sup>10</sup>. Azardatamente si prospetta che in questa, attraverso ciò che potrebbe attivarsi in termini di pluralità di istituzioni e corpi collegiali in dialettica dinamica tra loro per forza di cose (e, cioè della loro pluralità e della pluralità delle persone appartenenti)<sup>11</sup>, si potrebbe realizzare con qualche probabilità un provvisorio valido succedaneo di un rapporto tra istituzioni schiettamente democratico-rappresentative (al momento mancante), in attesa ed in preparazione di un nuovo corso evolutivo capace di ristabilire tale rapporto, dopo il corso involutivo del presente.

(28 aprile 2020)

---

tra cittadino e amministrazione, in *Progetto Semplifica Italia*. Criteri e regole per la semplificazione, giugno 2014 e le sempre valide voci di M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1996 e 1990.

<sup>7</sup> Con riferimento alla antica impostazione di questo principio, v.: F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico (dagli anni trenta alla alternanza)*, Milano, 2001, *passim*; L. FREZZA, *Buona fede e diritto romano; Fides bona; A proposito di fides e bona fides*, tutti raccolto nei suoi *Scritti*, Roma, 2000, *passim*; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, *passim*; più recentemente M.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA E F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 159 ss.

<sup>8</sup> Al riguardo è illuminante l'articolo di S. CASSESE, *Fase 2. I nemici nascosti*, in *Il corriere della sera*, 10 aprile 2020.

<sup>9</sup> Le cui difficoltà attuali sono state ben analizzate da V. LIPPOLIS, in *Il Parlamento a distanza? Meglio di no*, in *Il dubbio* del primo aprile 2020.

<sup>10</sup> Su questo modello, v. C. GHISALBERTI, *Dalla monarchia amministrativa alla monarchia consultiva*, in *Contributi alla storia della amministrazione preunitaria*, Milano 1963, 147ss.

<sup>11</sup> Sulla dinamicità insita nelle istituzioni e sulla loro attitudine a dar luogo ad equilibri di laboriosa (ma doverosa) previsione, v. G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Bari, 2005, *passim*. Al riguardo, con una impostazione economica, è interessante anche, L. POMA, *Istituzioni formali, informali e mutamento istituzionale*, in <http://amsacta.unibo.it/>, 1997.

## Emergenza sanitaria CoViD-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti

**Vittoria Scarpa**

*Dottoressa magistrale in Giurisprudenza, Università di Salento e praticante avvocato.*

*Mail: [vittoriascarpa30@gmail.com](mailto:vittoriascarpa30@gmail.com).*

### 1. Introduzione

L'emergenza sanitaria globale caratterizzante i primi mesi del 2020 sembra trovare riscontro negli scenari saramaghiani: la rapida diffusione del CoViD-19, sebbene per sintomi differenti dal morbo narrato in "Cecità", si palesa quale materializzazione di quel paradosso raccontato con lucidità dall'autore lusitano, capace di gettare luce su alcuni aspetti della realtà. Come i personaggi del romanzo, infatti, la comunità internazionale è stata sorpresa disarmata da un attacco senza precedenti. Se solo di recente la consapevolezza degli effetti del surriscaldamento globale ha consentito di saggiare l'impotenza umana dinanzi ai fenomeni naturali, gli ultimi avvenimenti hanno esposto la vulnerabilità delle istituzioni nel contrastare una minaccia invisibile, rispondente non ad appelli o tentativi di negoziato, ma ad un solo imperativo: contagiare per riprodursi. L'esigenza di arrestarne la diffusione è assurda, pertanto, ad assoluta priorità, cui diretto adempimento è l'adozione di provvedimenti volti a contenere la contaminazione e curare i soggetti infetti.

Alla natura straordinaria dell'evento si è risposto, più o meno celermente, con misure che, in via altrettanto straordinaria, si discostano dalle leggi dei vari ordinamenti nazionali. Benché le

disposizioni più stringenti, e, non a caso, quelle più avvertite dai cittadini, siano quelle in materia di libera circolazione, un'attenta riflessione meriterebbero anche le provvisorie modifiche alla normativa in materia di pubblici appalti.

In Italia, dichiarato lo stato di emergenza, è stata assegnata al Capo del Dipartimento della Protezione Civile la direzione degli interventi volti alla gestione dell'emergenza sanitaria. A questa si deve far fronte mediante ordinanze in deroga alle norme di legge, tra cui anche il Codice dei Contratti Pubblici. L'importanza di tale rilievo può essere appieno compresa assumendo a paradigma la contingente necessità di dotazione strumentale del comparto sanitario nazionale. Quest'ultima impone canoni di celerità ed efficienza tali da far risultare le canoniche tempistiche di gara un ingiustificato impedimento che, in un contesto ordinario, troverebbe giustificazione nelle garanzie che esso è atto ad assicurare anche al fine di scongiurare possibili derive corruttive: trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento<sup>1</sup>.

Sulla possibilità di garantire queste tutele, ci si interrogherà nel prosieguo di questo contributo, a seguito di un doveroso *excursus* sui poteri di deroga in vigore dello stato di emergenza e dopo una disamina di come gli stessi, in materia di contrattualistica pubblica, si atteggiino in questa attuale, specifica e delicata fase.

### 2. Stato d'emergenza e potere di ordinanza nella l. 255/1992

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri, conseguentemente allo stato di emergenza internazionale proclamato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, ha deliberato lo stato di emergenza sanitaria per l'epidemia da CoViD-19,

<sup>1</sup> F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in

F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei Contratti pubblici*, Torino, 2017, 16-21.

stabilendone la durata di sei mesi e destinando le risorse per i primi interventi. Nell'atto viene anche disposto che, agli interventi necessari alla gestione emergenziale, avrebbe provveduto il Capo del Dipartimento della Protezione Civile con ordinanze anche in deroga a disposizioni vigenti.

La dichiarazione dell'OMS aveva, di fatto, confermato che quella stessa epidemia che fino a quel momento era stata relegata solo ad un Oriente lontano, aveva ridotto di colpo le distanze spazio-temporali. Pertanto, la oggi ormai celebre definizione «rischi connessi ad agenti virali trasmissibili», che capeggia in ogni ordinanza della Protezione Civile in materia, è divenuta la realizzazione di quell'ipotesi di emergenza di rilievo nazionale fronteggiabile solo con mezzi e poteri straordinari in presenza della quale, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018, svolgere le attività annoverate nell'art. 2 dello stesso Decreto, il quale rimanda, a sua volta, all'art. 5 della legge n. 255/1992 in materia di Protezione Civile, relativo allo stato di emergenza e il potere di ordinanza ad esso connesso. Tale disposizione si configura come uno dei casi in cui l'ordinamento concede al pubblico potere di intervenire per la cura degli interessi cui è istituzionalmente funzionale in situazioni di emergenza attraverso poteri contingibili e urgenti<sup>2</sup>.

Frutto di una stratificata evoluzione che affonda le radici nella legislazione postunitaria<sup>3</sup>, l'articolo fu delineato sulla base dell'esigenza di razionalizzare la funzione di protezione civile stessa; ciò al fine di fugare le ipotesi di dispersione degli interventi e di agevolare il coordinamento e la

promozione delle attività per la tutela dell'integrità della vita<sup>4</sup>.

Essendo state queste funzioni conferite al Governo da un atto avente forza di legge, esse possono a loro volta, in piena coerenza con l'art. 95 della Costituzione, essere attribuite al Capo del Dipartimento della Protezione Civile da parte del Governo stesso.

Perché si proceda all'assegnazione è necessario che vi sia, *in primis*, una deliberazione da parte del Consiglio dei ministri relativa allo stato di emergenza, la quale può essere redatta, come già accennato, in presenza di una delle ipotesi contemplate dall'art. 2 co. 1 lettera c) della legge in esame.

Il Consiglio dei ministri, a sua volta, delibera in materia di stato di emergenza, ai sensi del co. 1 dell'art. 5, su proposta del Presidente o, per sua delega, del Ministro per il Coordinamento della Protezione Civile, stabilendone durata ed estensione in relazione alla qualità ed alla natura degli eventi.

Per quanto riguarda gli interventi finalizzati alla gestione dell'emergenza, essi sono attuati mediante ordinanze aventi ad oggetto il supporto e il soccorso ai soggetti colpiti dall'evento ovvero la messa in sicurezza degli edifici danneggiati, nonché la riattivazione di infrastrutture e reti necessarie a garantire il ripristino delle originali condizioni di vita. L'atto può prevedere anche deroghe alla legislazione vigente, purché vengano esplicitamente indicate le disposizioni cui si intende derogare e rispettati, altresì, i limiti stabiliti dalla deliberazione del Consiglio dei ministri, dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle risorse stanziare.

<sup>2</sup> A. CARAPPELLUCCI, *Il potere di ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amministrativo*, T.A.R., fasc. 1, 2010.

<sup>3</sup> M. DI RAIMONDO, (voce) *Protezione civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1988.

<sup>4</sup> V. SALOMONE, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amministrativo - CDS*, 7, 1, 2008, 954 ss.

La pubblicità degli atti in parola viene garantita sia mediante la pubblicazione degli stessi nella G.U. sia attraverso la trasmissione degli stessi ai sindaci interessati per l'ulteriore pubblicazione locale. Altri soggetti nei confronti dei quali ne è prevista la trasmissione sono: per informazione, il Ministro con portafoglio delegato ovvero il Presidente del Consiglio dei ministri e, ai fini dell'efficacia, è essenziale gli atti siano disposti di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

### 3. Le deroghe al Codice dei Contratti Pubblici nell' OCDPC n. 630 del 3 febbraio 2020

Con l'ordinanza n. 630 del 3 febbraio, il Dipartimento della Protezione Civile ha fornito un elenco di deroghe, quantunque provvisorio e passibile di aggiunte o emendamenti, tra le quali figurano anche le deroghe alla normativa del Codice degli appalti.

Esse vengono enumerate agli artt. 3 e ss. dell'ordinanza e possono, a loro volta, essere suddivise in sottogruppi mediante l'applicazione di un criterio squisitamente teleologico. Appare doveroso premettere che, causa la reciproca compenetrazione delle finalità cui le deroghe sono state pensate, la divisione tra i singoli gruppi non è netta. Ciò dal momento che, da una parte, ciascuna delle deroghe in parola risponde alla macro-esigenza di massimizzare l'efficienza di quei pubblici affidamenti resisi necessari alla luce della già citata emergenza sanitaria; dall'altra, invece, sposando la tesi per la quale l'efficienza dell'azione amministrativa risiede nell'adeguatezza alle esigenze espresse dalla realtà<sup>5</sup>, non si può non considerare la mutevolezza della stessa a seconda della contingenza cui essa si trovi duttilmente ad informarsi, caratteristica che, nella

specifica fattispecie, trova riflesso nella presenza di molteplici sub-finalità che i vari gruppi di deroghe sono atti a raggiungere.

Al primo gruppo afferiscono quelle deroghe volte a garantire maggiore celerità negli affidamenti, mediante, innanzitutto, la semplificazione delle procedure d'appalto nelle diverse fasi delle stesse; in tal senso, le deroghe pensate per accelerare i controlli sugli atti delle procedure di affidamento, rendere meno stringenti i criteri di sostenibilità energetica e ambientale e le soglie di rilevanza comunitaria per gli appalti pubblici di forniture di beni e servizi omogenei e analoghi con caratteri di regolarità, ampliare il novero degli appalti rientranti nella disciplina dei contratti sotto soglia, sveltire le procedure di subappalto e facilitare l'erogazione di penali dovute per il ritardato adempimento. Sempre in questa categoria vanno annoverate, da una parte, le deroghe in materia di centralizzazione delle committenze e qualificazioni delle stazioni appaltanti, finalizzate allo snellimento dei controlli del soggetto appaltante e, dall'altra, quelle ragionate per allargare le maglie degli obblighi di pubblicazione e di comunicazione di bandi e avvisi. Infine, sono qui da ricondurre le deroghe atte a favorire l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara per gli interventi strutturali celeri.

Il secondo insieme di deroghe, invece, contiene quelle destinate a sanare le ipotesi di assenza di personale interno che svolga le funzioni di Responsabile Unico del Procedimento, di dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici o ulteriori incarichi di progettazione comunque connessi ai lavori. Tale previsione rivela la sua lungimiranza rispetto allo scenario epidemiologico attuale: qualora non introdotta dalla

<sup>5</sup> F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2005, 763 ss.

probabile carenza di personale sarebbero potute derivare gravi interruzioni nelle procedure di affidamento o esecuzione.

Terza sottocategoria è, ancora, quella relativa all'ottimizzazione nella scelta ed eventuale esclusione del contraente. Sono, infatti, disposte dall'ordinanza delle discipline derogatorie rispetto alle procedure aperte e ristrette di scelta del contraente, nonché rispetto ai criteri di accettazione del Documento di gara unico europeo da parte della stazione appaltante e di verifica da parte di quest'ultima dei requisiti per partecipare ai bandi d'evidenza pubblica, per la certificazione dei quali viene favorito l'uso di autocertificazioni. Per quanto riguarda l'esclusione dei contraenti, viene concessa quella automatica nel caso in cui il numero degli stessi non sia inferiore a cinque e viene altresì autorizzato il soggetto appaltante alla verifica di offerte anomale attraverso la richiesta delle necessarie spiegazioni per iscritto, entro un ragionevole termine compatibile non inferiore a cinque giorni.

Ultima serie di deroghe è quella relativa agli strumenti e dispositivi da utilizzare per comunicare nelle procedure di appalto, inserite al fine di rendere la comunicazione più immediata e accessibile possibile.

#### **4. Contenimento di possibili derive corruttive dello strumento derogatorio e osservazioni conclusive**

Nell'esperienza italiana, purtroppo e tuttavia, la previsione di ipotesi derogatorie in risposta a situazioni emergenziali ha facilitato la proliferazione di comportamenti tesi a traviare l'esercizio della funzione pubblica. Sebbene i contesti cui si

rimanda<sup>6</sup>, non siano lontanamente paragonabili, per criticità e complessità, alle recenti contingenze, gli stessi valgono da chiaro esempio di come l'allontanamento dal percorso canonico di aggiudicazione di un appalto pubblico possa condurre la contrattazione delle stazioni appaltanti con gli operatori privati verso zone grigie che, in assenza delle garanzie cui è informata la disciplina codicistica, costituiscono humus fertile per reciproci e illeciti scambi di utilità<sup>7</sup>.

Siffatte ragioni hanno determinato la scelta del Dipartimento di Protezione Civile di avvalersi dell'ausilio dell'Ufficio Vigilanza Collaborativa e Vigilanze Speciali dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per la stesura delle deroghe in materia di pubblici affidamenti, contenute nelle ordinanze n. 638 e 639, rispettivamente del 22 e 25 febbraio 2020.

Già nel 2016 il Dipartimento si avvale dell'ausilio dell'ANAC, allorquando fu stipulato un protocollo di vigilanza collaborativa finalizzato al monitoraggio dei primi e necessari interventi di messa in sicurezza della popolazione colpita dal sisma in Italia Centrale, anch'essi in deroga alla normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica. Tale istituto consiste in una peculiare attività di vigilanza *ex ante* di ANAC volta a supportare la stazione appaltante nella gestione degli appalti al fine di assicurare legalità e correttezza dell'azione<sup>8</sup>. Il soggetto appaltante, *ex art.* 213 co. 3 lett. h) del Codice dei contratti pubblici, rimane titolare del potere decisionale, ragion per cui il ruolo dall'Autorità, anche in ragione del suo carattere preventivo, si configura come

<sup>6</sup> J. BUGGEEA, *Corruzione e grandi eventi*, in M. ALLENA, M. CAPATINI (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, 28, 87, febbraio 2015, 151 ss.

<sup>7</sup> G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, 16, 2015, 5.

<sup>8</sup> R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, 162.

esclusivamente orientativo e pedagogico<sup>9</sup> più che sanzionatorio.

In conclusione, la scelta del Dipartimento di Protezione Civile di ricorrere all’Autorità per la definizione delle deroghe in materia appare opportuna, anche in prospettiva futura, per due ordini di motivi. Innanzitutto, perché il contenuto delle ordinanze rientra nelle ipotesi di applicazione dell’istituto, trattandosi di un programma straordinario di interventi comprendente appalti di notevole rilevanza economica e impatto sul territorio nazionale. In secondo luogo, guardando alle finalità cui è sottesa l’attività di vigilanza collaborativa, se ne possono individuare ben due: da una parte, essa crea i giusti presupposti per bilanciare la prevenzione dell’insorgenza di fenomeni corruttivi con l’efficacia degli interventi emergenziali pur nel rispetto dei tempi di esecuzione – i rapporti dell’Autorità riportano celeri tempistiche di riscontro –; d’altra parte, il contenimento del rischio che il requisito reputazionale

delle stazioni appaltanti venga ridimensionato a causa dei regimi derogatori nei quali le stesse si trovano ad operare, con conseguente reticenza a partecipare ai bandi di gara da parte delle imprese del settore. Il controllo sulle possibili derive corruttive attivato da un soggetto come l’ANAC fungerebbe, quindi, da certificazione<sup>10</sup> della legalità e trasparenza di tali procedure. Nel considerare il rischio di derive corruttive pur in una tale e grave emergenza sanitaria, il Dipartimento della Protezione Civile ha dimostrato grande avvedutezza. A prescindere, infatti, dal profondo disvalore morale che degli episodi di speculazione su tale calamità nazionale intrinsecherebbero, è cruciale sottolineare i notevoli sprechi di risorse e le molteplici disfunzioni<sup>11</sup> che gli stessi causerebbero a svantaggio della popolazione, già funestata dall’incedere di una pandemia.

(19 marzo 2020)

<sup>9</sup> E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione pedagogica dell’ANAC*, in *Federalismi.it*, 23, 2017, 10-11.

<sup>10</sup> S. BUSSETTI, B. DENTE, *La vigilanza collaborativa a Expo2015, ovvero i vantaggi della complicazione*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2017, 1, 33-36.

<sup>11</sup> F. CARINGELLA, R. CANTONE, *La corruzione spuzza*, Milano, 2017, 17-20.



## L’emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione

Giovanni Di Cosimo, Giacomo Menegus\*

STATE AND REGIONS IN THE FACE OF CORONAVIRUS CRISIS: SEARCHING FOR LOYAL COOPERATION

ABSTRACT: The problematic relationship between State and Regions in the Coronavirus crisis is one of the most controversial and discussed issues, even in public debate. The paper aims at investigating the main reasons for such a conflicting relation. The legal framework of crisis management is examined by underlining how the existing rules were substantively changed by the decree-laws no. 6 and no. 19 of 2020. The result is a marginalization of the role of the Regions. The conclusion is that it is urgent to recover the constitutional principle of loyal cooperation and to re-activate the so-called “Conference system”.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; crisis management; State and Regions; loyal cooperation

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il quadro normativo – 3. La rettifica del quadro normativo – 4. Il decreto-legge n. 6/2020: misure, ambito d’applicazione e leale collaborazione – 5. L’ordinanza n. 1/2020 della Regione Marche: la violazione della leale collaborazione – 6. Le altre due ordinanze marchigiane: prove di dialogo – 7. Le correzioni del decreto-legge n. 19/2020: la cura peggiore del male? – 8. Il necessario recupero della leale collaborazione.

### 1. Premessa

Il tema dei rapporti tra Stato e Regioni nella gestione dell’emergenza *coronavirus* è una delle questioni attualmente più controverse e discusse, soprattutto nel dibattito pubblico.

Pur con tutti i limiti di un esame condotto inevitabilmente “a caldo”, in un contesto che cambia rapidamente nell’arco di pochi giorni, il contributo si propone di analizzare i nodi emersi sinora al fine di capire cosa non funzioni e quali possano essere i correttivi.

Si parte dall’esame del quadro normativo precedente all’epidemia (par. 2), per poi coglierne le modifiche più significative apportate con i decreti-legge nn. 6 e 19 del 2020 (par. 3). Si procede quindi con l’esame più dettagliato di questi atti, partendo dal d.-l. 23 febbraio 2020, n. 6 (par. 4) e si approfondisce la controversia insorta tra Governo e Regione Marche, assunta a paradigma dei problemi e della

\* Giovanni Di Cosimo, Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Macerata. Mail: [giovanni.dicosimo@unimc.it](mailto:giovanni.dicosimo@unimc.it). Giacomo Menegus, Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Macerata. Mail: [giacomo.menegus@unimc.it](mailto:giacomo.menegus@unimc.it). L’articolo è frutto della riflessione congiunta dei due autori; tuttavia la redazione dei parr. 2, 3, 6 è stata curata da Giovanni Di Cosimo, quella dei parr. 4, 5, 7 da Giacomo Menegus, quella del par. 1 e 8 da entrambi. Il presente lavoro è aggiornato al 3 maggio 2020.

conflittualità tra livello statale e regionale (parr. 5 e 6). Chiude la parte di analisi il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, con cenni al recentissimo caso della Regione Calabria (par. 7). Nelle conclusioni (par. 8) si cerca di argomentare come, a prescindere dalle differenti soluzioni legislative susseguitesì, lo scontro tra Regioni e Governo sia dipeso essenzialmente dall'abbandono degli strumenti che concretizzano il principio di leale collaborazione, cui sarebbe bene fare ritorno al più presto.

## 2. Il quadro normativo

Per capire quali siano i ruoli rispettivi dello Stato e delle Regioni nella gestione delle emergenze, occorre riferirsi alla disciplina legislativa, posto che manca una base costituzionale per gli stati d'emergenza. Il testo normativo da cui prendere le mosse è quindi il Codice per la protezione civile del 2018 che contempla tanto competenze legislative statali quanto competenze legislative regionali. Del resto, la protezione civile è una materia concorrente alla cui disciplina contribuiscono entrambi i livelli di governo, nel rispetto dei compiti assegnati dal terzo comma dell'art. 117 Cost.

Sempre il Codice della protezione civile prevede il coinvolgimento di entrambi i livelli di governo nella gestione degli stati di emergenza<sup>1</sup>, per quanto la partecipazione delle Regioni alla gestione delle emergenze sia un dato acquisito da tempo, prima ancora della riforma del titolo V della Costituzione, quando alcuni atti normativi riconoscono alle Regioni poteri di ordinanza per le situazioni di emergenza, a cominciare dalla legge n. 833/1978 che istituisce il servizio sanitario nazionale<sup>2</sup>. Insomma, la gestione delle emergenze si iscrive in un sistema complesso, che richiede l'intervento del livello centrale e di quello regionale tanto sul piano legislativo quanto su quello amministrativo, posto che il legislatore statale, fin dalla legge n. 225/1992, ha «rinunciato ad un modello centralizzato optando per una organizzazione diffusa a carattere policentrico»<sup>3</sup>.

Per completare il quadro vanno aggiunti due aspetti. Il primo riguarda l'attrazione in sussidiarietà di funzioni regionali a livello statale: «In caso di calamità di ampia portata, riconosciuta con la dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è possibile la chiamata in sussidiarietà di funzioni amministrative mediante la loro allocazione livello statale»<sup>4</sup>. Sull'altro fronte, sempre in caso di dichiarazione dello stato di emergenza, gli interventi urgenti delle Regioni possono derogare alle norme statali<sup>5</sup>.

Il secondo aspetto riguarda la necessaria cooperazione fra i soggetti in campo. Non a caso il Codice della protezione civile parla di «attuazione coordinata delle misure»<sup>6</sup>. In conseguenza di tale coinvolgimento nella gestione dello stato d'emergenza, occorre che la Regione «fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Le Regioni adottano provvedimenti «con finalità analoga» alle ordinanze della protezione civile «per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale» (art. 25 d.lgs. n. 1/2018).

<sup>2</sup> V. anche art. 117 d.lgs. n. 112/1998 e art. 50, comma 5, d.lgs. n. 267/2000.

<sup>3</sup> Sentt. 327/2003; 32/2006; 129/2006; 323/200; 8/2016; 252/2016.

<sup>4</sup> Sent. 246/2019.

<sup>5</sup> Sent. 44/2019.

<sup>6</sup> Art. 2, comma 6, d.lgs. n. 1/2018.

<sup>7</sup> Sentt. 8/2016; 246/2019.

Considerato nei suoi tratti essenziali il quadro normativo si fonda dunque su tre pilastri: a) necessario intervento tanto dello Stato quanto delle Regioni; b) meccanismi di flessibilizzazione (possibilità di attrarre in sussidiarietà funzioni regionali a livello statale e possibilità per gli interventi regionali urgenti di derogare alle norme statali); c) necessaria collaborazione nella gestione delle emergenze. A conclusioni non dissimili, ossia l'individuazione di competenze statali e regionali e la necessaria collaborazione fra i due livelli di governo nella gestione delle emergenze, si giunge se si assume la specifica prospettiva della tutela della salute, che pure è una materia concorrente<sup>8</sup>.

### 3. La rettifica del quadro normativo

L'emergenza relativa alla pandemia da *Coronavirus* rientra in questo quadro a partire dal momento in cui, il 31 gennaio scorso, il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza. Tuttavia, dopo qualche settimana, il 23 febbraio, i tratti del quadro normativo vengono significativamente modificati dal d.-l. n. 6/2020 (convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13; sul quale nel dettaglio *infra* par. 4)<sup>9</sup>.

In effetti, l'emergenza *Coronavirus* presenta caratteristiche peculiari rispetto a quelle che l'hanno preceduta, dato che non è localizzata in una sola area territoriale; riguarda tutte le persone presenti sul territorio nazionale (mentre le precedenti hanno coinvolto solo una parte della popolazione, per esempio i residenti nell'area colpita da una calamità naturale); per affrontarla si è ritenuto necessario limitare le libertà individuali<sup>10</sup>. Queste caratteristiche concorrono a spiegare perché l'impostazione del Codice della protezione civile sia stata parzialmente abbandonata dal 23 febbraio. Il d.l. n. 6/2020, atteggiandosi quasi come una fonte sulla produzione, individua nei decreti del Presidente del

---

<sup>8</sup> Cfr., da ultimo, sent. 62/2020: «l'intreccio tra profili costituzionali e organizzativi comporta che la funzione sanitaria pubblica venga esercitata su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi. La presenza di due livelli di governo rende necessaria la definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze» (a commento cfr. C. BUZZACCHI, *LEA, finanziamento pubblico e leale collaborazione. La sanità della Regione Sicilia davanti alla Corte costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 16 aprile 2020).

<sup>9</sup> Cfr. A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in corso di pubblicazione in *La legislazione penale*.

<sup>10</sup> Per mano del Governo e, soprattutto, del Presidente del Consiglio che ha operato per mezzo di una serie di d.P.C.M. (cfr. G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *sistemapenale.it*, 24 aprile 2020).

Consiglio lo strumento principale per l'attuazione delle misure di contenimento<sup>11</sup>, quando invece nel sistema del Codice della protezione civile tale ruolo compete alle ordinanze di protezione civile<sup>12</sup>.

Nondimeno, anche nel mutato quadro resta la complessità del sistema, che richiede l'intervento regionale nella gestione delle emergenze accanto a quello statale. In particolare, il decreto-legge consente l'adozione con ordinanze regionali delle misure contro il diffondersi del virus<sup>13</sup>. Soprattutto, l'art. 2 del decreto-legge apre alle Regioni una via per l'adozione di «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza». La disposizione consente che le adottino nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio, e siccome la situazione emergenziale muta nel corso del tempo, si può pensare che possano adottarle ripetutamente, anche qualora siano già intervenuti decreti del Presidente del Consiglio<sup>14</sup>.

Peraltro, si tratta di una previsione controversa che com'è noto ha dato luogo a conflitti fra il Governo e le Regioni come nel caso dell'ordinanza della Regione Marche di cui si parlerà più avanti. E proprio la consapevolezza di questi problemi ha probabilmente condotto all'ulteriore aggiustamento di rotta impresso dal d.l. 19/2020 del 25 marzo (in fase di conversione; su cui nel dettaglio *infra* par. 7) che abroga l'art. 2 d.l. n. 6/2020<sup>15</sup>.

La chiusura della strada delle "ulteriori misure" non implica una restrizione sostanziale dello spazio regionale. L'intervento regionale resta infatti necessario per la semplice ragione che è opportuno che intervenga l'articolazione pubblica più vicina al luogo dell'emergenza e lo faccia con i necessari margini discrezionali, anche in considerazione della maggiore conoscenza che ha delle peculiarità territoriali<sup>16</sup>. Non a caso, uno dei d.P.C.M. che si sono susseguiti dall'inizio dell'emergenza stabilisce che per specifiche zone del territorio regionale restano applicabili le misure regionali qualora più restrittive

<sup>11</sup> Alla formulazione dei d.P.C.M. ha concorso buona parte del Governo, dato che vengono adottati su proposta del Ministero della salute e sentiti svariati altri ministri (art. 3, comma 1, d.l. n. 6/2020). Per es., il d.P.C.M. 8 marzo 2020 è adottato su «proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze, nonché i Ministri dell'istruzione, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti, dell'università e della ricerca, delle politiche agricole alimentari e forestali, dei beni e delle attività culturali e del turismo, del lavoro e delle politiche sociali, per la pubblica amministrazione, per gli affari regionali e le autonomie».

<sup>12</sup> È vero che il Codice assegna i poteri di ordinanza al Presidente del Consiglio, che può esercitarli tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile (art. 5, comma 1), ma pare chiaro che i d.P.C.M. adottati dopo il nuovo inquadramento ad opera del d.l. n. 6/2020 fuoriescono dal circuito decisionale della Protezione civile. Ed è altrettanto vero che il Codice fra le varie tipologie di rischi cita anche il rischio "Igienico-sanitario" (art. 16, comma 2), ma di nuovo occorre prendere atto che il d.l. n. 6/2020 ha messo in altre mani la gestione di tali rischi.

<sup>13</sup> «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» le misure urgenti per evitare la diffusione del CoViD-19 possono essere adottate con le ordinanze previste dall'art. 32 della l. n. 833/1978, dall'art. 117 d.lgs. n. 112/1998, art. 50 T.U. Enti locali (art. 3, comma 2, d.l. n. 6/2020).

<sup>14</sup> G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 363.

<sup>15</sup> Parimenti controversa si rivela la previsione secondo cui le «autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, comma 2) che pure è stata abrogata dal d.l. n. 19/2020.

<sup>16</sup> Come ricorda da ultimo F. CORTESE, *Stato e regioni alla prova del coronavirus*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 1, 2020.

rispetto a quelle statali<sup>17</sup>. A meno di pensare che si corra il rischio di decisioni regionali eccessivamente condizionate dalla vicinanza con gli interessi presenti sul territorio. Ma sarebbe ben paradossale: per scongiurare un rischio ipotetico, al quale fra l'altro non è estraneo neanche l'apparato statale, si avrebbe un danno certo, costituito dalla mancata considerazione delle peculiarità territoriali dell'emergenza di cui è evidentemente opportuno tener conto.

Ad ogni modo, è importante constatare che tanto nel modello descritto dal Codice della protezione civile, imperniato sulle ordinanze della protezione civile, quanto in quello definito dal d.l. n. 6/2020 e poi corretto strada facendo dal d.l. n. 19/2020, resta centrale il principio di leale collaborazione<sup>18</sup>. Del resto, la distinzione fra livello locale e nazionale dell'emergenza è chiara solo in astratto, ma non regge alla prova dei fatti quando, nella concreta operatività, i due ambiti inevitabilmente si sovrappongono. Ed è per questo che il Codice della protezione civile indica la necessità dell'«attuazione coordinata delle misure».

#### 4. Il decreto-legge n. 6/2020: misure, ambito d'applicazione e leale collaborazione

Così delineato il quadro normativo generale ed individuati i tratti salienti della sua evoluzione, ci si può ora accingere all'esame più da vicino del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, in merito alla cui attuazione è insorto lo scontro tra Governo e Regione Marche.

Nel complesso, l'impianto del decreto-legge è chiaro.

L'art. 1, comma 1, individua innanzitutto l'*ambito di applicazione* delle misure di contenimento e gestione del contagio, che corrisponde a "comuni" o "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». In tali ambiti territoriali «le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Segue dunque, al comma 2 dello stesso art. 1, un elenco dichiaratamente esemplificativo delle *misure adottabili*, che vanno dal divieto di allontanamento ed accesso alle aree interessate dal contagio (lett. a e b), alla sospensione di manifestazioni ed eventi pubblici (lett. c), alla chiusura di scuole (lett. d), musei, luoghi di cultura (lett. e), alla sospensione dei viaggi di istruzione (lett. f), e così via.

Pare evidente che, almeno al momento dell'adozione del decreto-legge, la strategia del Governo fosse quella di limitare i provvedimenti particolarmente incisivi individuati al comma 2 alle sole zone in cui sarebbero potuti insorgere nuovi focolai dell'infezione.

<sup>17</sup> Ove si dice che si «continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni, anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale» (art. 8, comma 3, d.P.C.M. 10 aprile 2020). Ma v. anche l'art. 2, co. 3 del d.l. n. 19/2020, nel quale si prevede che «[I]e altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

<sup>18</sup> Il concetto è stato da ultimo ripetuto dalla Presidente Cartabia nella relazione relativa all'attività della Corte costituzionale: anche al tempo del coronavirus «se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della "leale collaborazione" – il risvolto istituzionale della solidarietà – su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, affinché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico, condiviso obiettivo». (*L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020).

Tuttavia, nel successivo art. 2, il decreto prevede che le già evocate «ulteriori misure» di contenimento possano essere adottate «anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1».

La disposizione funge essenzialmente da *clausola residuale*, in virtù della quale si garantisce una certa flessibilità sia quanto alle specifiche misure da adottare sia quanto all'ambito applicativo<sup>19</sup>. La scrittura non felicissima della norma pone però più di qualche dubbio interpretativo, in special modo per quanto concerne i contenuti che possono essere assunti dalle *ulteriori misure*, e sembra aprire la strada a una ben più diffusa applicazione delle misure di cui all'art. 1, comma 2<sup>20</sup>.

L'art. 3 del decreto individua infine gli *strumenti* e le *autorità* chiamate ad intervenire.

In via principale, l'attuazione delle misure di contenimento e gestione è affidata a norme d'ordinanza che assumono la forma di decreti del Presidente del Consiglio<sup>21</sup>. Questi provvedimenti sono adottati su proposta del Ministro della Salute, sentiti i vari ministri competenti<sup>22</sup> e *sentiti* i Presidenti delle Regioni interessate ovvero, se la misura ha portata nazionale, il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome<sup>23</sup> (art. 3, comma 1).

L'art. 3, comma 2, aggiunge che, «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza», possono essere invece il Ministro della Salute ovvero le autorità competenti nelle zone direttamente interessate dal contagio – ossia Presidenti delle Giunte regionali e Sindaci – a provvedere all'adozione delle misure di conte-

<sup>19</sup> Naturalmente si tratta di una norma di assai dubbia legittimità costituzionale, specie alla luce del principio di legalità in termini di necessaria determinatezza delle previsioni che attribuiscono poteri d'ordinanza. V. infatti le correzioni apportate, sotto questo profilo, nel successivo d.l. n. 19/2020 (art. 1, comma 2).

<sup>20</sup> La Commissione Affari costituzionali alla Camera aveva effettivamente segnalato l'opportunità di specificare se l'art. 2 facesse riferimento a misure ulteriori rispetto all'ambito territoriale; a misure ulteriori (nel senso di diverse) rispetto a quelle elencate nell'art. 1, comma 2; ovvero ad entrambe le ipotesi (v. Camera dei deputati. Commissione I Affari costituzionali. Comitato permanente per i pareri, *Esame e conclusione – Parere favorevole con osservazione sulla Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 6, XVIII Leg.*, in [www.camera.it](http://www.camera.it), scheda iter A.C. 2402 – Esame in Commissione – Sede consultiva, 26 febbraio 2020, 16). Va segnalato inoltre che la Relazione illustrativa al d.d.l. di conversione sembra presupporre che le ulteriori misure di contenimento ex art. 2 possano essere adottate unicamente con d.P.C.M. (si dice infatti che «[l']articolo 2, prevede la possibilità che le competenti autorità, anche al di fuori delle stringenti condizioni delineate dall'articolo 1, comma 1, adottino ulteriori misure di contenimento e gestione delle emergenze sanitarie, con poteri il cui esercizio è disciplinato dall'articolo 3, comma 1, mentre gli ordinari poteri emergenziali sono regolati dal comma 2 dell'articolo 3, che comunque legittima l'esercizio dei poteri stessi nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri previsti nel comma 1»; v. Camera dei Deputati, *Disegno di legge (Conversione in legge del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6)*, n. 2402, XVIII leg., 23 febbraio 2020). Sul punto non c'è stato però l'opportuno chiarimento, richiesto pure nel parere del Comitato per la legislazione (cfr. Camera dei deputati. Comitato per la legislazione, *Esame e conclusione - Parere con osservazioni sulla Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 6, XVIII Leg.*, in [www.camera.it](http://www.camera.it), scheda iter A.C. 2402 – Esame in Commissione – Sede consultiva, 25 febbraio 2020, 3-4).

<sup>21</sup> Almeno questa è la tesi prevalente in dottrina; cfr. almeno M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 121 ss., con ulteriori ampi riferimenti. Per una possibile diversa lettura, nel senso di qualificare i d.P.C.M. come fonte regolamentare, valorizzando l'attitudine ad innovare e modificare l'ordinamento, cfr. G. DI COSIMO, *op. cit.*

<sup>22</sup> Più precisamente la disposizione prevede che siano sentiti «il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia».

<sup>23</sup> Inizialmente denominata nel d.l. n. 6/2020 come «Conferenza dei Presidenti delle Regioni».

nimento e gestione già indicate agli articoli 1 e 2 attraverso ordinanze contingibili ed urgenti (art. 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs n. 276/2000).

Neppure qui il testo del decreto-legge brilla per chiarezza. Giova però ribadire che il legislatore dell'urgenza, pur individuando nel d.P.C.M. lo strumento attuativo per eccellenza, non ha affatto voluto escludere un intervento delle autorità regionali e locali, che in effetti dovrebbero trovarsi nella posizione migliore per intervenire con tempestività rispetto all'insorgere di specifiche criticità nei territori. Si può dire anzi – come ha ben evidenziato Giovanni Boggero<sup>24</sup> – che il legislatore ha sostanzialmente acconsentito ad una temporanea «concorrenza» delle ordinanze regionali e sindacali, quanto meno nelle “more” dell'adozione di ogni nuovo d.P.C.M. che si renda necessario per adeguare all'evolversi della situazione epidemiologica le misure già adottate. Resta da osservare come il legislatore, pur chiamando ad intervenire contestualmente più autorità su diversi livelli, non abbia previsto particolari istanze di concertazione delle azioni messe in campo. Una forma di coordinamento tra Stato e Regioni si può trovare soltanto in relazione all'adozione dei d.P.C.M., per i quali è richiesto un *mero parere* da parte dei Presidenti delle Giunte regionali (o del Presidente della Conferenza), configurandosi così una leale collaborazione “debole”, capace di garantire un certo coinvolgimento delle Regioni senza però appesantire eccessivamente un *iter* che (almeno in questa primissima fase) si è voluto quanto più agile e snello<sup>25</sup>. Si tratta tuttavia di un momento di collaborazione che – come segnalato da Matteo Cosulich<sup>26</sup> – trova probabilmente la sua principale ragion d'essere nell'attrazione in sussidiarietà (realizzata all'art. 1, comma 2) di una serie di materie di non esclusiva competenza statale<sup>27</sup>, dalla quale discende la necessità di un recupero della partecipazione regionale in sede di attuazione<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei dd.PP.CC.mm. sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, cit., 362 ss.

<sup>25</sup> Per lo scarto sul punto rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 1/2018, che prevede invece l'intesa, v. G.P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it); ritiene che si sia compresso eccessivamente il ruolo regionale M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2 aprile 2020, 4. Argomentati dubbi sulla “degradazione” della partecipazione delle Regioni sono stati posti da Elena D'Orlando nel suo intervento programmato al *webinar* del 30 aprile 2020 “Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid 19”, organizzato dall'Osservatorio sulle fonti (la registrazione del Convegno è reperibile su [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)). V. anche *infra* nota 28.

<sup>26</sup> Cfr. M. COSULICH, *op. cit.*, 2 ss.

<sup>27</sup> In via del tutto esemplificativa, tra le materie di competenza concorrente: salute, istruzione, valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; tra quelle residuali: industria, commercio, artigianato, turismo ecc.

<sup>28</sup> Vi sarebbe peraltro molto da dire (ma in questa sede non è possibile approfondire adeguatamente la questione) sulla legittimità di un coinvolgimento così debole delle Regioni in fase discendente, dal momento che il d.l. n. 6/2020 (come pure il successivo n. 19/2020) sembrano implicare – come si è detto – una “chiamata in sussidiarietà” o comunque un “intreccio di materie” tale da richiedere il ricorso all'intesa per l'esercizio delle connesse funzioni amministrative; cfr. *ex pluribus* R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, Relazione al Seminario “Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni”, Roma, 6 aprile 2017, su [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it). Ciò vale sempre che non si voglia ritenere assorbente, applicando il cd. criterio della prevalenza, la competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q); soluzione quest'ultima che appare però problematica a fronte di un'interpretazione rigorosa del concetto di “profilassi internazionale”, che mal si concilia con l'incidenza di molte delle misure previste in ambiti meramente interni al territorio nazionale.

Singolare è poi il correttivo che è stato inserito in coda al comma 2 del citato art. 3 in sede di conversione del d.-l. n. 6/2020, quando già la vicenda marchigiana che ci si accinge a descrivere si era esaurita, prevedendo che le misure adottate da Regioni e Sindaci «perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione». Non si può propriamente definire neppure come una forma di *consultazione* – intesa come livello minimo di collaborazione<sup>29</sup> – dal momento che quella implicherebbe almeno un contatto *ex ante* tra le parti e non *ex post facto*, in modo tale da consentire alla controparte di formulare delle osservazioni prima dell'esercizio del potere d'ordinanza. La comunicazione in questione può semmai portare ad una intempestiva “riparazione” a posteriori (oppure, nei casi più conflittuali, al ricorso al giudice da parte del Governo), ma non configura certo un percorso di leale collaborazione tra le istituzioni.

Nonostante la descritta assenza di adeguate forme di coordinamento (al di là del già citato parere sui d.P.C.M.), non v'è dubbio tuttavia che la leale collaborazione tra livelli di governo, alla luce di quanto detto *supra* (parr. 2 e 3), debba restare il principio costituzionale guida nell'attuazione delle misure di contenimento e gestione dell'epidemia.

### 5. L'ordinanza n. 1/2020 della Regione Marche: la violazione della leale collaborazione

Le primissime azioni di contenimento e gestione successive all'entrata in vigore del d.l. n. 6/2020 hanno però subito visto incrinarsi il meccanismo.

Pur in assenza di contagi accertati sul proprio territorio, lunedì 24 febbraio il Presidente della Regione Marche Ceriscioli annuncia alla stampa la decisione di adottare misure di contenimento in tutto analoghe a quelle adottate dalle Regioni con casi già acclarati; sennonché, proprio nel corso della conferenza stampa viene raggiunto al telefono dal Presidente del Consiglio, che lo invita ad auto-sospendere l'adozione dell'ordinanza fino al giorno successivo, al fine di meglio coordinare gli interventi tra Governo e Regioni.

Il giorno seguente, martedì 25 febbraio, al tavolo tecnico convocato dal Governo, la Regione Marche – almeno stando a quanto emerge dalle cronache – non palesa l'intenzione di procedere con l'adozione del provvedimento.

A distanza di qualche ora, tuttavia – facendo leva sull'ambiguo disposto dell'art. 2 (e sulla presenza di un caso positivo a poca distanza dai confini regionali, in Emilia-Romagna) – il Presidente Ceriscioli approva l'ordinanza n. 1 del 2020<sup>30</sup>, con la quale, a partire dalle ore 00.00 di mercoledì 26 febbraio 2020 fino alle ore 24.00 del 4 marzo 2020, dispone alcune misure di contrasto al contagio che figurano tra quelle di cui all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6/2020 (sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche, chiusura dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole, sospensione dei viaggi di istruzione, chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura e delle biblioteche, sospensione dei corsi pubblici).

<sup>29</sup> Sugli strumenti della leale collaborazione cfr. C. MAINARDIS, *Unità ed articolazione della Repubblica*, in R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, Bologna, 2018, 120 ss.

<sup>30</sup> Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Marche 25 febbraio 2020, n. 1, reperibile nel *Dossier Coronavirus Italia* su <https://www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Coronavirus-Italia-In-costante-aggiornamento>, così come le altre citate nel testo (ultima consultazione 3/05/2020).

La decisione innesca la reazione del Governo, che accusava la Regione Marche di venir meno all'accordo raggiunto al tavolo tecnico appena poche ore prima. Nella notte, il Consiglio dei ministri decide quindi di impugnare l'ordinanza della Regione dinanzi al TAR delle Marche, per chiederne l'annullamento e, in via d'urgenza, la sospensione.

Il 27 febbraio, con decreto del Presidente ai sensi dell'art. 56 c.p.a.<sup>31</sup>, il giudice amministrativo sospende in via cautelare l'ordinanza fino al 4 marzo.

Nel motivare la concessione della sospensiva, il TAR svolge tre considerazioni: in primo luogo, al momento dell'adozione dell'ordinanza non v'erano contagi confermati sul suolo marchigiano, circostanza che collocava le Marche fuori dai casi previsti dall'art. 1; in secondo luogo, non rilevano – ai fini dello scrutinio sulla legittimità dell'ordinanza – gli eventi sopravvenuti, ossia i contagi di lì a poco accertati<sup>32</sup> (secondo il principio del *tempus regit actum*); infine, le "ulteriori misure" di cui all'art. 2 non potrebbero intendersi invasive e restrittive in misura eguale a quelle previste dall'art. 1, sia perché non avrebbe senso consentire l'adozione delle stesse misure tanto in aree interessate da contagi quanto in aree non interessate, sia perché è più ragionevole, secondo una lettura sistematica del decreto-legge, ritenere che le "ulteriori misure" siano diverse e meno invasive di quelle previste all'art. 1.

L'interpretazione offerta dal giudice amministrativo appare nel complesso ben argomentata, specie se posta nell'ottica di coordinamento degli interventi che dovrebbe essere propria del decreto. Va rilevato, tuttavia, che la genericità di presupposti e delle misure indicati all'art. 2 lascia spazio ad una riesplorazione di quei poteri di ordinanza dei Presidenti che invece il decreto avrebbe voluto in qualche misura irregimentare nell'art. 1, comma 1.

Più netta appare piuttosto la violazione del principio di leale collaborazione da parte della Regione, specialmente se si considerano le concrete modalità di adozione dell'ordinanza. La scelta del Governo di ricorrere dinanzi al TAR – in luogo della Corte con conflitto di attribuzioni tra enti – risulta però inevitabile, attesi i tempi assai ristretti e l'assenza di una vera e propria formalizzazione dell'accordo<sup>33</sup>.

Ad ogni modo, a distanza di poche ore dalla pubblicazione della sospensiva, il Presidente Ceriscioli ha emanato una seconda ordinanza contingibile ed urgente (ordinanza 27 febbraio 2020, n. 2), con durata fissata fino alla mezzanotte di sabato 29 febbraio.

<sup>31</sup> V. Tar Marche, decreto 27 febbraio 2020, n. 56, in *Dossier Coronavirus Italia*, cit.

<sup>32</sup> Si v. ordinanza del Presidente della Giunta regionale Marche 27 febbraio 2020, n. 2.

<sup>33</sup> Si consideri che, sebbene la Corte costituzionale disponga per legge del potere cautelare nel conflitto tra enti (art. 40, l. n. 87/1953), pure assistito da strumenti processuali di accelerazione della trattazione dell'istanza cautelare (art. 26 delle Norme integrative), il ricorso cautelare ex art. 56 c.p.a. rimane decisamente il mezzo più celere e snello per ottenere una pronuncia interinale *ad horas*. Dubbia invece l'ipotesi avanzata in dottrina (cfr. F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della repubblica ai tempi dell'emergenza CoViD-19*, in questo fascicolo) di un'applicazione dell'annullamento straordinario: precluso già nell'ordinamento previgente alla riforma del 2001 (Corte cost. sent. n. 229/1989), a maggior ragione un siffatto potere – specie se inteso in via meramente amministrativa – pare problematico nel nuovo assetto costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni (cfr. più diffusamente C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007, 228 ss.).

## 6. Le altre due ordinanze marchigiane: prove di dialogo

Questa seconda ordinanza ripete i contenuti della prima ma, allo scopo di adeguarsi ai rilievi del TAR Marche, enuncia presupposti diversi. In primo luogo, indica il presupposto sostanziale, corrispondente ai casi di contagio nel frattempo riscontrati nel territorio regionale, che faceva difetto al momento dell'adozione della prima. In tal modo soddisfa la condizione per adottare *Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19* posta dall'art. 1 del d.l. n. 6/2020 che fa riferimento ad aree del territorio nazionale «nelle quali risulta positiva almeno una persona», e supera la prima obiezione del TAR relativa, appunto, alla circostanza che non risultavano casi di contagio nella regione al momento dell'adozione dell'ordinanza n. 1.

In secondo luogo, modifica i presupposti normativi eliminando il riferimento della prima ordinanza all'art. 2 del decreto-legge, quello che consente l'adozione di ulteriori misure di gestione dell'emergenza, che pure è stato oggetto di valutazione critica da parte del tribunale amministrativo. L'ordinanza n. 2 individua in premessa una diversa previsione del decreto-legge, il secondo comma dell'art. 3 che, «nei casi di estrema necessità e urgenza», consente di adottare le misure previste dai primi due articoli del decreto legge (ossia, misure urgenti per impedire la diffusione del virus, e ulteriori misure di gestione dell'emergenza) nella forma delle ordinanze di carattere contingibile e urgente del Presidente della Giunta regionale di cui all'art. 32 della legge n. 833/1978 sull'istituzione del servizio sanitario nazionale e poi altre successive disposizioni (art. 117 del d.lgs n. 112/1998 e art. 50 del d.lgs n. 276/2000). Si direbbe dunque che la nuova ordinanza non si fonda tanto sul decreto-legge, ma su tali altre disposizioni, che riconoscono un potere di urgenza in capo alle Regioni e che il decreto-legge si limita a richiamare.

In realtà, anche l'ordinanza n. 1 cita nelle premesse il secondo comma dell'art. 3 del decreto-legge. Ma nella seconda ordinanza questo richiamo normativo svolge un ruolo ben più pregnante: siccome viene meno il riferimento all'art. 2 contenuto nella prima, ecco che il fondamento normativo dell'atto diventano esclusivamente le succitate previsioni sul potere di urgenza in capo alle Regioni che, oltretutto, sarebbe stato ugualmente azionabile anche se il decreto-legge non avesse richiamato le relative previsioni (per sostenere il contrario si dovrebbe pensare che il decreto-legge detta una disciplina speciale che deroga alla disciplina generale sul potere di emergenza in capo alle Regioni, ma sarebbe un'interpretazione assai poco convincente, non fosse altro perché è lo stesso decreto-legge che richiama tale disciplina).

Presupposti a parte, sotto il profilo della leale collaborazione la seconda ordinanza non si discosta dalla linea della precedente: resta un'iniziativa unilaterale della Regione Marche che si è limitata ad emendare i principali problemi di legittimità dell'ordinanza n. 1 evidenziati dal giudice amministrativo. Mentre altre Regioni (ad es., la Liguria, che pure non registrava contagi, con l'ordinanza del 23 marzo) hanno tenuto una linea collaborativa, ricercando un'intesa sulle ordinanze adottate per i rispettivi territori almeno con il Ministero della salute, anche la seconda ordinanza marchigiana nega la collaborazione, ma, diversamente dall'altra, non è stata impugnata dal Governo (probabilmente anche a motivo del ristretto tempo di vigenza, due giorni). Ad esser precisi, l'ordinanza marchigiana cita un'ordinanza della Regione Lazio del 26 febbraio, che effettivamente è stata adottata senza ottenere l'intesa col Governo, ma i cui contenuti sono incomparabili con quelli dell'ordinanza della Regione Marche, nel senso che non incidono sull'esercizio di libertà e diritti sociali come avviene, solo

per fare un esempio, con la sospensione delle attività scolastiche, ma introducono misure (di informazione e prevenzione, per la profilassi, per il monitoraggio delle persone in sorveglianza) che non ricadono su quel delicato piano. Prova ne sia che nelle premesse l'ordinanza laziale cita il d.l. n. 6/2020 laddove consente l'adozione da parte delle autorità competenti di ulteriori misure, intendendo, evidentemente, misure diverse rispetto a quelle indicate dall'art. 1 del medesimo decreto.

Un cambio di rotta della Regione Marche, anche se non ancora una vera e propria inversione, è giunto il 3 marzo con una terza ordinanza, avente contenuti analoghi alle prime due, ma che è stata adottata «informato preventivamente il Ministro della Salute». Sarebbe il segnale della volontà di recuperare sul versante della leale collaborazione, un passo che suona come un ravvedimento della Regione rispetto alla linea dello scontro frontale tenuta inizialmente. Una volontà che però non trova riscontro nelle successive ordinanze, per esempio le ultime adottate (n. 26 e n. 27 del 30 aprile) che non fanno cenno alcuno a forme di previo coordinamento con il Governo.

### 7. Le correzioni del decreto-legge n. 19/2020: la cura peggiore del male?

Durante la vigenza del d.l. n. 6/2020 (conv. in l. n. 13/2020), non risulta che siano sorte ulteriori controversie giurisdizionali tra Governo e Regioni per la gestione dell'emergenza oltre a quella appena descritta<sup>34</sup>.

Si è tuttavia imposta nel dibattito pubblico (e in parte della dottrina) la convinzione che l'assetto immaginato dal d.l. n. 6/2020 non garantisse quel coordinamento necessario per un'efficace attuazione delle misure di contenimento e gestione dell'epidemia.

Va riconosciuto che in effetti una certa conflittualità tra centro e periferie, seppur non tradottasi in puntuali iniziative dinanzi al giudice, è stata spesso la cifra dei rapporti tra Stato e autonomie nelle prime fasi dell'emergenza. Molte Regioni, non trovando soddisfacenti risposte alle proprie istanze nei provvedimenti statali di volta in volta adottati, hanno fatto ampio ricorso al proprio potere di ordinanza, sfruttando gli spazi di manovra assicurati dalla genericità delle «ulteriori misure» di cui all'art. 2 e dalle «more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri» di cui all'art. 3, comma 2<sup>35</sup>.

Pare tuttavia difficile sostenere al riguardo – come pure si è fatto su più fronti – la sussistenza di un'illegittimità *tout court* di tutte le misure regionali più restrittive rispetto a quelle statali adottate con d.P.C.M.: salvo le poche ipotesi in cui la contrarietà alla lettera della Costituzione risulta palese<sup>36</sup>,

<sup>34</sup> La decisione resa lo scorso 9 maggio 2020 dal Tar Calabria, su ricorso governativo, in merito all'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 della Regione Calabria, è stata infatti adottata nell'ambito del nuovo quadro normativo definito dal d.l. n. 19/2020. Vedi *infra* nota 44. Ha avuto poi una certa risonanza il rigetto dell'istanza di sospensione del «divieto di *jogging*» imposto dal Presidente della Giunta regionale campana (Tar Campania, decreto 18 marzo 2020, n. 416); si trattava però di un ricorso proposto da un privato.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. sempre G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dd.PP.CC.mm. sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, cit., 363.

<sup>36</sup> Vedi ad es. il caso dell'ordinanza della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste del 15 marzo 2020, che vietava l'ingresso ai non residenti sul territorio regionale in contrasto con l'art. 120, comma 1, Cost. (sul punto G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1, 2020); difficile argomentare l'ammissibilità di misure restrittive in aperto contrasto con il testo costituzionale sulla scorta del precedente singolarissimo costi-

il più delle volte la dubbia legittimità di talune prescrizioni più restrittive dettate dalle autorità regionali dev'essere ricondotta semmai alla violazione dei parametri di adeguatezza e proporzionalità rapportati alla specifica situazione epidemiologica a livello regionale o locale. Ma si tratta di questioni che attengono evidentemente alla sostanza delle misure regionali e non investono il potere d'ordinanza del Presidente della Giunta regionale di per sé considerato, pienamente fondato nel decreto-legge.

La nuova cornice di riferimento è data dal d.-l. 25 marzo 2020, n. 19 (non ancora convertito).

Oltre alla già citata abrogazione della generica formula delle "ulteriori misure", il decreto si segnala per il tentativo di garantire maggiore coerenza alle misure di contenimento e gestione.

Da un lato, si riprende la logica della collaborazione con le Regioni nella fase di formazione dei d.P.C.M., consentendo loro non solo di esprimere un parere sugli schemi di d.P.C.M. elaborati dal Governo, ma pure di formulare proprie proposte in merito (art. 2, comma 1), così codificando quella che nelle prime fasi dell'emergenza era stata una prassi informale.

Dall'altro lato, il legislatore d'urgenza conferma i poteri d'ordinanza del Presidente della Giunta regionale<sup>37</sup> «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri», circondandoli tuttavia di nuove e particolari cautele (art. 3, comma 1).

In primo luogo, sono meglio precisati presupposti e contenuti, richiedendo per l'attivazione del potere d'ordinanza delle Regioni «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», cui si può far fronte esclusivamente con misure ricomprese «tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2» e che comunque siano «ulteriormente restrittive» e non invece più permissive (avendo come termine di paragone evidentemente le misure disposte dal d.P.C.M. di volta in volta in vigore).

A ciò si aggiunge – quale vincolo ulteriore – una delimitazione dell'ambito di applicazione delle ordinanze regionali, che viene ristretto alle «attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Quanto all'efficacia delle stesse ordinanze, si stabilisce che essa venga meno in via automatica al momento dell'adozione dei d.P.C.M.<sup>38</sup>.

Guardando alla prassi successiva al d.-l. n. 19/2020, che copre un arco di tempo di poco più di un mese, la prova offerta dal "nuovo" assetto del potere d'ordinanza regionale non può dirsi soddisfacente. Al di là dei non pochi problemi interpretativi posti dalla norma (a partire dall'individuazione delle "attività di competenza regionale"<sup>39</sup>), l'art. 3, comma 1, ha mostrato evidenti segnali di ineffettività: a

---

tuito dalla sent. 51/1991 (cfr. A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 427).

<sup>37</sup> Sebbene non vi sia più il richiamo all'art. 32 della legge n. 833/1978, non si vede quale altro strumento sia utilizzabile allo scopo di adottare le misure di cui all'art. 1, comma 2.

<sup>38</sup> Sul punto, criticamente, cfr. R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 673. Perplesità sul funzionamento del meccanismo sono manifestate anche da 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*, 1, 2020, 525 s.

<sup>39</sup> Cfr. G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, cit. Per la dubbia legittimità dell'esclusione dell'intervento regionale nell'ambito delle "attività produttive" (industria, commercio e artigianato) v. l'intervento di Erik Longo al *webinar* del 30 aprile 2020 "Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid 19", cit.

dispetto del meccanismo apparentemente semplice sulla carta, nei fatti è risultato assai complesso determinare persino il venir meno dell'efficacia delle misure regionali più restrittive. Vero è che, in molti casi, le ordinanze regionali hanno introdotto clausole per circoscrivere la propria efficacia sino all'entrata in vigore del futuro d.P.C.M.<sup>40</sup>; ma altrettanto vero è che ciò non ha impedito comunque alle Regioni di "aggirare" tali previsioni, prorogando, riformulando o riproponendo le stesse misure in ordinanze successive<sup>41</sup>.

Non sono mancate peraltro ordinanze che motivano debolmente quanto alle «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario»<sup>42</sup> ed altre che hanno introdotto disposizioni più permissive, in aperto contrasto con la lettera dell'art. 3, comma 1<sup>43</sup>.

Il caso più eclatante in tal senso è rappresentato dall'ordinanza della Regione Calabria n. 37 del 29 aprile 2020, con la quale la Presidente Santelli ha disposto, tra le altre cose, la riapertura delle attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande (con servizio al tavolo all'aperto). Com'è noto, il provvedimento è stato impugnato dal Governo dinanzi al Tar Calabria, che ha avuto gioco facile nell'annullare l'ordinanza, tanto più che difettava nel caso «qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo»<sup>44</sup>.

Va sottolineato però che il Governo, da parte sua, non ha ritenuto di impugnare alcuna delle altre ordinanze regionali di dubbia (o patente) illegittimità. Inutile (se non impossibile) investigare le ragioni di un tale atteggiamento, che risulta almeno in parte differente rispetto a quello assunto con riguardo alle iniziative dei Sindaci<sup>45</sup>. Va piuttosto sottolineato come l'effettività delle misure d'ordinanza

<sup>40</sup> È il caso, restando in ambito marchigiano, di molte delle ordinanze adottate dal Presidente della Giunta regionale (a partire dalla n. 4/2020).

<sup>41</sup> V. ad es. l'ordinanza contingibile e urgente n. 16 dell'11 aprile 2020, del Presidente della Regione Sicilia; l'istanza di sospensione della stessa avanzata in via cautelare è stata rigettata (Tar Sicilia, Sez. I, decreto 17 aprile 2020, n. 458).

<sup>42</sup> Vedi ad es. i casi citati da R. CHERCHI, A. DEFFENU, *op. cit.*, 673, nota 43. L'ordinanza sarda ivi menzionata – che "richiudeva" dopo appena un paio di giorni le attività di commercio al dettaglio di libri riaperte dal d.P.C.M. del 10 aprile – è stata impugnata con richiesta di sospensiva da privati; l'istanza è stata tuttavia rigettata dal Tar Sardegna, Sez. I, decreto 20 aprile 2020, n. 141.

<sup>43</sup> È il caso, ad esempio, dell'ordinanza n. 43 del 27 aprile 2020 della Regione Veneto, con la quale si "anticipano" alcune timide misure meno restrittive di quelle nazionali (in part. possibilità di raggiungere le seconde case anche al di fuori del proprio comune, ma solo a scopi di manutenzione). Oppure l'ordinanza del Friuli-Venezia Giulia del 26 aprile 2020, quanto alla "vendita di cibo e bevande da asporto". Ma gli esempi potrebbero essere molti. Va segnalata tuttavia la decisione cautelare con cui, su ricorso di alcuni lavoratori e associazioni sindacali, il Tar Lombardia ha sospeso l'ordinanza lombarda dell'11 aprile 2020 con la quale si consentiva «la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche, anche se non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020» (cfr. Tar Lombardia, Sez. I, decreto 23 aprile 2020, n. 634).

<sup>44</sup> La decisione del Tar Calabria, 9 maggio 2020, n. 841, è intervenuta proprio quando si stava licenziando la versione definitiva di questo scritto; i profili di interesse della decisione sarebbero molteplici – dal rapporto tra giudizio amministrativo e conflitto tra enti (§§ 10 ss.), alla ricostruzione del quadro delle competenze interessate (§§ 18 ss.), alla violazione della leale collaborazione come «elemento sintomatico del vizio dell'eccesso di potere» (§§ 22) – ma non possono essere qui diffusamente esaminati per evidenti ragioni editoriali.

<sup>45</sup> Ci si riferisce in particolare ai noti casi delle ordinanze sindacali di Ischia e Messina; cfr. F.F. PAGANO, *op. cit.*; nonché N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 1, 2020; A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso*,

regionali abbia finito per prevalere sull'illegittimità – non accertata e tollerata – delle stesse e quindi, da ultimo, sul dettato dell'art. 3, comma 1.

D'altra parte, l'ineffettività della norma è il sintomo dell'inadeguatezza del meccanismo previsto dal d.l. n. 19/2020 a fungere da istanza di coordinamento dell'azione di Stato e Regioni, nonché – più in generale – dell'insufficiente collaborazione tra diversi livelli di governo.

Nel momento in cui si decide (correttamente, a nostro modo di vedere), come fa il legislatore d'urgenza, di mantenere intatto un potere d'ordinanza regionale accanto a quello governativo, appare quanto meno ingenuo pensare di poter risolvere i rapporti tra d.P.C.M. e misure regionali sulla base di semplici automatismi legislativi in assenza di leale collaborazione tra le autorità chiamate ad intervenire.

A meno di non ipotizzare un diffuso ricorso al giudice – certo non auspicabile per il mantenimento di rapporti istituzionali accettabili – sono allora gli strumenti della leale collaborazione a poter garantire un efficace coordinamento tra le azioni di centro e periferia.

## 8. Il necessario recupero della leale collaborazione

Volendo trarre dall'analisi che precede alcune conclusioni (necessariamente provvisorie), si può innanzitutto osservare che nel complesso, al netto di alcune iniziative regionali che forse si sono spinte oltre gli spazi consentiti dal quadro normativo, la vicenda della gestione dell'emergenza si è mantenuta nei limiti della dialettica centro-periferie, con toni accesi e conflittualità a tratti notevole, ma senza strappi clamorosi né da una parte né dall'altra<sup>46</sup>. Si è forse fin troppo enfatizzata in questi frangenti una presunta anarchia delle Regioni e uno stato di scontro permanente con il Governo, probabilmente seguendo più i toni scomposti di una comunicazione istituzionale ormai senza freni (su entrambi i fronti) piuttosto che i contenuti concreti degli atti adottati.

Naturalmente è presto per dare una valutazione complessiva nel merito sul buono o cattivo uso fatto dalle Regioni dello spazio loro attribuito, operazione che sarà possibile solo ad emergenza conclusa.

Sul punto però è bene sgomberare il campo da alcuni equivoci fin troppo ricorrenti. Che le Regioni adottino misure differenziate l'una dall'altra non solo è fisiologico, ma è il senso stesso dell'invenzione dell'istituzione regionale. Il problema sta piuttosto nella capacità della singola Regione di far fronte adeguatamente alle specificità che riguardano il proprio territorio. E su questo fronte è evidente come alcune realtà regionali hanno saputo esercitare ben più efficacemente di altre i propri poteri. Basti confrontare i risultati della risposta veneta con quella lombarda<sup>47</sup>. Sarà allora opportuno verificare, necessariamente sul lungo periodo, quali siano state le ragioni del successo di un modello piuttosto che un altro.

---

*dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina, in Consulta Online, 1, 2020, 224 ss.*

<sup>46</sup> Al netto della già menzionata ordinanza della Regione Calabria n. 37 del 29 aprile 2020 (*supra* note 34 e 44), che peraltro ha trovato sin da subito una difficile applicazione per le resistenze di molti sindaci calabresi, i quali hanno adottato ordinanze contingibili ed urgenti che "ripristinano" i limiti e le restrizioni poste a livello statale.

<sup>47</sup> U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 4.

Quanto alla scarsa qualità dei contenuti di molti provvedimenti, i motivi non vanno certo ricercati nell'attribuzione di per sé del potere d'ordinanza alle Regioni, tanto più che il livello di governo statale non sta offrendo certo esempi luminosi sotto questo profilo e anzi sembra portare le maggiori responsabilità della confusione normativa del momento<sup>48</sup>. Anche qui andranno poi fatti gli opportuni distinguo da caso a caso.

Preme ribadire inoltre quanto si giustamente sostenuto<sup>49</sup>, ovvero che l'aver previsto anche un intervento regionale ha consentito di anticipare sui territori alcuni approcci poi adottati dal livello statale, facendo così delle singole realtà regionali un "laboratorio" per la predisposizione di strategie di contenimento e gestione che lo Stato può poi far proprie.

Ma i vantaggi della differenziazione non possono certo essere confinati alla sola "Fase 1": anche nell'ambito del cauto, progressivo allentamento delle misure disposte per contenere il contagio (cd. "Fase 2") non si può prescindere dal contributo del livello regionale per meglio adattare le misure alle specificità territoriali<sup>50</sup>. Valgono qui le considerazioni svolte per la Fase 1; con la precisazione che l'adozione di misure eccessivamente omogenee a livello nazionale, a fronte di contesti territoriali con situazioni epidemiologiche, capacità di risposta ed esigenze assai differenti tra loro, rischia di urtare con la basilare proporzionalità ed adeguatezza delle norme d'ordinanza (sia pure adottate con d.P.C.M.). Piuttosto, è probabile che le esigenze della leale collaborazione diventino più acute proprio nella Fase 2, quando si allentano le misure restrittive, che di per sé non necessitano di particolare coordinamento, per passare a un regime meno costringente e dunque maggiormente adattabile alle diverse realtà regionali.

Ciò detto, risulta superfluo chiedersi se alla luce di questa esperienza sia necessario rivedere i fondamentali del sistema, assecondando svariate ipotesi che vanno dal riaccentramento delle competenze regionali in materia di salute all'introduzione di una clausola di supremazia. Si tratta di risposte affrettate e tutto sommato inutili, attesa l'esistenza di istituti come la chiamata in sussidiarietà e dell'art. 120 Cost. È evidente poi come tali approcci risentano di una visione congiunturale del regionalismo<sup>51</sup>, influenzata dai trend politici del momento, che tuttavia trascura l'imprescindibile partecipazione del livello decentrato in situazioni come quella che stiamo vivendo<sup>52</sup>.

Non bisogna tuttavia neppure nascondersi che l'attuale dialettica Stato-Regioni è ben lontana dal raggiungere livelli soddisfacenti.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. F. CORTESE, *op. cit.* che discorre di un "fallo di confusione" delle autorità statali.

<sup>49</sup> G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dd.PP.CC.mm. sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, cit., 366; sulla stessa linea M. COSULICH, *op. cit.*, 5.

<sup>50</sup> Sulla necessità di differenziare anche *in via meno restrittiva* cfr. M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *www.biodiritto.org*, *Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 22 marzo 2020; ora *amplius* Id., *Epidemia e Mezzogiorno: la differenziazione necessaria*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 570 ss.; critici rispetto all'eccessivo accentramento per le misure "diminutive" anche U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *op. cit.*, 9.

<sup>51</sup> Così A. MORELLI, A. POGGI, *Editoriale. Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Diritti regionali*, 2, 2020, 6.

<sup>52</sup> Cfr. R. BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in *www.laCostituzione.info*, 3 aprile 2020.

Sotto questo profilo, se l'estrema urgenza e l'assoluta novità della situazione hanno forse giustificato, nei primi momenti, una marginalizzazione delle Regioni nei processi decisionali – basti pensare al mero parere sullo schema di d.P.C.M.<sup>53</sup> e alla sostanziale esclusione della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome<sup>54</sup> – ora è bene che si ritorni al più presto ai consueti strumenti della leale collaborazione, ossia all'intesa "debole" e al sistema delle Conferenze nel suo complesso<sup>55</sup>.

Tali strumenti, peraltro, non sono affatto estranei ad una logica di gestione emergenziale, se solo si tiene conto che già il Codice della protezione civile prevedeva l'acquisizione dell'intesa (non del mero parere) per le relative ordinanze (art. 25, d.lgs. n. 1/2018). E persino nell'attuale contesto non sono mancati interventi assunti sulla base di un'intesa tra il Ministero della Salute e le Regioni<sup>56</sup>.

Il recupero dei modelli di confronto "ordinari" non esclude comunque qualche aggiustamento per la situazione eccezionale, quale può essere – in via puramente esemplificativa – la previsione di termini più brevi degli ordinari per il raggiungimento dell'intesa (art. 3, d.lgs. n. 281/1997). Va auspicato poi, anche dal lato regionale, un ritorno ad atteggiamenti più collaborativi, ipotizzando ad esempio un modello simile a quello dei già citati provvedimenti regionali adottati d'intesa con il Ministro della Salute (ammettendo deroghe in entrambi i sensi, sia più restrittive che più permissive): il che avrebbe peraltro il pregio di consentire una maggiore differenziazione assicurando al contempo tutte le cautele del caso<sup>57</sup>.

L'abbandono dell'attuale situazione di "distanziamento istituzionale"<sup>58</sup> appare ad ogni modo imprescindibile anche per il positivo funzionamento degli strumenti ordinari, i quali senza la "buona volontà" degli attori in campo sono comunque destinati a incepparsi. Il ritorno ad un confronto più serio e minimamente strutturato – quale quello assicurato nell'ambito delle Conferenze – rappresenta tuttavia una preconditione per un dialogo proficuo: come si è detto efficacemente, non basta certo una telefonata a giochi fatti per generare la leale collaborazione<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Vedi *supra* note 25 e 28.

<sup>54</sup> Benché la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome sia chiamata ad esprimersi attraverso il parere del suo Presidente almeno sugli schemi dei d.P.C.M. (art. 3, comma 1, d.l. n. 6/2020; ora art. 2, comma 1, d.l. n. 19/2020), non si può dire che la stessa sia stata messa nelle condizioni di esercitare le sue funzioni, considerato che gli schemi di d.P.C.M. sono stati trasmessi spesso a poche ore dall'approvazione definitiva degli stessi. Sul tema si v. l'intervento critico di Elisabetta Catelani al *webinar* del 30 aprile 2020 "Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid 19", cit. Emblematica è poi la vicenda del d.l. n. 26/2020, concernente il differimento delle elezioni regionali, con l'approvazione di un testo difforme rispetto a quello trasmesso alle Regioni (sul punto v. sempre Catelani).

<sup>55</sup> La Conferenza Stato-Regioni e la Conferenza unificata si sono riunite, a partire dall'adozione del d.l. n. 6/2020, solo quattro volte (12 marzo, 31 marzo, 8 aprile e 7 maggio) per questioni per lo più estranee all'emergenza coronavirus (vanno fatti salvi i pareri resi dalla Conferenza unificata sui d.l. nn. 18 e 19/2020).

<sup>56</sup> Cfr. le ordinanze delle Regioni Emilia-Romagna, Friuli Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte e Veneto, tutte adottate il 23 febbraio 2020, d'intesa col Ministro della Salute.

<sup>57</sup> Forse qualcosa si sta muovendo in tal senso, pur in un contesto di conflittualità; v. *Fase 2: il dibattito fra le Regioni e il Governo sulla ripartenza e sulle competenze regionali*, in *www.regioni.it*, 30 aprile 2020; anche *Fase 2 del coronavirus, riaperture delle regioni: il decreto per accelerarle dal 18 maggio*, su *Il Corriere della Sera*, 30 aprile 2020 (versione *online*).

<sup>58</sup> Così molto efficacemente Elena Di Carpegna Brivio in un suo intervento dello scorso 26 aprile 2020 ad uno dei seminari *online* organizzati dall'Università di Torino nell'ambito del ciclo "Con la ricerca (non) si esce".

<sup>59</sup> U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *op. cit.*, 9.

Solo in tal modo pare si possano evitare pericolose “fughe in avanti” dell’ultimo momento, talune più annunciate (come quella di alcune Regioni guidate da coalizioni di centro-destra), altre già poste in essere e fatte rientrare solo grazie al ricorso al giudice (come quella della Regione Calabria)<sup>60</sup>.

Tutto ciò, va detto chiaramente, nella consapevolezza che la logica della gestione emergenziale nel lungo periodo è insostenibile e che un ritorno alla “normalità costituzionale” è ormai essenziale non solo per la tenuta dei rapporti tra centro e periferia, ma più in generale del sistema costituzionale complessivamente inteso.

*Special issue*

---

<sup>60</sup> V. *supra* note 34 e 44.



## Epidemia e differenziazione territoriale

Marco Betzu, Pietro Ciarlo\*

### EPIDEMIC AND TERRITORIAL DIFFERENTIATION

**ABSTRACT:** The paper examines the regulatory measures taken by the Government to deal with the Sars-Cov-2 epidemic. In particular, the authors highlight how, in addition to introducing excessive restrictions on constitutional freedoms, they adopt a uniform approach, treating reasonably different territorial situations in the same way. This concerned the situation of the main islands, and in particular of the Region of Sardinia, where a different modulation of restrictions to constitutional freedoms would probably have been more appropriate depending on the different danger and other factors relevant to the decision, such as population density and socio-economic context.

**KEYWORDS:** CoViD-19; pandemic emergency; principle of reasonableness; territorial differentiation; constitutional freedoms

**SOMMARIO:** 1. Due domande in cerca di risposta – 2. La limitazione delle libertà individuali – 3. Dal trattare in modo eguale all'uniformare in modo irragionevole – 4. Problemi di bilanciamento.

### 1. Due domande in cerca di risposta

Qual è la tenuta della Costituzione dinnanzi alle situazioni di emergenza? In che modo le disposizioni costituzionali che tutelano i diritti e, soprattutto, il principio supremo di ragionevolezza, costituiscono un limite alle determinazioni governative che mirano a fornire risposte a una pandemia in un momento storico nel quale il Parlamento – che per Costituzione è l'unico organo «eletto dal popolo in base al suffragio universale ed ugualitario, vale a dire democratico»<sup>1</sup> – è il grande assente nel dibattito?

Sono questi gli interrogativi che i costituzionalisti hanno iniziato a porsi in un momento nel quale la necessità di fronteggiare il dilagare della pandemia – generata dal virus SARS-CoV-2, responsabile della patologia nota come CoViD-19 (*Coronavirus Disease 19*) – ha determinato l'adozione di una lunga serie di provvedimenti governativi che, progressivamente, hanno inciso sulle libertà costituzionali di oltre 60 milioni di persone.

I profili di criticità rilevabili in queste misure emergenziali, di cui pur si condivide la comprensibile finalità di tutela della salute collettiva, sono gravi e molteplici.

---

\* Marco Betzu, Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università di Cagliari. Mail: [mbetzu@unica.it](mailto:mbetzu@unica.it). Pietro Ciarlo, Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Cagliari. Mail: [pietrociarlo1@gmail.com](mailto:pietrociarlo1@gmail.com). Sono da attribuire a Marco Betzu i par. 1, 2, 3 e a Pietro Ciarlo il par. 4. Il presente lavoro è aggiornato al 30 aprile 2020.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1995, 75.

## 2. La limitazione delle libertà individuali

Già con il decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 veniva attribuito alle «autorità competenti» il potere di adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, comma 1), individuando il perimetro di esercizio di tali poteri «nei comuni o nelle 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 del menzionato virus». Sulla scia di quanto previsto dalla fonte primaria venivano successivamente adottati numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, tra i quali in particolare il d.P.C.M. 8 marzo 2020 e il d.P.C.M. 9 marzo 2020.

Il primo, limitato ai soli territori siti nella Regione Lombardia e in alcune province del Nord Italia<sup>2</sup>, vietava ogni spostamento delle persone in entrata e in uscita, 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», fermo restando il divieto assoluto di mobilità per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena.

Il secondo, adottato soltanto il giorno dopo, ha esteso le suddette misure all'intero territorio nazionale, vietando altresì «ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico».

Ebbene se, come è noto, l'art. 16 della Costituzione consente limitazioni alla libertà di circolazione per motivi di sanità stabilite con legge, appare assai dubbia la legittimità di limitazioni apposte con un semplice decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, laddove questo assorba in sé compiutamente la disciplina della fattispecie. La funzione della riserva di legge è proprio quella di approntare una garanzia superiore alle libertà individuali nei confronti delle limitazioni che potrebbero derivare dall'intervento di soggetti diversi dal Parlamento<sup>3</sup>, che è invece è risultato quasi del tutto assente. E allora, impregiudicata la qualificazione della riserva di cui all'art. 16 Cost. come assoluta o relativa, siffatta garanzia è stata, nei fatti, sostanzialmente aggirata, soprattutto in forza del rinvio in bianco contenuto nell'art. 2 del decreto-legge n. 6/2020, che attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1. In questo modo si è consentita un'abnorme espansione della discrezionalità amministrativa, perché il potere conferito dalla fonte primaria è risultato caratterizzato da un'indeterminatezza pressoché assoluta, con la conseguenza – stigmatizzata da tempo dalla giurisprudenza costituzionale – «di attribuire, in pratica, una “totale libertà” al soggetto od organo investito della funzione»<sup>4</sup>. Se poi è vero che la Corte costituzionale, in una nota pronuncia<sup>5</sup>, ebbe a far

<sup>2</sup> E segnatamente quelle di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia.

<sup>3</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 57. Per una estesa trattazione dell'istituto, anche a luce dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, si v., recentemente, G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutali*, Torino, 2019, 38 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 115/2011. Tale decisione, peraltro, manteneva ferma la distinzione tra ordinanze contingibili e urgenti da una parte e ordinanze “ordinarie” dall'altra.

salva la categoria delle “ordinanze libere”, in altra occasione fu altrettanto chiara nell’affermare che le stesse non possono «menomare l’esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione»<sup>6</sup>.

Può osservarsi, peraltro, come la prassi applicativa del divieto di spostamento all’interno del territorio nazionale – allora presidiato dalla norma incriminatrice di cui all’art. 650 c.p. – sia sfociata in limitazioni addirittura ben più severe di quelle inizialmente ricavabili in via interpretativa dai d.P.C.M. che si sono succeduti: non già, come era ragionevolmente prospettabile, divieto di spostamento oltre il proprio Comune di residenza<sup>7</sup>, ma addirittura divieto tout court di uscire dalla propria abitazione, salve le ipotesi di necessità malamente descritte nell’inciso sopra citato. La vaghezza della portata semantica delle disposizioni adottate, oltre a ingenerare un’isteria collettiva di manzoniana memoria, ha allargato in maniera non accettabile la discrezionalità dei soggetti preposti a farle osservare, con la conseguenza che non solo i cittadini hanno patito un comprensibile disorientamento, ma anche che ne è stata largamente frustrata proprio la funzione di orientare razionalmente le condotte umane.

Probabilmente reso edotto di tali criticità, il Governo ha successivamente adottato il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, che ha provveduto a operare una più minuziosa descrizione delle misure di contenimento applicabili attraverso d.P.C.M., in qualche modo sanando i vizi sopra evidenziati.

Ciò non ha peraltro eliminato la compressione delle libertà individuali, e in particolare della libertà personale, essendo stato sostanzialmente mantenuto il potere di prevedere «limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza» (art. 1, comma 2, lett a) o la «applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti [...] che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano» (art. 1, comma 2, lett. d). Non sarà inutile osservare la ricorrenza di una situazione fenomenica assai simile a quella cui è sottoposto il soggetto destinatario degli arresti domiciliari di cui all’art. 284 c.p.p. che, significativamente, consente al soggetto di assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario per provvedere alle sue «indispensabili esigenze di vita» ovvero «per esercitare una attività lavorativa», ovvero le stesse attività ritenute necessarie a sopperire ai bisogni primari dell’individuo che costituiscono giustificazione dello spostamento («comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»). Si tratta allora di chiedersi se tali misure rientrino nel campo di applicazione dell’art. 16 della Costituzione oppure incidano sulla libertà personale senza che sia soddisfatta la riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13.

Secondo parte della dottrina la limitazione sarebbe a carico della libertà di circolazione, in quanto mancherebbero sia una degradazione morale del singolo individuo, posto che la limitazione è rivolta indistintamente a tutti i consociati (nel primo caso) o comunque a una cerchia generale degli stessi (nel secondo caso), sia una forma di coazione fisica «a sostegno delle misure impositive della quarantena»<sup>8</sup>. Tali criteri, tuttavia, furono elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale in ri-

<sup>5</sup> Corte cost., sent. n. 4/1977.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 26/1961.

<sup>7</sup> Così A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID19*, in *Forum di Quaderni costituzionali. Rassegna*, 10 marzo 2020.

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 127. Nello stesso senso M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2020.

ferimento a situazioni giuridiche ben differenti da quella attuale<sup>9</sup> – come le misure di prevenzione<sup>10</sup> – e non paiono, pertanto, dotati di un’ apprezzabile utilità euristica.

Il criterio della «degradazione giuridica», autorevolmente proposto in letteratura sin dagli anni Sessanta<sup>11</sup>, evidentemente trascura l’ipotesi – allora nemmeno immaginabile – che ad essere “degradata” sia non la posizione soggettiva del singolo, ma quella dell’intera collettività. Così ragionando, infatti, la libertà personale viene lasciata «priva di garanzie nei confronti di misure coercitive della persona fisica che non siano socialmente degradanti»<sup>12</sup>.

Il criterio della coazione fisica, invece, ove interpretato restrittivamente riduce la coercizione a un impedimento materiale attivo che si frappone all’esercizio della libertà, senza tenere in debito conto gli effetti afflittivi derivanti da un obbligo munito di sanzione. Se, però, si pone mente al fatto che una misura pacificamente coercitiva come gli arresti domiciliari è essa stessa caratterizzata dalla sussistenza di un obbligo giuridicamente sanzionato, allora non sembrano sussistere rilevanti ostacoli a operare un’equiparazione tra le due situazioni<sup>13</sup>, pur non trascurandone gli elementi differenziali. A ciò si aggiunga che incide sulla libertà personale anche «una semplice minaccia della forza se “l’affermazione dell’autorità” [...] sia tale da intimidire l’individuo e da indurlo all’obbedienza anche senza che esso venga toccato»<sup>14</sup>. I controlli capillari posti in essere dalle forze dell’ordine in queste settimane al fine di assicurare il rispetto del divieto di uscire dalla propria abitazione, anche in forza del loro effetto dissuasivo, sono esattamente riconducibili a tale fattispecie, avendo trasformato ogni comune italiano – per usare le parole di Leopoldo Elia – in «una grande cella» nella quale «le uscite sono sorvegliate»<sup>15</sup>.

La medesima conclusione, a fortiori, vale rispetto alla misura della quarantena nei confronti dei soggetti di ritorno da un viaggio all’estero, nei confronti dei quali i controlli sono ancora più stringenti<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> Si tratterebbe, in questo senso, di una particolare forma di interpretazione del testo alla luce della legislazione ordinaria. Sul tema si v., tra gli altri, R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 18 ss.

<sup>10</sup> Significativamente G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 6, osservava che «al di là delle nozioni proposte dai giuristi, si è imposto nella realtà un confine fra libertà personale e libertà di circolazione, che, non casualmente, coincide con quello che storicamente e positivamente si è venuto a fissare fra poteri del giudice e poteri dell’apparato di polizia entro il sistema delle misure di prevenzione».

<sup>11</sup> Cfr. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 190 ss. e, prima ancora, C. MOR-TATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 689 ss.

<sup>12</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 171.

<sup>13</sup> Cfr. R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020, 661, secondo cui «[g]li atti in esame sono formalmente a effetti obbligatori, ma non implicano il mero divieto di lasciare una parte del territorio nazionale, quanto piuttosto integrano l’obbligo sostanziale di rimanere nel domicilio, salve le eccezioni fondate su specifiche ragioni giustificative. [...] In questa prospettiva gli atti in esame rivelano la loro ambiguità: sono a effetti formalmente obbligatori, ma sono anche idonei a restringere la libertà dell’individuo in sé, e non solo nel suo rapporto con il territorio nazionale».

<sup>14</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 181.

<sup>15</sup> L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, ora in *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Milano, 2005, 516, corsivo nostro.

<sup>16</sup> Si v. l’intervista rilasciata da G. LATTANZI a *Giustizia Insieme* il 2 aprile 2020, secondo cui «[q]ueste sono misure limitative della libertà personale che dovrebbero avere una disciplina specifica, compatibile con l’art. 13 Cost., “una disciplina dei presupposti di applicazione e della relativa procedura, che preveda appunto una convalida giudiziale, pur semplificata (attraverso un procedimento telematico)”; una disciplina che nel decreto-legge

Pur sussistendo una zona grigia non immediatamente illuminabile tra la libertà personale e la libertà di circolazione<sup>17</sup>, sembra così confermata una risalente intuizione per la quale il discrimine tra le due dovrebbe essere individuato nella circostanza che mentre la libertà personale protegge la libertà esterna del soggetto in tutte le sue possibili direzioni, le limitazioni della libertà di circolazione e soggiorno sono essenzialmente fondate sulla considerazione del luogo<sup>18</sup>. Ne consegue che se il luogo all'interno del quale la circolazione è limitata non è una parte definita sul piano spaziale, quanto l'intero territorio nazionale, allora la misura incide direttamente sulla persona.

A questo punto, pensare che una compressione della libertà personale, con misure prorogate di settimana in settimana, possa essere giustificata, come taluni fanno, sulla base della particolare natura di simili atti, che in quanto fondati sull'emergenza – in questo caso, peraltro, nient'affatto imprevedibile – sarebbero idonei a derogare all'ordinamento costituzionale perché soddisfattivi dell'unico vero diritto fondamentale, quello alla vita, significa evidentemente ignorare che le garanzie costituzionali servono a tutelare i diritti anche e soprattutto nelle fasi di emergenza. Nessun bilanciamento può invece arrivare a sacrificare il contenuto minimo essenziale dei diritti soccombenti, dovendo sempre adempiere all'onere di ricercare *the less restrictive means*<sup>19</sup>. Checché se ne dica<sup>20</sup>, la nostra Costituzione non conosce alcuna «gerarchia predeterminata di valori intesi in senso sostanziale»<sup>21</sup>.

### 3. Dal trattare in modo eguale all'uniformare in modo irragionevole

Il più evidente aspetto problematico concerne, però, l'estensione a tutto il territorio nazionale di misure di contenimento inizialmente – e con un ritardo non trascurabile, ma che anzi denota un approccio occasionale – approntate proprio per i territori nei quali, come previsto dal decreto-legge n. 6/2020, non era individuata la fonte del contagio.

Una simile estensione pare violare frontalmente il principio di ragionevolezza consacrato nell'art. 3, comma primo, della Costituzione.

Tale disposizione, che come è noto è stata identificata come espressione di un principio supremo nemmeno sottoponibile a revisione costituzionale, impone di trattare in modo eguale situazioni eguali ed in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse. È solo così, per usare le parole di un

---

manca e che “non può certamente essere affidata a un d.p.c.m., pur nella situazione di emergenza in atto” (Gatta). È da osservare inoltre che all'inosservanza di tali disposizioni sono collegate delle sanzioni: una di natura amministrativa, quella relativa alla lettera d), e una di natura penale, quella relativa alla lettera e), e c'è da chiedersi se la loro applicazione potrà resistere al momento del controllo giurisdizionale».

<sup>17</sup> Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, 198, secondo cui, rispetto alla libertà personale, la «molteplicità di possibili estrinsecazioni mal si presta ad una immediata ed esaustiva percezione». Sul punto anche G. DEMURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 374 ss.

<sup>18</sup> Cfr. G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, 354 ss.

<sup>19</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 82.

<sup>20</sup> Cfr. l'intervista rilasciata da G. ZAGREBELSKY a *la Repubblica* del 20 marzo 2020: «*Sta dicendo che non viviamo ore in cui i diritti fondamentali sono sacrificati all'emergenza? "Non direi. Quale diritto è più fondamentale del diritto di tutti alla vita e alla salute?"*».

<sup>21</sup> P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto Pubblico*, 1, 1995, 151.

insigne Maestro, che «l'eguaglianza si realizza in modo effettivo, rispettando una regola di giustizia sostanziale»<sup>22</sup>.

La ragionevolezza opera a maggior ragione proprio nei casi nei quali vengono in rilievo evidenze scientifiche, rispetto a cui le ponderazioni da porre in essere sono relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti rispetto alle esigenze obiettive e alle finalità che si intende perseguire, comunque «tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»<sup>23</sup>. È il rapporto tra fatto e norma, ovvero la congruità dei mezzi scelti rispetto al fine perseguito nel contesto fattuale concreto, che consente di ritenere ragionevole – o meno – l'adozione di determinate misure. In altre parole, sono «le diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [...], e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»<sup>24</sup>.

L'indifferenziata applicazione su tutto il territorio nazionale delle stesse identiche misure di contenimento, peraltro attraverso provvedimenti amministrativi in rapida successione, non sembra, invece, aver tenuto adeguatamente conto del dato epidemiologico, dal quale è emersa – sin dalle prime fasi dell'emergenza – una significativa differenza tra il Nord e il Sud del Paese. Ciò ha riguardato specialmente la situazione delle Isole principali, e in particolare della Regione Sardegna, in cui sarebbe stata probabilmente più opportuna – eventualmente dopo la chiusura iniziale – una diversa modulazione delle restrizioni alle libertà costituzionali in funzione del differente pericolo e degli altri fattori rilevanti per la decisione, tra i quali ad esempio la densità demografica. Non è chi non veda come, di fronte a un virus che si trasmette tramite il contatto interpersonale, proprio il dato della popolazione per chilometro quadrato sia decisivo. Per fare un esempio, mentre la Lombardia presenta una densità di 421,6 persone per kmq, in Sardegna il dato crolla a 68 abitanti per kmq.

Sembra, al contrario, che si sia preferita un'applicazione ipostatizzante del principio di precauzione, per effetto della quale non si sono tenuti in debita considerazione quelli che Pitruzzella ha definito i «rischi sostitutivi nella forma di pericoli che si materializzano o aumentano in conseguenza della scelta regolativa»<sup>25</sup> adottata. Tra questi, in particolare, quelli a carico del tessuto socio-economico, che non è affatto uguale in ogni Regione, tanto che un recente studio dello Svimez ha calcolato «una probabilità di default delle imprese meridionali quattro volte maggiore rispetto a quanto avviene nel resto del Paese»<sup>26</sup>.

Non sarà inutile osservare come le soluzioni adottate in altri Paesi democratici siano state differenti e assai variegate<sup>27</sup>, a dimostrazione del fatto che «non esiste una gestione “a contenuto vincolato” per fronteggiare l'epidemia nel rispetto del “Bene comune”»<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 75.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 1130/1988.

<sup>24</sup> Corte cost., sent. n. 5/2018.

<sup>25</sup> G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020, 3.

<sup>26</sup> SVIMEZ, *L'impatto economico e sociale del covid-19: Mezzogiorno e Centro-Nord*, 9 aprile 2020, 30.

<sup>27</sup> Si v. l'ampia casistica riportata 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*, 31 marzo 2020.

<sup>28</sup> V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020 1277.

#### 4. Problemi di bilanciamento

Le osservazioni che precedono consigliano di sottoporre ad attenta ricognizione tutti gli atti amministrativi man mano adottati, innanzitutto per verificarne l'idoneo fondamento legislativo, anche nella prospettiva che la legislazione stessa possa consentire differenziazioni di trattamento in fase di attuazione. Non bisogna illudersi che il grande slancio unitario con cui gli italiani si sono stretti a coorte di fronte all'epidemia duri per sempre. D'altra parte, non sarebbe neanche giusto e giuridicamente corretto trascurare la valutazione della legittimità degli atti in nome di un'unica motivazione. L'epidemia è un fatto che può giustificare molte cose, ma certo non tutto. Sicuramente non può sopprimere la possibilità di interrogarsi sulla opportunità di diversificare le discipline in relazione alle evidenti differenziazioni che si vanno manifestando nel Paese.

Un vaglio critico sulla giustizia degli atti dei pubblici poteri è indispensabile alla vita della democrazia. Ma esso fatalmente spinge verso considerazioni di carattere etico e politico, al confine del giuridico. Tuttavia, per noi giuristi, soprattutto nell'ambito dell'emergenza, può bastare considerare giusti gli atti che appaiono legittimi, vista la straordinarietà, la necessità e l'urgenza dei casi. Un tale vaglio critico si mostra, inoltre, proficuo anche da un punto di vista pratico: ragionare oggi in punto di legittimità, come sempre deve fare il giurista per concorrere alla salvaguardia della civiltà democratica, significa anche limitare il contenzioso domani, quando lo slancio unitario si sarà attenuato.

In primo luogo, e in via di esemplificazione, vogliamo attirare l'attenzione sugli atti che le pubbliche amministrazioni adottano per adeguarsi alle necessità organizzative poste dal momento. Uno dei casi meno complessi da affrontare è quello della proroga di termini disponibili dalla P.A.

Innanzitutto, crediamo che la proroga debba essere disposta con un atto idoneo dal punto di vista della forza e ovviamente della competenza. Ma non basta, la proroga non si sottrae al vaglio relativo agli ordinari caratteri della legittimità. Se, ad esempio, il termine fosse spostato eccessivamente in avanti la proroga stessa apparirebbe chiaramente illegittima. Forse saranno necessarie mille proroghe, ma, come sappiamo, questo è un concetto non estraneo al nostro ordinamento, eppure esse dovranno essere giuridicamente corrette e perciò anche coerenti con le esigenze di fatto che le consigliano.

Questa tematica si mostra estremamente più complessa quando coinvolge diritti costituzionalmente stabiliti e la compressione di essi deriva da attività non direttamente connesse alla tutela della salute pubblica. Ad esempio, in ragione di quest'ultima è stata disposta la chiusura delle scuole e delle università, invitando a svolgere didattica telematica. La cessazione delle tradizionali lezioni in presenza fisica attiene alla tutela del diritto alla salute, che naturalmente prevale sul diritto allo studio degli studenti e sul diritto-dovere all'insegnamento. Ma la disciplina della didattica in via telematica non riguarda più la tutela della salute, bensì l'implementazione del diritto allo studio<sup>29</sup>. Di conseguenza cambia anche il bilanciamento dei diritti. Se per svolgere la didattica a distanza fosse necessaria una attenuazione della tutela della riservatezza, come una pubblicizzazione di indirizzi di vario tipo a partire da quelli telefonici, non esiteremmo a ritenere che a prevalere debba essere il diritto allo studio. Analogamente, se per scelte meramente organizzative qualche docente dovesse risultare emarginato

<sup>29</sup> Sul punto P. CIARLO, *La scuola come contropotere critico: ovvero in difesa della didattica in presenza*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2020.

bisognerebbe fare in modo che il suo diritto all'insegnamento, presidio fondamentale di libertà e pluralismo, non venga conculcato.

Al tempo dell'epidemia gli interpreti qualificati sono chiamati a consolidare gli esiti dei bilanciamenti tra diritto alla salute ed altri diritti costituzionali, ma anche dei bilanciamenti tra altri diritti costituzionali. Naturalmente, come sempre, quando si opera un bilanciamento di diritti entrano in gioco logiche valoriali, ma anche considerazioni di fatto che attengono all'effettività stessa dei diritti. Perché il diritto allo studio ceda dinanzi al diritto alla salute c'è bisogno che la frequentazione delle scuole costituisca un reale pericolo per l'incolumità sanitaria personale, come peraltro unanimemente ritenuto. Dunque, come più estesamente illustrato in precedenza, nell'applicazione del principio di eguaglianza e nell'utilizzazione del criterio della ragionevolezza, non si può prescindere da un'attenta ricostruzione dei fatti.

In riferimento all'epidemia che sta flagellando il nostro Paese, scienziati di diverse discipline si stanno giustamente interrogando sulle ragioni della maggiore virulenza che essa ha assunto nelle Regioni del Nord e, segnatamente, in Lombardia. Probabilmente si tratta di un insieme multifattoriale di cause meteorologiche, ecologiche e sociologiche. Tra queste ultime l'elevata densità demografica e la vivacità del tessuto economico che, a fabbriche aperte, presuppone una grande mobilità casa-lavoro e tra i luoghi della produzione. All'estremo opposto si colloca invece la Sardegna. Certo, per la sua insularità, ma non solo. Essa, infatti, è tra le Regioni italiane a più bassa densità demografica e l'apparato industriale è di ridottissime dimensioni. Già la chiusura delle scuole, delle università, dei pubblici esercizi e di gran parte dei servizi ha significato la realizzazione di un distanziamento sociale pressoché integrale. Questo dato di fatto rinvia all'interrogativo sulla necessità che le strategie di contrasto debbano essere assolutamente identiche in tutto il Paese o se possano contemplare delle diversificazioni su base territoriale.

In fin dei conti queste riflessioni, su differenziazione territoriale e bilanciamento dei diritti, valgono per la Sardegna, ma possono essere utili anche per altre Regioni del Mezzogiorno.

## Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza CoViD-19

*Fabio Francesco Pagano\**

THE PRINCIPLE OF UNITY AND INDIVISIBILITY OF THE REPUBLIC AT THE TIME OF EMERGENCY  
COViD-19

ABSTRACT: The Author meditates on the conflicting relationship between the State and territorial autonomies during the CoViD-19 emergency. He reflects on the emergency regulations through administrative orders enacted by regional and local authorities and the safeguard of the principle of unity and indivisibility of the Republic by the Government. He, also, thinks about the use of the principle of subsidiarity to entrust the management of the emergency to the State.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; territorial autonomies; administrative orders; subsidiarity

SOMMARIO: 1. Alle origini del conflitto: la vicenda del contenzioso tra il Governo e la Regione Marche – 2. I poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost. e l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi a tutela del principio unitario – 3. I margini di esercizio del potere di ordinanza dei Presidenti di Regione e dei Sindaci nel DPCM 8 marzo 2020 e nel D.L. 2 marzo 2020 n. 9 – 4. I limiti ai poteri contingibili e urgenti dei Presidenti di Regione e dei Sindaci nel D.L. 25 marzo 2020 n. 19 e l'annullamento straordinario dell'ordinanza messinese – 5. Le prospettive future di regolazione dell'emergenza.

### 1. Alle origini del conflitto: la vicenda del contenzioso tra il Governo e la Regione Marche

L'emergenza sanitaria in corso ha indotto il Governo a adottare una serie di misure eccezionali volte ad impedire la diffusione del contagio. Inizialmente attraverso la deliberazione del Consiglio dei ministri dello stato di emergenza sanitaria sull'intero territorio nazionale il 31 gennaio 2020 e poi per il tramite del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 cui si sono aggiunti, con l'aggravarsi della crisi, altri decreti-legge e soprattutto DPCM, oltre che un numero esponenziale di ordinanze contingibili e urgenti dei Presidenti di Regione e dei Sindaci. In particolare, l'art. 1 del predetto D.L. n. 6 del 2020 ha attribuito alle autorità amministrative competenti il potere di adottare, «nei comuni e nelle 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 del menzionato virus» ogni misura ritenuta idonea al contenimento del contagio. Allo stesso tempo, il comma 2 dello stesso art. 1 ha individuato in via esemplificativa una serie di misure, che le

\* *Assegnista di ricerca in Diritto pubblico nell'Università Luiss Guido Carli di Roma. [fpagano@luiss.it](mailto:fpagano@luiss.it). Il presente lavoro è aggiornato al 2 maggio 2020.*

autorità competenti possono predisporre, anche fortemente restrittive di alcune libertà individuali e collettive costituzionalmente garantite. Tra queste, la limitazione degli spostamenti, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di salute o di necessità o la sospensione delle manifestazioni organizzate, nonché degli eventi in luogo pubblico o privato. Inoltre, l'art. 2 del D.L. in questione consentiva alle autorità amministrative in parola di adottare misure ulteriori, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 1, comma 1.

Veniva infine precisato che l'attuazione di tutte le citate prescrizioni era rimessa a decreti del Presidente del Consiglio, adottati su proposta del Ministro della Salute, sentiti i vari ministri competenti e i Presidenti delle Regioni interessate (o il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, se la misura ha portata nazionale). Nelle more dell'adozione di tali decreti, l'art. 3, comma 2, del D.L. n. 6 del 2020 disponeva che fossero le autorità competenti delle zone interessate dal contagio, ossia i Presidenti delle Regioni e i Sindaci, ad approntare in via d'urgenza le misure di contenimento già indicate con le ordinanze contingibili e urgenti di cui all'art. 32 della legge n. 833 del 1978, all'art. 117 del d.lgs. n. 122 del 1998, e all'art. 50 del D.lgs. 267 del 2000).

Sull'interpretazione dell'art. 2 del D.L. n. 6 del 2020 si è appuntato il contenzioso sorto davanti al TAR di Ancona (decreto 27 febbraio 2020, n. 56) che ha interessato il Governo e la Regione Marche. Quest'ultima, infatti, facendo leva sulla disposizione in questione ha emanato un'ordinanza, sostanzialmente confermativa di una già precedente adottata e poi sospesa in attesa del vertice tenutosi il 25 febbraio tra il Presidente del Consiglio e i Presidenti delle Regioni, con la quale ha disposto, a partire dalle ore 00.00 di mercoledì 26 febbraio 2020 fino alle ore 24,00 del 4 marzo 2020, una serie di misure fortemente limitative delle libertà dei cittadini.

Il Presidente del TAR ha fatto uso del potere cautelare monocratico riconosciutogli dall'art. 55 del c.p.a. per sospendere l'ordinanza impugnata dal Governo sussistendone, a detta dell'organo giurisdizionale in questione, i presupposti previsti dalla legge dovendo interpretarsi le misure «ulteriori» adottabili dalle Regioni nel senso di «interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6». A prescindere dai contenuti del provvedimento monocratico adottato dal TAR, la vicenda si presta ad alcune considerazioni in ordine ai rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali. In particolare, non può non destare qualche perplessità la scelta del Governo di far fronte ad un provvedimento contingibile e urgente del Presidente della Regione emanato al di fuori dei presupposti previsti dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 del D.L. n. 6 del 2020, attraverso il ricorso al giudice amministrativo, ossia alla stregua di un soggetto privato o di un qualsiasi ente pubblico o ente territoriale che intenda reagire contro un provvedimento lesivo della propria sfera giuridica. La singolarità della scelta di ricorrere al giudice si apprezza maggiormente se si considerano il tenore del provvedimento impugnato e il particolare contesto politico in cui è maturata la sua adozione. Quanto al contenuto, il provvedimento in questione incideva in modo assolutamente significativo sul godimento di alcune libertà costituzionali fondamentali e sull'erogazione di servizi pubblici essenziali in una parte del territorio nazionale. Così facendo, anticipava le misure che da lì ad una settimana sarebbero state adottate dal Governo, prima con riferimento alla Regione Lombardia e a undici province del nord Italia e poi con riguardo all'intera penisola, rispettivamente con i DPCM 8 marzo del 2020 e 9 marzo del 2020. Con riferimento al contesto politico-amministrativo, l'ordinanza impugnata era stata adottata a seguito di palesi contrasti tra il Go-

verno e la Regione in ordine alle modalità di gestione della crisi sanitaria, che il vertice del 25 febbraio evidentemente non era riuscito a superare. Pertanto, a fronte di un provvedimento contingibile e urgente adottato dal Presidente della Regione al di fuori dei presupposti previsti dal decreto-legge che ne autorizzava l'emanazione e i cui contenuti sospendevano in una parte del territorio dello Stato alcune libertà fondamentali, l'esecutivo, cui il combinato disposto degli artt. 5 e 120 Cost. attribuisce il compito di garantire l'unità giuridica ed economica della Repubblica, non ha ritenuto di avere altro strumento a propria disposizione se non il ricorso al TAR.

## 2. I poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost. e l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi a tutela del principio unitario

Invero, l'ordinamento attribuisce allo Stato e per esso al Governo una serie di poteri, certamente *extra ordinem*, attraverso i quali reagire all'adozione di atti amministrativi che non siano semplicemente illegittimi ma abbiano un contenuto tale da pregiudicare i fondamentali valori di unità e indivisibilità appena citati. In particolare, l'annullamento straordinario di cui all'art. 2, comma 3, lett. p), della legge n. 400 del 1988 e di cui all'art. 138 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che la Corte costituzionale ha interpretato quale atto di alta amministrazione finalizzato all'autotutela del carattere unitario della stessa Repubblica, che trova il proprio fondamento nell'art. 5 Cost. (Corte cost., sent. n. 73 del 1960). Vero è che la stessa Corte, con una pronuncia che non ha mancato di destare a suo tempo alcune critiche<sup>1</sup>, ha escluso che il rimedio in parola possa essere impiegato per annullare gli atti amministrativi delle Regioni (sent. n. 229 del 1989), ma è altrettanto vero che la tale pronuncia si inseriva in un contesto di rapporti tra lo Stato e autonomie regionali sensibilmente diverso, ove il controllo sugli atti amministrativi delle Regioni era essenzialmente decentrato in forza del contenuto dell'art. 125, comma 1, Cost.

Dopo la riforma del Titolo V, parte II, della Cost., il combinato disposto degli artt. 120 Cost. e 8, comma 4, della legge n. 131 del 2003, sembra suggerire un'interpretazione in parte diversa. L'art. 8, comma 4, prevede che «[n]ei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari». Non si vede perché, come pure suggerito in dottrina<sup>2</sup>, l'intervento sostitutivo previsto dalla norma in questione non possa consistere nell'annullamento straordinario dell'atto amministrativo regionale idoneo a pregiudicare, come nel caso di specie, i valori presidiati dagli artt. 5 e 120 Cost. Del resto, il campo di elezione dei poteri sostitutivi in parola è proprio quello delle emergenze costituzionali a garanzia di eguaglianza, sicurezza e legalità<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> R. BIN, *Annullamento governativo degli atti amministrativi regionali: è proprio l'ultima parola?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 991.

<sup>2</sup> A. PITINO, *Il potere governativo di annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi. Riflessioni a margine dell'annullamento disposto dal Governo delle norme dello Statuto del Comune di Genova riguardanti l'elettorato attivo e passivo degli Stranieri*, in *Le Regioni*, 6, 2006, 1147 ss.

<sup>3</sup> L. BUFFONI, *La straordinarietà perduta dell'art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *forumcostituzionale.it*, 31 gennaio 2020, 7.

Certo, è ben possibile che il Governo abbia deciso di optare per il ricorso giurisdizionale onde evitare di intraprendere una strada che, dal punto di vista interpretativo, appariva forse più impervia e suscettibile di aprire, almeno in astratto, un altro fronte di contenzioso con la Regione Marche in sede di conflitto tra enti. In questo modo, però, ha “giurisdionalizzato” una questione che era prima di tutto politico-amministrativa, lasciando al Presidente del TAR di Ancona la responsabilità di sospendere in via monocratica l’efficacia di un provvedimento che l’esecutivo avrebbe potuto invece annullare. Insomma, una scelta quella del Governo non tanto dettata da ragioni di celerità, a fronte della successiva vicenda del tempestivo<sup>4</sup> annullamento straordinario dell’ordinanza n. 105 del 2020 emanata dal Sindaco di Messina di cui si dirà, ma da ragioni di opportunità politica. Del resto, l’istituto in parola prevede, oltre all’acquisizione del parere del Consiglio di Stato, la delibera del Consiglio dei ministri, circostanza che presuppone l’esistenza di una condivisione politica in seno al Consiglio in ordine alla volontà di ricorrere al provvedimento *extra ordinem* in questione. In ogni caso, tale scelta rischia anche di interpretarsi come una fuga dalla responsabilità di adottare direttamente un provvedimento di annullamento. Si è prediletta la sua sospensione da parte del giudice che, visti i brevi termini di efficacia dell’ordinanza, la quale cessava di produrre effetti il 4 marzo, si sarebbe potuto esprimere collegialmente sulla domanda cautelare solo nell’ultimo giorno di vigenza della stessa (la camera di consiglio era stata infatti fissata in tale data).

### 3. I margini di esercizio del potere di ordinanza dei Presidenti di Regione e dei Sindaci nel DPCM 8 marzo 2020 e nel D.L. 2 marzo 2020 n. 9

Dopo la vicenda in questione, l’emergenza epidemica si è aggravata al punto da divenire “pandemica” con la conseguente necessità di allocare in capo al Governo e alla Presidenza del Consiglio una gestione maggiormente unitaria della crisi attraverso l’adozione di misure fortemente limitative delle libertà individuali e collettive dei cittadini. Tale imprescindibile esigenza di unitarietà non ha impedito al Governo di ribadire all’art. 5, comma 4, del DPCM 8 marzo 2020 che resta salvo il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni di cui all’art. 3, comma 2, del D. L. 6 del 2020 ma, allo stesso tempo, lo ha indotto a circoscrivere<sup>5</sup>, invece, i poteri emergenziali dei sindaci tramite l’art. 35 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9 in forza del quale «a seguito dell’adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da CoViD-19 non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l’emergenza predetta in contrasto con le misure statali».

La prima delle due disposizioni in parola ha consentito da subito ai Presidenti della Regione Campania e della Regione siciliana di avvalersi dei propri poteri contingibili e urgenti per disporre misure più stringenti rispetto a quelle statali. Si tratta, rispettivamente, delle ordinanze n. 15 del 13 marzo 2020 e n. 6 del 19 marzo 2020, i cui contenuti, in quanto tesi a specificare quelli alle volte alquanto generi-

<sup>4</sup> La peculiare celerità con cui si è addivenuti alla resa del parere del C. d. S. e alla successiva emanazione del DPR 9 aprile 2020 di annullamento straordinario è più volte evidenziata da N. PIGNATELLI, *L’annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un’ordinanza comunale: il Covid19 “non chiude” lo stretto di Messina*, in *dirittiregionali.it*, 12 aprile 2020, 568 ss.

<sup>5</sup> *Contra* A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *dirittiregionali.it*, 21 marzo 2020, 376 ss.

ci dei DPCM dell'8, del 9 e dell'11 marzo 2020, intensificavano le misure limitative della libertà di circolazione nella Regione, ma che i Presidenti erano comunque competenti ad emanare proprio in forza dell'art. 3, comma 2, del D. L. n. 6 del 2020<sup>6</sup>. Con la conseguenza, però, si sottoporre i cittadini campani e siciliani, senza giustificazione, ad una più stringente limitazione delle loro libertà individuali rispetto ai residenti in altre parti d'Italia, a tutto discapito del principio di eguaglianza<sup>7</sup>.

Anche in questo caso sulla vicenda è stato chiamato a pronunciarsi il giudice amministrativo<sup>8</sup>, stavolta però su istanza di un privato. Questi, con una motivazione invero alquanto laconica incentrata sulla gravità dell'emergenza e sul suo acuirsi, poi reiterata in ulteriori pronunzie, ha rigettato la richiesta di sospensione monocratica senza riscontrare alcun contrasto tra siffatta ordinanza e le meno stringenti misure previste a livello statale. Il TAR nulla argomentando in ordine al rispetto dei limiti già previsti dall'art. 3, comma 2, del D. L. n. 6 del 2020 per l'adozione di siffatte ordinanze che andavano emanate «nelle more» dell'adozione dei DPCM e in casi di «estrema necessità ed urgenza». Tra l'altro senza che fosse espressamente prevista la possibilità di prevedere «misure ulteriormente restrittive» rispetto a quelle statali, come poi avverrà con l'art. 3, comma 1, del D.L. 19 del 2020.

Invero, il complesso bilanciamento tra la salute quale «interesse della collettività» e le altre libertà individuali e collettive oggetto di limitazione dovrebbe spettare in via esclusiva allo Stato, lasciando alle Regioni la mera esecuzione della disciplina nazionale in questione senza ulteriori margini di attuazione/integrazione. Tanto dovrebbe evincersi dalle riserve di legge che presidiano le libertà fondamentali in gioco<sup>9</sup>, dall'attribuzione alla potestà legislativa esclusiva dello Stato della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» e dalla salvaguardia del principio unitario<sup>10</sup> che, proprio in un momento di estrema emergenza quale quello attuale, necessità di una maggiore considerazione. Beninteso, salvo che non ci si trovi in presenza di elementi di differenziazione rispetto al resto del territorio nazionale che, unitamente all'urgenza di provvedere, possano giustificare il ricorso al potere di ordinanza in parola nelle more dell'intervento centrale. Nel caso di specie, però, lo Stato era ulteriormente intervenuto attraverso l'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020 che, pur intensificando le limitazioni già previste dai precedenti DPCM, conteneva delle previsioni comunque meno stringenti rispetto a quelle adottate nelle Regioni appena citate. Soprattutto, l'art. 1, lett. b) che consentiva l'attività motoria individuale nei pressi della propria abitazione e nel rispetto della distanza di un metro tra ciascuna persona. Sotto questo aspetto, quindi, il contrasto delle ordinanze regionali con il D.M. sopravvenuto appena citato non poteva essere più evidente<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione ai tempi del COVID 19*, in *forumcostituzionale.it*, 10 marzo 2020, 10.

<sup>7</sup> In questo senso pure G. TROPEA, *Il Covid 19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, 11 ss.

<sup>8</sup> TAR Campania – Napoli, Sez. V, decreto 18 marzo 2020, n. 416.

<sup>9</sup> 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*, 20 marzo 2020, 881 ss.

<sup>10</sup> Su cui di recente F. PASTORE, *Brevi considerazioni su unità e indivisibilità della Repubblica italiana*, in *dirittifondamentali.it*, 17 maggio 2019.

<sup>11</sup> A. RUGGERI, *op. cit.*, 376.

La seconda disposizione del predetto D.L., n. 9 del 2020 non ha ostacolato invece l'adozione, ad esempio, da parte del sindaco di Messina, ex art. 50 TUEL, di un'ordinanza sanitaria, la n. 60 dell'11 marzo 2020, i cui contenuti stridevano palesemente con i DPCM adottati a livello centrale, specie il DPCM 11 marzo 2020. Il Sindaco, oltre a sospendere del tutto qualsiasi attività economica, anche in contrasto con il DPCM 11 marzo 2020, si attribuiva competenze in ordine alla limitazione della libertà di circolazione sul territorio comunale e, di conseguenza, in ordine all'ingresso nello stesso territorio della Regione Siciliana. Tutte misure che certamente spettavano al solo Governo in ragione del carattere nazionale e, per il vero, mondiale dell'emergenza, oltre che in ragione dell'art. 120, comma 1, Cost. Anche in questo caso, la reazione dell'esecutivo a tutela dell'unità dell'ordinamento non si è estrinsecata in provvedimenti volti a rimuovere formalmente l'ordinanza contingibile e urgente in questione, bensì esclusivamente in una nota del Prefetto tesa a chiarire che l'ordinanza deve considerarsi nulla e priva di effetti alla luce del predetto art. 35 del D.L. n. 9 del 2020. Il che, però, finché detta nullità non è dichiarata giuridicamente, non impedisce il prodursi di effetti apparenti, con evidenti ricadute in termini di certezza del diritto per i cittadini, come pure successivamente evidenziato nel parere reso dal Consiglio di Stato in sede di annullamento straordinario<sup>12</sup> dell'ordinanza sindacale n. 105 del 2020.

#### 4. I limiti ai poteri contingibili e urgenti dei Presidenti di Regione e dei Sindaci nel D.L. 25 marzo 2020 n. 19 e l'annullamento straordinario dell'ordinanza messinese

Il successivo D.L. 25 marzo del 2020, n. 19 all'art. 3, comma 1, si è premurato di dettare una più organica disciplina della gestione dell'emergenza e, di conseguenza, ha ulteriormente regolato i margini di intervento delle Regioni circoscrivendoli entro limiti abbastanza puntuali ma non per questo capaci di arginare il moltiplicarsi delle ordinanze regionali e comunali. Infatti, si è previsto che le Regioni possono intervenire «nelle more» di adozione dei DPCM, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel territorio o in una parte di esso» esclusivamente con «misure ulteriormente restrittive» tra quelle preventivamente individuate dal legislatore all'art. 1, comma 2 e solo «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Si tratta, evidentemente, di un modello astrattamente ispirato al criterio di «cedevolezza» ma con esiti inappaganti in ragione del continuo susseguirsi di DPCM e ordinanze regionali che ha reso tutt'altro che agevole individuare il momento in cui «scatta la cesoia della cedevolezza»<sup>13</sup>. Anche il ricorso al criterio del «tetto minimo» e, quindi, alla possibilità per le ordinanze in parola di adottare solo nome più restrittive rispetto a quelle statali si è rivelato fallace nella misura in cui non ha impedito forti sperequazioni tra i cittadini di diverse Regioni<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Al riguardo, N. PIGNATELLI, *op. cit.*, 580, sottolinea «tutta l'inutilità giuridica» della sanzione dell'inefficacia che non può sostituire la tutela costitutiva dell'annullamento con effetti retroattivi garantita dal giudice o dal rimedio straordinario di cui all'art. 138 TUEL.

<sup>13</sup>F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 6 aprile 2020, 14.

<sup>14</sup>C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020, 8.

Tra gli esempi più eclatanti di trattamenti differenziali incidenti su libertà fondamentali, è possibile annoverare la quarantena obbligatoria di quattordici giorni per quanti abbiano violato le misure di contenimento in ragione della “potenziale esposizione al contagio” prevista dall’Ordinanza 20 marzo 2020, n. 12 del Presidente della Regione Calabria o, con una formulazione in parte simile, dall’Ordinanza n. 23 del 25 febbraio 2020 del Presidente della Regione Campania. Si tratta di previsioni che presuppongono vere e proprie presunzioni di esposizione al contagio a fronte del mancato rispetto delle misure precauzionali di contenimento in ipotesi non espressamente previste dall’art. 1, comma 2, del D.L. n. 19/2020 che alle lett. e) e f) prescrive l’obbligo di quarantena, rispettivamente, in presenza di «contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva» e nell’ipotesi di accertata positività al virus. Ciò non pertanto, il ricorso alla misura in parola sembra aver trovato l’avallo della giurisprudenza amministrativa «in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall’Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio»<sup>15</sup>.

L’efficacia dei criteri e dei limiti individuati dall’art. 3, comma 1, era evidentemente subordinata ad una condotta per così dire “responsabile” delle Regioni che, lungi dal dar vita ad una vera e propria “corsa all’ordinanza”, spesso animata da ragioni di facile ricerca del consenso, avrebbero dovuto farvi ricorso esclusivamente per fronteggiare specifiche situazioni di carattere emergenziale territorialmente circoscritte alla Regione e, quindi, capaci di giustificare l’adozione di un trattamento differenziale in una parte del territorio nazionale in relazione al godimento di diritti fondamentali. Così non è avvenuto, anche per “l’estrema debolezza” dello Stato nel far valere le esigenze unitarie, tanto *ex post* facendo ricorso ai poteri sostitutivi di cui all’art. 120, comma 2, Cost.<sup>16</sup>, quanto *ex ante* attraverso l’allocazione al centro delle funzioni amministrative dell’emergenza facendo impiego del principio di sussidiarietà. Circostanza, quest’ultima, che avrebbe richiesto una disposizione normativa di tutt’altro tenore rispetto al predetto art. 3, comma 1, la cui infelice formulazione, a dispetto delle intenzioni dell’esecutivo<sup>17</sup>, non ha certo sortito l’effetto di attrarre in capo allo Stato il monopolio nella regolazione dell’emergenza prescrivendo regole uniformi di comportamento nei riguardi della generalità dei consociati su tutto il territorio nazionale<sup>18</sup>.

In ogni caso, anche dopo l’adozione del D.L. n. 19/2020, in difetto dell’impiego dei poteri sostitutivi da parte del Governo, il conflitto tra Stato e Regioni ha continuato ad essere giurisdizionalizzato, come testimoniato da quella giurisprudenza amministrativa chiamata a sospendere in via cautelare le ordinanze contenenti misure ampliative rispetto a quelle statali<sup>19</sup>, possibilità espressamente esclusa dall’art. 3, comma 1, del predetto decreto-legge.

Con riferimento ai Comuni, invece, il D.L. n. 19/2020 all’art. 3, comma 2, ha sostanzialmente ribadito la disciplina già contenuta nell’art. 35 del D.L. n. 6 del 2020. Anche in questo caso non si è arginata la

<sup>15</sup> Cons. St., sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553.

<sup>16</sup> C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria*, cit., 7

<sup>17</sup> *Ivi*, 5 ss.

<sup>18</sup> Evidenza l’assenza di un chiaro riparto delle competenze M. SIMONCINI, *The Need for Clear Competences in Times of Crisis: Clashes in the Coordination of Emergency Powers in Italy*, in *VerfBlog*, 9 aprile 2020, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).

<sup>19</sup> TAR Lombardia – Milano, Sez. I, decreto del 23 aprile 2020, n. 634.

“bulimica” adozione di ordinanze sindacali da un capo all’altro della penisola. Il Governo, però, questa volta, in presenza di gravi e manifeste lesioni del principio unitario, si è dimostrato capace di reagire attraverso il ricorso all’annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi ai sensi dell’art. 138 TUEL la cui praticabilità nei confronti degli atti amministrativi degli enti locali è certamente meno controversa rispetto a quelli delle Regioni. La vicenda è quella dell’Ordinanza del Sindaco di Messina n. 105 del 2020 che aveva introdotto un diverso sistema di circolazione su una parte del territorio nazionale, ossia lo stretto di Messina, il cui attraversamento veniva sottoposto a regime autorizzatorio e con controllo *ex ante* da parte dell’amministrazione comunale, in luogo del modello dell’autocertificazione con eventuale controllo *ex post* prescelto dalla disciplina emergenziale dettata dallo Stato.

Il procedimento di annullamento straordinario è culminato nell’adozione del DPR del 9 aprile, pubblicato in G.U. n. 96 del 10 aprile 2020 che recependo integralmente i contenuti del «correttissimo»<sup>20</sup> parere espresso dal Consiglio di Stato<sup>21</sup>, ha disposto l’annullamento straordinario dell’ordinanza in parola avendo riguardo, nella motivazione del provvedimento, ad alcuni dei più gravi profili di illegittimità riscontrati dal Supremo consesso in sede consultiva. In particolare, il travalicamento degli effetti del provvedimento oltre i confini territoriali del Comune, la violazione dei predetti limiti di adozione delle ordinanze sindacali contenuti nell’ art. 3, comma 2, del D.L. n. 19/2020 e soprattutto il contrasto con la riserva di legge di cui all’art. 16 Cost in tema di limitazioni alla libertà fondamentale di circolazione per ragioni sanitarie. Il tutto entro la cornice della «conformità ai principi fondamentali di unità dell’ordinamento della Repubblica espressi dagli articoli 5 e 120 della Costituzione» così come espressamente argomentato dal DPR in parola.

Il parere del massimo organo consultivo dello Stato, però, non è però riuscito a fugare del tutto i dubbi interpretativi dovuti all’infelice formulazione del citato l’art. 3, comma 2, laddove appare controverso cosa debba intendersi per «contrasto con le misure statali». Al punto che continuano a registrarsi due opposte interpretazioni presso i giudici amministrativi<sup>22</sup>. La prima tesa ad escludere che i Sindaci, diversamente dai Presidenti di Regione, possano introdurre norme che, in quanto più restrittive, si pongano in contrasto con quelle statali<sup>23</sup>. La seconda, che pare invece ammettere disposizioni sindacali più severe rispetto a quelle previste dallo Stato in ragione del preminente interesse della salute pubblica<sup>24</sup>. Inutile dire che quest’ultima tesi interpretativa non tiene conto dell’evidenza del dato letterale dell’art. 3, commi 1 e 2, che attribuisce alle sole Regioni il potere di disporre misure più restrittive rispetto a quelle nazionali, mentre nulla specifica al riguardo per le ordinanze comunali ed è ben noto come l’intervento dei regolamenti dell’esecutivo e delle ordinanze amministrative in tema di limitazioni alla libertà di circolazione debba considerarsi ammissibile solo nella misura in cui sia espressamente previsto dalla legge, in forza della riserva di cui all’art. 16 Cost<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 126.

<sup>21</sup> Sez. I, Ad. 7 aprile, aff., n. 260/2020.

<sup>22</sup> Per un più approfondito esame della giurisprudenza dei TAR in materia si rinvia a G. D’ AMICO, *La libertà “capovolta” circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, 2020, 181 ss.

<sup>23</sup> TAR Sicilia -Palermo, Sez. I, decreto 17 aprile 2020, n. 458.

<sup>24</sup> TAR Sardegna, Sez. I, decreto 7 aprile 2020, n. 122.

<sup>25</sup> C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, 402; G. D’ AMICO, *op. cit.*, 78.

## 5. Le prospettive future di regolazione dell'emergenza

Orbene, occorre interrogarsi sull'origine di una tanto marcata conflittualità tra i diversi enti costitutivi della Repubblica. Invero, sia il modello emergenziale di cui all'art. 77 Cost. quanto quello sviluppatosi parallelamente sulla base della legge n. 225 del 1992, poi sostituita dal D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 *Codice della Protezione civile*<sup>26</sup> non si occupa di regolare compiutamente il riparto di competenze nella gestione della crisi sanitaria tra i diversi livelli territoriali di governo né, tantomeno predispone poteri sostitutivi per il Governo diversi da quelli cui si è fatto precedentemente cenno e che l'esecutivo fino ad ora, fatta eccezione per la vicenda messinese, è apparso restio ad impiegare.

Sul punto, le soluzioni immaginabili per il futuro sono molteplici. In una prospettiva di più ampio respiro temporale, potrebbe immaginarsi con riferimento a quei «motivi sanitari» di cui all'art. 16 Cost., il passaggio da un sistema emergenziale basato sull'art. 77 Cost. quale «centro di riferimento delle emergenze innominate»<sup>27</sup>, ad un modello costituzionale di gestione delle crisi sanitarie “tipizzato” e “nominato” che, pur assicurando la leale collaborazione tra i diversi livelli territoriali, meglio garantisca il ruolo unitario dello Stato. Ad esempio, attribuendo all'esecutivo strumenti diversi e più snelli per intervenire prontamente nei casi in cui le Regioni e gli enti locali adottino comportamenti lesivi della leale collaborazione e dell'art. 5 Cost. Soprattutto, sarebbe utile riconoscere espressamente che il potere sostitutivo non debba esercitarsi esclusivamente per riparare all'inerzia degli enti sub-statali ma anche a fini demolitori, il che, attualmente, è tutt'altro che pacifico<sup>28</sup>. Fermo restando, ovviamente, il permanere in capo ai suddetti enti di poteri contingibili e urgenti che consentano l'adozione di misure emergenziali a carattere locale anche là dove lo Stato ometta di intervenire tempestivamente ma che risultino poi “cedevoli” quando questi si attivi per far fronte alla crisi.

In realtà, vi sono anche altre vie per rimediare al conflitto di competenze tra i diversi livelli di governo senza dover ricorrere ad una modifica che incida sul modello costituzionale dell'emergenza, magari anche in vista del prossimo avvio della c. d. “fase II” della crisi sanitaria attualmente in corso. A tal proposito, è stato autorevolmente ipotizzato il ricorso allo strumento della legge-quadro che individui i principi generali della materia “tutela della salute” e contenente precise indicazioni sul *modus operandi* degli enti costitutivi della Repubblica nella gestione della crisi sanitaria, così da individuare in modo più chiaro le competenze che residuano in capo a Regioni e Comuni<sup>29</sup>.

Certamente inappagante appare invece il richiamo a clausole di supremazia normativa che consentano allo Stato di intervenire in materie non riservate alla sua potestà legislativa esclusiva a garanzia dell'unità e indivisibilità della Repubblica. Come evidenziato in dottrina, scelte siffatte non tengono conto di un aspetto emerso chiaramente nel corso della gestione dell'attuale crisi, anche per quel

<sup>26</sup> Sul quale A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2012, 4 ss.; S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in *gruppodipisa.it* e ora in AA.Vv., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici, atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”*, Milano – Università Bicocca il 10-11 Giugno 2011, a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARIELLA, Torino, 2012, 194 ss.; F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, in *Rivistaaic.it*, 4, 2011, 1 ss.

<sup>27</sup> G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, 323 ss.

<sup>28</sup> N. PIGNATELLI, *op. cit.*, 574.

<sup>29</sup> G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu.*, 4 aprile 2020.

che attiene all'erogazione delle prestazioni sanitarie, ossia che al fine di garantire il rispetto del principio unitario vi è la necessità di intervenire non solo sul fronte normativo ma pure su quello operativo e, quindi, amministrativo<sup>30</sup>.

Sotto questo versante, il sistema flessibile di riparto delle funzioni amministrative sulla base del principio di sussidiarietà delineato dalla riforma del Titolo V del 2001 si attaglia perfettamente all'esigenza di elasticità richiesta dalla gestione dell'emergenza<sup>31</sup>. Pertanto, la garanzia del principio unitario ben può realizzarsi, anche in vista dell'attivazione della c.d. "fase II", mediante l'allocatione in capo allo Stato delle funzioni amministrative dell'emergenza. Tra queste, anche quelle emergenziali di natura contingibile e urgente, posto che il potere di ordinanza, al netto degli orientamenti dottrinari che ne predicano la natura normativa<sup>32</sup>, rimane, secondo l'insegnamento tradizionale della Corte costituzionale<sup>33</sup>, di segno amministrativo e, quindi, pur sempre soggetto al meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà. Tuttavia, possono residuare spazi di intervento per il potere di ordinanza dei Sindaci, o anche delle Regioni, non per far fronte ad aspetti dell'emergenza che siano di dimensione nazionale e in quanto tali si riverberino, altresì, sul loro territorio, bensì per quelli che siano a «carattere esclusivamente locale»<sup>34</sup> o unicamente regionale. Per il vero, subito dopo l'emanazione del DPCM 26 aprile 2020 si è assistito a vere e proprie "fughe in avanti" da parte di alcuni Presidenti di Regione attraverso ordinanze ampliative rispetto a quelle statali. Si tratta certamente di una conseguenza dell'assenza di differenziazione tra i diversi territori da parte del DPCM in questione che, molto discutibilmente, ha dettato regole per la c.d. "fase II" che non tengono conto della differente evoluzione del contagio nelle diverse aree della penisola. Ciò non toglie, però, che, in difetto della possibilità di adottare misure ampliative da parte delle Regioni in ragione della disciplina di cui all'art. 3, comma 1, del D.L. n. 19 del 2020, le suddette ordinanze regionali debbano comunque considerarsi illegittime.

Insomma, a prescindere dalle soluzioni da immaginare per il futuro meno prossimo, nell'immediato, in mancanza di un cambiamento di prospettiva, l'avvio della c.d. "fase II" invece di stemperare il conflitto tra lo Stato e gli enti territoriali rischia di intensificarlo, con l'ovvia conseguenza di lasciare ai giudici amministrativi, o eventualmente alla Corte in sede di conflitto tra enti, l'ultima parola in ordine alla sua risoluzione.

<sup>30</sup> C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria*, cit., 10.

<sup>31</sup> 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 AIC*, 3, 2020, 25, evidenzia come le amministrazioni regionali siano modelli "parametrati" sulla gestione ordinaria, mentre quella straordinaria spetta allo Stato.

<sup>32</sup> Pregevole il lavoro di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 4 ss.

<sup>33</sup> *Ex multis*, Corte cost., sent. n. 29 del 1995.

<sup>34</sup> F. TORRE, *Il carattere bidirezionale del principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da Coronavirus*, in *dirittiregionali.it.*, 22 aprile 2020, 644.

## Sui raccordi tra livelli di governo in tempo di emergenza

Francesco Severa\*

ON THE CONNECTIONS BETWEEN LEVELS OF GOVERNMENT IN TIMES OF EMERGENCY

ABSTRACT: The CoViD-19 health emergency severely stressed the interdependence model between center and periphery, which characterizes the Italian constitutional order. The need of applying contrast measures, common to the whole national territory, did not prevent tensions and conflicts between the central State and the Regions, bringing out the necessity to find tools useful for reconnecting peripheral entities with central determinations. The article analyzes the connection tool of this crisis, built on a peculiar connection between a covering law decree, guarantee of the legal reserve imposed by the Constitution for the limitation of some fundamental rights, and the decrees of the President of the Council of ministers, issued only after hearing the peripheral organisms. A model that seems to have worked.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; interdependence model; loyal cooperation; state supremacy

SOMMARIO: 1. La dinamica tra centro e periferia nel sistema costituzionale italiano – 2. L'interdipendenza alla prova dell'emergenza – 3. La leale collaborazione come metodo di supremazia – 4. Il primato statale in tempi di emergenza – 5. Elementi di realtà per la costruzione di un modello.

### 1. La dinamica tra centro e periferia nel sistema costituzionale italiano

L'interdipendenza tra centro e periferia è oramai considerata, a ragione, un carattere costitutivo del modello costituzionale italiano<sup>1</sup>. La lettura combinata dell'articolo 5 della Costituzione con la fatidica prescrizione del primo comma dell'articolo 114 non restituisce un modello rigido di separazione di competenze e poteri, ma al contrario ammette l'esistenza di una tensione viva e dinamica tra Stato ed enti regionali, che pone la necessità di un coordinamento costante tra i diversi livelli di governo, non certo chiusi in camere stagne, ma aperti reciprocamente al dialogo e alla trasversalità<sup>2</sup>. E questa impostazione dinamica traspare nitidamente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha nel tempo individuato occasioni di necessario raccordo tra Stato e Regioni, quando i confini delle materie riservate all'uno o alle altre apparivano più difficili da individuare: è il caso del riconoscimento della trasversalità di alcune competenze statali, come anche

\* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, Dipartimento di Scienze politiche, Università La Sapienza di Roma. Mail: [francesco.severa@uniroma1.it](mailto:francesco.severa@uniroma1.it). Il presente lavoro è aggiornato al 26 aprile 2020.

<sup>1</sup> L. RONCHETTI, *Unità ed indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2018.

<sup>2</sup> M. RUOTOLO, *Le autonomie territoriali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, Torino, 2010.

dell'attrazione in sussidiarietà di specifiche funzioni amministrative da parte dello Stato, che conseguentemente trasporta in capo allo stesso le corrispondenti funzioni legislative, anche in deroga alla ripartizione del secondo comma del 117.

La leale collaborazione è il fulcro di tali rapporti a parere della Corte. Tale principio, teorizzato dal Giudice delle leggi già in decisioni assai risalenti<sup>3</sup>, è divenuto, con la riforma del Titolo V, l'ordito della fitta trama di raccordi tra Stato e Regioni, fatta di intese, consultazioni, pareri ed informazioni reciproche. E proprio l'intesa è stata individuata dalla Consulta quale unico strumento idoneo ad assicurare un reale coinvolgimento ed una fattiva partecipazione delle Regioni alla funzione legislativa statale, nei casi in cui essa agisca in settori che incidono su sfere di competenza regionale. In virtù di questo fondale, possono dunque individuarsi condotte virtuose di raccordo e procedimenti concordati che valorizzano e garantiscono coordinamenti paritari tra centro e periferia, anche quando le competenze dell'uno e dell'altro sembrano sovrapporsi. Non è un caso che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, la delega legislativa, che vincola il Governo nazionale alla predisposizione dei decreti delegati previa intesa con le Regioni, sia assunta a modello strumentale di lealtà collaborativa, soprattutto quando l'esercizio della funzione legislativa riguarda settori a competenza mista.

## 2. L'interdipendenza alla prova dell'emergenza

Ora, in un sistema di intricate competenze e di rapporti flessibili, presidiato dal principio di leale collaborazione e da strumenti di raccordo non vincolati, l'avvento di un periodo di stretta emergenza, come quello che stiamo attraversando, può comportare uno squilibrio nei rapporti di coordinamento tra i soggetti costitutivi della Repubblica (art. 114, comma 1, Costituzione), tale da tramutarsi anche in uno scontro aperto. Non è un caso che lo stato di emergenza per la pandemia da CoViD-19 abbia evidenziato serie disarmonie nella definizione della strategia di contrasto nazionale e delle singole strategie regionali, come anche nella predisposizione delle misure di disimpegno a seguito del sensibile calo della diffusione del virus. I casi di conflittualità ed incoerenza sono stati molteplici. Già nella fase iniziale, l'emanazione, nella sostanza concordata, del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 non ha impedito ad alcuni Presidenti di Giunta, anche in Regioni diverse da quelle più pesantemente colpite, di attivarsi autonomamente con ordinanze illogicamente in contraddizione con le cautele del medesimo decreto (il caso è quello dell'ordinanza n. 1 del 2020 della Regione Marche, impugnata innanzi al Giudice amministrativo dal Governo<sup>4</sup>). Gravi polemiche di ordine politico hanno seguito la fuga di notizie sulla stampa, che ha anticipato l'approvazione del d.p.c.m. dell'otto marzo, il quale, in buona sostanza, allargava la cosiddetta "zona rossa" di contrasto all'intera Lombardia ed a quattordici altre province di Piemonte, Veneto, Emilia-Romagna e Marche. Un provvedimento quest'ultimo che ha incontrato le forti proteste dei governi regionali di Lombardia e Veneto, perché ritenuto troppo labile in considerazione della reale gravità della situazione in quei territori. Non meno significativa

<sup>3</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 50 del 2005 e sentenza n. 219 del 2005.

<sup>4</sup> L'ordinanza suddetta, il cui testo è rinvenibile nel Dossier Coronavirus Italia presente sul sito della rivista BioDiritto, è stata impugnata dal Consiglio dei ministri nella notte del 26 febbraio 2020 innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche, chiedendone l'annullamento e la sospensione in via d'urgenza. Con decreto del Presidente del Tribunale n. 56 del 2020 l'ordinanza è stata sospesa in via cautelare fino al 4 marzo.

poi l’iniziativa del Presidente della Regione Campania, datata anch’essa otto marzo, che prescriveva, con l’ordinanza n. 8 del 2020, forme di limitazione della libertà superiori rispetto a quanto in quel momento prescritto dalle disposizioni governative. Tensioni che con il passare del tempo sono sensibilmente aumentate, in considerazione del tentativo regionale di applicare misure più rigorose, se non perfino in contrasto, con quanto disposto dai decreti del Presidente del Consiglio. Tanto da arrivare alla formale richiesta del Presidente della Giunta lombarda, Attilio Fontana, di un motivato parere del Ministero dell’Interno utile a stabilire se sul territorio di ogni singola Regione dovessero prevalere ordinanze più restrittive su provvedimenti dell’esecutivo meno severi<sup>5</sup>. Contrasti non meno forti hanno poi riguardato la discussione su modalità e tempi dell’allentamento delle misure di contrasto, visto il positivo reflusso del contagio fotografato dagli osservatori sanitari e statistici. Indicativo il caso del Presidente della Giunta regionale della Campania, Vincenzo De Luca, che, davanti alle dichiarazioni stampa favorevoli ad una rapida “riapertura” pronunciate dal suo omologo lombardo, è arrivato a minacciare la disposizione di un divieto di accesso in Regione per i cittadini provenienti dalle zone più colpite dal contagio<sup>6</sup>.

Questi pochi episodi menzionati sono solo una parziale ricostruzione delle difficoltà di coordinamento incontrate in questa fase di crisi, che certo sottolineano come la dipendenza intersoggettiva e i richiami al rispetto della leale collaborazione soffrano tutto il peso dell’emergenza, prevaricati dall’enorme responsabilità politica che incombe su chi si trova a ricoprire ruoli di governo e amministrazione, sia a livello centrale che periferico. Non è difficile immaginare come lo stato di emergenza possa indebolire i livelli intermedi di dialogo, rafforzando i centri decisionali più prossimi all’intervento di contrasto e sacrificando gli strumenti di cooperazione e direzione<sup>7</sup>. E proprio perché tali dinamiche si manifestano con maggiore evidenza in un ordinamento di tipo decentrato, risulta essenziale ricercare, in tempi di emergenza, forme di garanzia per istanze anticicliche di unitarietà. Considerando infatti che la nostra Costituzione non conosce uno specifico assetto istituzionale per l’emergenza (al contrario delle Costituzioni tedesca, francese e spagnola), dovremmo domandarci se esistano, in Italia, strumenti di tutela del ruolo preminente dello Stato ove si abbia la necessità di rispondere ad una crisi di dimensioni nazionali, che richiede quindi interventi unitari e applicabili in via omogenea a tutto il territorio dello Stato. Ancor più dovremmo chiederci se, in “tempi interessanti”, tale principio di unitarietà resti comunque assoggettato alle dinamiche di cooperazione tra centro e periferia ovvero se, in una qualche maniera, la leale collaborazione possa sbiadire e lasciare il passo ad un più stringente interventismo del livello centrale di governo.

### 3. La leale collaborazione come metodo di supremazia

La leale collaborazione non è un mero strumento ermeneutico per la risoluzione di possibili incertezze in materia di ripartizione di competenze tra Stato e Regioni, ma va adeguatamente qualificata come principio di organizzazione e bilanciamento delle dinamiche tra centro e periferia nel nostro sistema. Esso ispira dunque il nostro modello di decentramento, che non fa prevalere mai una dimen-

<sup>5</sup> Dichiarazione del Presidente della Giunta regionale lombarda del 24.03.2020.

<sup>6</sup> Dichiarazioni del Presidente della Giunta regionale campana del 17.04.2020.

<sup>7</sup> G. ROLLA, *Profili costituzionali dell’emergenza*, in *rivistaaic.it*, 2, 2015.

sione di governo sulle altre, ma ad esse impone un continuo tentativo di armonizzazione delle posizioni. Non è un caso che, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, tale principio sia ricondotto all'art. 5 della Costituzione (la consacrazione dell'unità e della indivisibilità della Repubblica, quale presupposto dell'autonomia). Dunque esso mitiga le sovrapposizioni di potere e competenze, assume all'equilibrio le contrapposte spinte simboliche e disgregatrici, ma è allo stesso tempo una garanzia del principio di unità in una dimensione tutta peculiare. Ogni qualvolta la funzione legislativa o amministrativa dello Stato sembra espandersi in materie che invece appartengono alla competenza regionale (materie "trasversali" ovvero chiamata in sussidiarietà), la necessaria intesa intersoggettiva, costruita sulla lealtà collaborativa delle parti, rappresenta elemento necessario di legittimazione di tale sconfinamento. Non solo metodo di organizzazione dunque, ma metodo di supremazia.

In questo senso, la leale collaborazione non è affatto mera questione procedurale, ma qualcosa che attiene direttamente alla sostanza del dialogo intersoggettivo, che è dunque incontro sul dato politico prima che su quello formale.

Ecco allora che, per quel che riguarda gli strumenti di raccordo (siano essi intese o pareri), non è tanto utile ragionare sulla loro vincolatività giuridica, quanto piuttosto ne va verificata l'idoneità a consentire un adeguato sviluppo delle trattative tra livelli di governo ai fini della cooperazione<sup>8</sup>. La qualificazione dello strumento quale forte o debole, a seconda che esso precluda o meno allo Stato la possibilità di intervenire unilateralmente in assenza di accordo, non è esiziale perché si realizzi la leale collaborazione<sup>9</sup>. Conta al contrario che il procedimento di raccordo offra un'occasione di cooperazione tra centro e periferia, il più possibile giuridicamente definita, idonea a tentare una sintesi tra le intrinseche, contrapposte tendenze di un ordinamento decentrato. Il momento sintetico non gioca dunque in contrasto con l'urgenza unitaria, ma ne legittima la prevalenza.

#### 4. Il primato statale in tempi di emergenza

In un contesto emergenziale, però, la necessità di assicurare la primazia statale nell'esercizio delle azioni di contrasto diviene un obiettivo ragionevolmente necessitato ed utile ad evitarne l'applicazione disforme. È pur vero che, nell'emergenza, un assetto troppo sbilanciato al centro rischia di comportare un vero e proprio snaturamento della forma decentrata di ordinamento, tanto che l'imposizione di procedure concertate può rappresentare una garanzia contro eccessive concentrazioni di potere. Non è un caso che in tutti gli ordinamenti costituzionali che disciplinano forme specifiche di gestione dell'emergenza, in deroga ai normali procedimenti che presiedono all'attività degli organi costituzionali, si tiene sempre presente il carattere temporaneo di tali eccezioni, comun-

<sup>8</sup> Vedi Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2016, nella quale il Giudice delle leggi sgancia il proprio sindacato sugli strumenti della leale collaborazione dall'accertamento dell'esistenza di un procedimento che vincoli giuridicamente l'intervento statale al previo accordo con i governi periferici; la Corte indica invece la necessità di verificare che «le procedure volte a raggiungere l'intesa siano configurate in modo tale da consentire l'adeguato sviluppo delle trattative al fine di superarne le divergenze», evitando che «l'assunzione unilaterale dell'atto da parte dell'autorità centrale sia mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa entro un determinato periodo di tempo [...] o dell'urgenza di provvedere».

<sup>9</sup> Vedi A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *rivistaaic.it*, 3, 2016.

que garantite da elementi di bilanciamento, responsabilità (del Governo innanzi al Parlamento) e concertazione. Eppure ciò non toglie che l'elemento di coordinamento e cooperazione tra enti territoriali e Governo centrale, proprio perché inteso quale presidio di adeguata ponderazione delle differenti trazioni tra centro e periferia, non possa divenire un feticcio quando è terreno di scontro e contrapposizione in un momento in cui l'urgenza sintetica è dettata da contingenze emergenziali.

Venendo al momento presente, in materia di sanità, l'art. 117 stabilisce la competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni, per una regolamentazione di dettaglio dunque affidata alla legge regionale, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti a livello statale. Lo stesso può dirsi in tema di protezione civile. Esistono però interessi ed istanze unitarie che fanno ricadere la gestione dell'emergenza sotto la potestà esclusiva dello Stato: si guardi alla competenza in materia di ordine pubblico e sicurezza (art. 117, comma 2, lett. h) della Costituzione), anche in connessione funzionale con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione). Se a ciò si aggiunge che l'articolo 32 della Costituzione definisce il diritto alla salute quale «interesse della collettività», ben si comprende come si possa definire costituzionalmente fondato un interesse unitario alla trattazione dell'odierna crisi da parte del Governo centrale<sup>10</sup>. In questa espansione di competenze, rafforzata dallo stato emergenziale che assomma esigenze fattuali di sintesi alle su richiamate esigenze unitarie, la leale collaborazione è prezioso elemento di organizzazione, che suggerisce metodologie e procedimenti decisionali, anche inediti. Ecco, ove si riconoscano validi tali assunti, è necessario allora individuare gli strumenti di sintesi unitaria, utili a fronteggiare l'emergenza.

Ai tempi del CoViD-19, un accordo specifico tra Governo ed enti regionali ha inaugurato un modello veloce di intervento dell'esecutivo, che però prevede espressamente nel suo *iter* una forma di contributo, pur debole, dei singoli Presidenti di Giunta. Infatti, il Decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 elenca una serie di interventi di contenimento dell'emergenza sanitaria, anche incidenti su libertà di rango costituzionale coperte da riserva di legge (art. 1), l'adozione dei quali è però prevista per il tramite di uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri «su proposta del Ministro della salute, [sentiti i 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» (art. 3). In buona sostanza, il decreto legge suddetto offre un ampio ombrello a copertura della riserva rinforzata in tema di restrizioni alle libertà personali dei cittadini in conseguenza delle azioni di contenimento del virus, tipizzate nel testo; i vari d.p.c.m. (ne sono stati emanati fino ad ora sette) sono il modello operativo di configurazione delle misure, via via più stringenti, concordate con le Regioni per il tramite dell'obbligato, ma non vincolante, confronto disposto per legge.

<sup>10</sup> V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020. Va di certo considerato, che a prescindere dai principi costituzionali che le contingenze chiamano in campo, possono rinvenirsi ulteriori principi che giustificano e legittimano il potere emergenziale dello Stato e dunque anche la sua prevalente azione di sintesi unitaria. Essi sono i tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, resi in forma positiva nelle previsioni costituzionali della indivisibilità e dell'unità della Repubblica (art. 5 e art. 87), come anche in tutte quelle disposizioni che sanciscono l'intangibilità dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (art. 7, art. 10, art. 11 e art. 139). Vedi M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *rivistaaic.it*, 2, 2020.

Qualche perplessità accompagna la scelta di queste modalità di intervento. Non tanto forse sull'uso del decreto-legge quale strumento di limitazione di libertà di domicilio, soggiorno e circolazione, visto che la Corte costituzionale, in via consolidata, ha sdoganato il rispetto della riserva di legge, in questo caso rinforzata, anche se assolta con atti che della legge hanno la forza<sup>11</sup>. Piuttosto, lasciare diluire gli effetti reali, temporali e spaziali, di tali limitazioni della libertà ad uno strumento di natura regolamentare come il decreto del Presidente del Consiglio solleva più di qualche dubbio, soprattutto quando la fonte sovra-ordinata non sembri palesare adeguatamente i confini, sostanziali e temporali, entro i quali tale atto normativo debba muoversi. Si aggiunga che i caratteri di un provvedimento di questo genere (la provvisorietà, la non astrattezza e la proporzionalità) ne delimitano severamente l'utilizzo e lo rendono uno strumento poco flessibile. Trattando oggi questioni così complesse, consistenti anche in misure di restrizione di libertà costituzionalmente garantite, il tema del controllo da assicurare nel caso in cui tali decreti sconfinino dagli stretti vincoli della loro legittima emanazione diventa esiziale; ancor più dovendo constatare che la scrupolosa verifica qui richiamata non può spettare al Parlamento, nemmeno *ex post*.

Ma tornando al nostro tema, la formula di concertazione tra centro e periferia passa, in questa sequenza procedimentale, attraverso una modalità di raccordo di elevata debolezza. Non si richiede una intesa vincolante tra lo Stato e le Regioni, né l'emanazione di un parere. Si registra la necessità di una condivisione delle scelte che si realizza totalmente sul piano politico; certo in forma di una comune assunzione di responsabilità, ma senza condizionamenti insuperabili degli enti territoriali sulle scelte di Governo. La leale collaborazione si trova tutta proiettata nel campo politico, senza che un eventuale disaccordo possa congelare l'emanazione del provvedimento governativo.

Questa prospettiva è di grande interesse, perché mostra in concreto quale equilibrio possa raggiungere la dinamica tra centro e periferia in casi di emergenza. L'esistenza di una istanza unitaria primaria e prevalente, tutta fondata sulla necessità di reagire in maniera uniforme e coordinata al pericolo pandemico, non sconfessa la concertazione, ma la legge in chiave operativa, senza che possa rappresentare un concreto ostacolo alla sintesi affidata alle scelte del Governo centrale. La leale collaborazione si fa strumento della supremazia statale in tempi di emergenza, individuando necessari momenti di confronto tra centro e periferia, che però non sono presupposto vincolante, ma elemento organizzativo e preparatorio della sintesi unitaria in capo esclusivamente allo Stato.

Ancor più, da ciò possiamo ragionevolmente dedurre che l'esistenza di uno specifico spazio di concertazione, pur non coercitivo, tra lo Stato e le Regioni, esclude che queste ultime possano poi, di propria iniziativa e nella vigenza dell'atto normativo dell'esecutivo, predisporre ordinanze o, più in generale, provvedimenti in contrasto con quanto definito nei d.p.c.m.; ancor più se questi ultimi prevedono misure meno stringenti di limitazione della libertà dei cittadini rispetto a quanto deciso dalle entità regionali (come accaduto!). Ciò avverrebbe infatti al di fuori dello spazio consentito di coordinamento e accordo (pur non vincolante vista l'emergenza, lo ribadiamo!) e quindi in contrasto con l'esigenza di azione unitaria: fuori dalla leale collaborazione.

In ragione delle difficoltà di coordinamento che comunque si sono manifestate in questo periodo di crisi pandemica tra il centro e gli enti periferici – difficoltà che il modello di coordinamento appena

<sup>11</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6, 2020.

descritto, pur concordato, non ha sopito – si è tentato di emendarne alcuni aspetti. Il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, replica nella struttura quello del 23 febbraio, elencando all'art. 1, pur con una serie di rimodulazioni ed aggiunte, le misure di contenimento e contrasto della pandemia da COVID-19 ed ottemperando così alla riserva di legge necessaria per le restrizioni ad alcune libertà costituzionali. Al successivo articolo 2 ripropone il percorso di concertazione già previsto dal Decreto n. 6 del 2020, costruito attorno al d.p.c.m. emanato dal capo dell'esecutivo previo ascolto, oltre che dei Ministri competenti, dei Presidenti di Giunta delle Regioni interessate ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni, nel caso in cui il provvedimento riguardi l'intero territorio nazionale. Insomma conferma la forma debole e non vincolante di intesa intersoggettiva. A questo procedimento, che ormai sembra essersi strutturato ed affermato, il Decreto *de quo* introduce però in aggiunta un'eccezione, prevedendo che a richiedere l'emanazione del d.p.c.m. possa essere anche la stessa Regione interessata dall'emergenza. Tale potere di iniziativa nelle mani dell'ente regionale non crea alcun obbligo di emanazione in capo al Governo, ma semplicemente anticipa il momento della concertazione, comunque non vincolante, alla fase propositiva. In questo senso, tale modifica non sembra in alcun modo influenzare la struttura della condotta di raccordo che abbiamo individuato, la quale intende la concertazione come mero elemento di organizzazione, servente e mai ostacolo alla sintesi unitaria che spetta esclusivamente allo Stato in tempi di emergenza.

Ulteriore previsione di questo ultimo decreto legge riguarda la possibilità che le Regioni, nelle more dei d.p.c.m. di cui al suddetto art. 2 e «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», possano introdurre misure ulteriormente restrittive sul proprio territorio di riferimento «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» (art. 3). La predisposizione di atti normativi regionali ben più severi ed incisivi di quelli del livello centrale è qui irreggimentata in un ambito specifico d'azione, che eviti il totale arbitrio ed il pericolo che possa mettersi a rischio la necessaria sintesi unitaria della strategia di contrasto all'emergenza. L'idea che l'azione sovrabbondante della Regione debba comunque essere collegata all'esercizio del potere decretale dello Stato e a sopravvenute esigenze di rischio sanitario, non potendo incidere se non nell'ambito della competenza regionale, senza gravare su attività di rilevanza strategica per lo Stato, rappresenta la stingente cornice che riconduce sul rigoroso piano del raccordo intersoggettivo un potere che rischiava di imporsi come totalmente svincolato da una logica di collaborazione. Insomma, lontano dal dire che i provvedimenti regionali, ancorché più severi, possano prevalere su quelli che in emergenza lo Stato dispone, tale ultima disposizione riconduce nell'alveo della leale collaborazione una pratica che rischiava di contraddirla ove non se ne fosse proposto un ancoraggio al "procedimento emergenziale" che così prepotentemente si è imposto in queste settimane di crisi.

## 5. Elementi di realtà per la costruzione di un modello

Abbiamo tentato di raccogliere con queste riflessioni quegli elementi di realtà che emergono un po' per caso dalle caotiche correnti delle contingenze, nel tentativo di farne la poderosa base su cui costruire uno statuto costituzionale delle emergenze. Davanti ad una crisi così forte, l'interdipendenza

come modello costitutivo del nostro ordinamento costituzionale ha mostrato l'incertezza di strumenti di cooperazione insufficienti, anzi totalmente assenti. Le strutture e le condotte procedurali virtuose sviluppate nel tempo (il modello della delega legislativa esercitata previa intesa con le Regioni) non sono sembrate idonee a rispondere ad una emergenza così straordinaria. È emerso allora dagli accidenti del momento uno specifico procedimento di raccordo, basato sullo strumento emergenziale del decreto-legge, ad offrire una copertura costituzionale a forme evidenti di limitazione di libertà, reso operativo poi da specifici decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, assunti dopo aver sentito i Presidenti di Regione. Non abbiamo a sufficienza evidenziato in questo lavoro il ruolo, tutto successivo, giocato dal Parlamento, ma possiamo dire che questo strumento-procedimento inedito, corredato da una forma debole di concertazione intersoggettiva, riesce a mediare adeguatamente tra la necessità di coordinare centro e periferia, pur riconoscendo una supremazia al livello centrale di governo, ancor più necessaria in tempi di crisi. L'ermeneutica della Corte costituzionale ha sempre riconosciuto la validità costituzionale di una ragione sintetica nella convivenza di unità ed autonomia (art. 5 della Costituzione). E proprio la leale collaborazione, ben lontana dall'essere la giustificazione di un coordinamento esasperato ed insuperabile, diviene lo strumento di supremazia, che giustifica il sacrificio della concertazione, in ragione dell'urgenza unitaria dettata dall'emergenza. E allora possiamo affermare che il nostro ordinamento costituzionale possiede già tutti gli elementi necessari a riconoscere l'unità come principio necessario e prevalente al determinarsi di particolari circostanze, senza il bisogno di individuare strumenti ulteriori da inserire un po' forzatamente nel testo della nostra Carta<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; vedi anche V. ONIDA, *Perché le clausole di supremazia non servono*, in *Il Sole 24 ore*, 28 marzo 2020.

## Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza CoViD-19: il rischio di una sanità diseguale

Carlo Ciardo\*

THE NATIONAL HEALTH SERVICE TO THE CHALLENGE OF THE COVID-19: THE RISK OF AN UNEQUAL HEALTH

ABSTRACT: The Italian National Health Service, characterized by the principles of universality, equality and fairness, has undergone changes over the years that have involved these essential characteristics. The decrease in financial resources was the first element that touched the Italian health organization. The spread of CoViD-19 has attacked the balance of healthcare in Italy and put the equality of the entire care system at risk.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; unequal health; health policy; public spending

SOMMARIO: 1. Il Servizio Sanitario Nazionale e le criticità della spesa sanitaria pubblica – 1.1. I fattori che incidono sulla mutazione organizzativa e finanziaria della sanità – 2. Il diritto alla tutela della salute “condizionato” dalle risorse finanziarie ed organizzative alla luce della giurisprudenza costituzionale – 3. Le linee evolutive del SSN e le scelte legislative regionali – 4. Effetti delle politiche pubbliche sul SSN – 5. Un cambio di passo legislativo e le possibili ripercussioni derivanti dall'emergenza CoViD-19 – 6. La sanità diseguale?.

### 1. Il Servizio Sanitario Nazionale e le criticità della spesa sanitaria pubblica

Il Servizio Sanitario Nazionale italiano, caratterizzato dai principi di universalità, uguaglianza ed equità, come previsto dalla Legge istitutiva n. 833/1978<sup>1</sup>, ha subito nel corso degli anni una erosione dei predetti pilastri anche in ragione delle sistematiche diminuzioni del finanziamento. Per di più l'equilibrio dell'intero sistema socio-assistenziale è sottoposto, oggi, ad un attacco imprevisto e di rilevantissima portata dettato dall'emergenza sanitaria dettata dal CoViD-19.

In merito all'aspetto delle risorse finanziarie (legate prevalentemente alla fiscalità generale) si evidenzia che già la crisi del 2007-2008 aveva innescato una spirale perversa in base alla quale la diminuzione degli stanziamenti economici ha determinato la necessità, da parte del legislatore, di porre

\* Dottore di ricerca, Università del Salento. Mail: [carlociardo@hotmail.com](mailto:carlociardo@hotmail.com). Il presente lavoro è aggiornato al 17 marzo 2020.

<sup>1</sup> Con riferimento alla creazione del SSN in attuazione dell'art. 32 Cost. cfr. R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Diritto discipline pubblicistiche*, 1997, 250; M. D'ALBERTI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, Torino 2012, 131-132; L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1998, 1019; G. CAZZOLA, *La sanità liberata*, Bologna, 1994, 71; L. MAZZAROLI, *Problemi e prospettive della riforma sanitaria*, in *Sanità pubblica*, 1981, 11; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino 1999, 70; F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge n.833/1978*, Milano 1979; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino 2011.

in essere misure di contenimento dei costi (ad esempio: incremento della compartecipazione alla spesa c.d. *ticket*, blocco del *turn over*, centralizzazione delle procedure di approvvigionamento).

È innegabile che i suesposti provvedimenti abbiano raggiunto, nell'immediato, gli obiettivi prefissati, tanto è vero che nel 2012 vi è stato un inizio di diminuzione della spesa sanitaria pubblica corrente, con un beneficio non secondario per i conti pubblici, ma la prospettiva di analisi sarebbe monca se non si facesse carico di scandagliare l'eventuale risvolto della medaglia.

Al fine di comprendere pienamente il quadro d'insieme è necessario evidenziare che la spesa sanitaria dipende da molteplici componenti, quali: l'invecchiamento della popolazione, il cambiamento epidemiologico, il progresso scientifico e il mutamento delle asimmetrie informative tra medico e paziente. La variazione di ognuno dei suesposti fattori determina una modifica della domanda di servizi ed ha, quindi, un'incidenza della struttura stessa del Servizio Sanitario e del suo fabbisogno economico. Per questo è necessario focalizzare brevemente l'attenzione su ognuno dei suddetti aspetti.

### 1.1. I fattori che incidono sulla mutazione organizzativa e finanziaria della sanità

Il primo degli elementi oggetto di valutazione è quello di carattere demografico. Al riguardo è indubbio che vi sia stato un allungamento dell'aspettativa di vita della popolazione nazionale dettato dalla crescita economica e dal progresso scientifico-tecnologico. In Italia dal 1960 ad oggi l'aspettativa di vita alla nascita è aumentata di 12,8 anni per le donne e di 13,6 anni per gli uomini, attestandosi rispettivamente su una media di 85,2 e 80,8 anni. La media complessiva nazionale è di 83 anni a fronte degli 80 anni della media OECD<sup>2</sup>.

Ebbene, l'aumento dell'aspettativa di vita coniugato con il rallentamento della natalità, ha prodotto un incremento della popolazione anziana, con un cascato di bisogni nuovi assistenziali ed una modificazione epidemiologica.

Quanto testè esposto in merito all'aspettativa di vita si lega strettamente con la variazione delle malattie che affliggono la popolazione e che determinano nuove richieste di assistenza nei confronti del SSN.

È innegabile, infatti, che un incremento esponenziale delle malattie croniche (malattie cardiovascolari, cancro, diabete e demenze), che sono quelle maggiormente presenti nella popolazione con un'età media avanzata, ha una incidenza rilevante sia sull'assetto organizzativo del sistema socio-assistenziale, sia sul bilancio della sanità. Basti pensare che in Europa nel 2016 la cura delle sole malattie cardiovascolari è costata 192 miliardi di euro, ben più della spesa necessaria per le patologie che affliggono maggiormente la popolazione più giovane<sup>3</sup>. Da quanto esposto si evince non solo il legame tra l'invecchiamento della popolazione e la variazione epidemiologica, ma anche di come questo mutamento abbia un'incidenza sul costo dell'assistenza sanitaria.

Altro fattore che tocca l'organizzazione sanitaria ed il suo finanziamento è quello del progresso scientifico e dell'innovazione tecnologica. Invero ciò non dipende dalle scelte di ogni singolo Paese, ma dagli investimenti in ricerca e sviluppo da parte delle imprese produttrici (specie quelle farmaceutiche). Le risorse pubbliche messe a disposizione in questo campo hanno, invece, l'effetto di condizio-

<sup>2</sup> Dati OECD, 2019, [www.oecd.org](http://www.oecd.org) 17/03/2020.

<sup>3</sup> The European House-Ambrosetti, *Meridiano Sanità – Rapporto 2018*, <https://www.sanita24.ilsole24ore.com> 12/01/2020.

nare il grado di acceso alle conoscenze ed alle nuove tecnologie. In sintesi la disponibilità di circa 14.000 brevetti di dispositivi medici ogni anno, fornisce risposte a problemi sanitari e crea, d'altro canto, un nuovo bisogno percepito e, conseguentemente, una nuova domanda assistenziale che ha riflessi innegabili sulla spesa sanitaria.

Sul punto si pensi che la crescita dell'innovazione tecnologica è di molto superiore al tasso di crescita dell'economia, tanto è vero che tra il 2008 ed il 2012 mentre l'Italia faceva registrare un decremento del PIL del 2,3%, in Europa veniva registrato 1 brevetto per dispositivi medici ogni 38 minuti<sup>4</sup>, sicché difficilmente il SSN può essere costantemente al passo con le sollecitazioni tecnico – scientifiche che si palesano di continuo.

Ultimo tassello di questo quadro di fattori è rappresentato dalla variazione delle asimmetrie informative tra medici e pazienti dettate dalla facilità di acquisizione delle informazioni tramite i media e, soprattutto, tramite internet. Se per un verso quanto detto allarga i livelli di conoscenza dei cittadini, per altro verso la bulimia informativa (spesso incontrollata) aumenta anche il rischio di richieste inappropriate alle quali non sempre i medici sono in grado di resistere fino a giungere alla c.d. medicina difensiva, una modalità prescrittiva che cerca di salvaguardare non tanto la salute del paziente, ma il rischio di responsabilità professionale, dando luogo ad una delle maggiori voci di spesa (inappropriata) in campo diagnostico.

Ebbene, tutti i suesposti elementi (invecchiamento della popolazione, cambiamento epidemiologico, innovazione scientifico-tecnologica e maggiori aspettative dei cittadini) rappresentano fattori che mettono sotto pressione il SSN e che determinano una sempre maggiore e diversa domanda di servizi, per di più proprio in un contesto in cui le politiche economico-sanitarie sono state focalizzate su obiettivi di contenimento della spesa ed in presenza di una emergenza sanitaria di straordinarie proporzioni, per via del diffondersi del CoViD-19, che richiede nuovi importanti flussi finanziari ed impone una modificazione organizzativa dell'intero sistema assistenziale per far fronte alla domanda proveniente dalla popolazione.

## 2. Il diritto alla tutela della salute “condizionato” dalle risorse finanziarie ed organizzative alla luce della giurisprudenza costituzionale

L'intera tematica dell'organizzazione sanitaria, della effettività del diritto alla tutela della salute e dei limiti agli investimenti dettati dai vincoli del bilancio pubblico, deve essere letta anche alla luce della giurisprudenza costituzionale.

Il Giudice delle Leggi, in attuazione del contenuto dell'art. 32 Cost.<sup>5</sup>, ha statuito che il diritto alla tutela della salute, nella sua declinazione pretensiva, cioè di richiesta ed erogazione delle prestazioni assistenziali da parte del SSN, è «primario e fondamentale» e richiede «piena ed esaustiva tutela»<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Dati EUCOMED 2011 in Ministero della Salute – CERGAS, *Rapporto sulla spesa rilevata dalle strutture sanitarie pubbliche del SSN per l'acquisto di dispositivi medici*, Roma, dicembre 2011, [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it) 17/03/2020. Sul punto cfr. R. Tarricone, *Innovazione e competitività nei sistemi industriali regolati. Le imprese dei dispositivi medici*, Milano, 2010.

<sup>5</sup> Con riferimento ai molteplici profili nei quali si articola il diritto alla salute alla stregua dell'articolata enunciazione costituzionale cfr. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana, profili sistematici*, Milano, 2002; B. CARRAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 31; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir.*

Il suesposto orientamento esegetico è mutato negli anni Novanta, quando si sono imposte esigenze impellenti di contenimento della spesa pubblica<sup>7</sup>.

In quest'ottica rientra la sentenza della Corte Costituzionale n. 455/1990 che ha segnato un cambio di passo, siccome, pur ribadendo che il diritto all'ottenimento delle prestazioni sanitarie debba essere garantito ad ogni individuo, ha affermato, nel contempo, che tale diritto è condizionato dalle scelte legislative di bilanciamento della tutela della salute con 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»<sup>8</sup>. Per la prima volta, quindi, è stato statuito che il diritto riconosciuto dall'art. 32 Cost. dovesse fare i conti con le possibilità economiche ed organizzative in concreto necessarie all'erogazione delle prestazioni assistenziali<sup>9</sup>.

Il suesposto orientamento giurisprudenziale deve essere letto anche alla luce della successiva evoluzione interpretativa posta in essere dal Giudice delle Leggi che, se per un verso ha esplicitato il predetto bilanciamento tra diritto alle prestazioni e limiti economici ed organizzativi delle stesse, per altro verso, ha inteso porre un argine invalicabile – anche per le esigenze economiche pubbliche – a presidio del nucleo essenziale dell'art. 32 Cost<sup>10</sup>. La Corte costituzionale ha statuito, infatti, che pur dovendo tenere conto delle esigenze della finanza pubblica, se queste ultime «nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona

cost.), in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1989, 5; A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali, parte generale*, Padova, 1990, 44.

<sup>6</sup> Corte costituzionale n. 992/1988. Cfr. altresì Corte costituzionale nn. 103/1977, 88/1979, 184/1986, 559/1987, 992/1988, 1011/1988, 298/1990, 184/1996. La tutela della salute come diritto pretensivo immediatamente azionabile cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 19; A. COSENTINO, *Diritto alla tutela della salute e terapie alternative, le scelte dell'amministrazione sanitaria ed il controllo dei giudici: riflessioni in margine al caso Di Bella*, in E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Il «caso Dibella» nella giurisprudenza civile*, Milano 2003, 18, nel quale, in un significativo passo l'A. afferma che «il diritto alla salute si riferisce da un lato ad un diritto assoluto – per la cui soddisfazione non è cioè necessaria alcuna cooperazione da parte di altri soggetti, essendo sufficiente che tutti i consociati si attenano al principio del *nemine ladhare* – dall'altro come diritto relativo ossia come diritto di ottenere prestazioni di fare o di dare».

<sup>7</sup> Con riferimento al diritto alla tutela della salute più volte in dottrina si è parlato di una sorta di «Giano Bifronte». La metafora è utilizzata con riferimento alle molteplici dimensioni in cui si può articolare, a seconda dei contesti, il diritto *de quo*. Sul punto cfr. A. ANZON, *L'altra "faccia" del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1979, 656; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, IV, Milano, 2010, 21.

<sup>8</sup> Per un approfondimento sul complesso dibattito scaturito da tale orientamento giurisprudenziale in seno alla Corte Costituzionale cfr. cfr. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1 ss.; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 1 ss.; E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. SESTA (a cura di), *Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute*, Roma, 2013, 29-44.

<sup>9</sup> R. FERRARA, *Tutela della salute: prestazioni amministrative e posizioni soggettive*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano 2006, 44.

<sup>10</sup> B. PEZZINI, *op. cit.*, 28 ss.

umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»<sup>11</sup>.

Una conferma della necessità di porre in essere un ragionevole bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute e le possibilità economiche a disposizione, la si ritrova anche nella successiva giurisprudenza costituzionale intervenuta in seguito allo scrutinio di costituzionalità al quale è stata sottoposta la normativa che ha previsto i c.d. *ticket*, cioè forme di compartecipazione alla spesa sanitaria da parte degli stessi richiedenti delle prestazioni. Anche in tal caso il Giudice delle Leggi ha affermato la rispondenza di tali disposizioni con il dettato costituzionale dell'art. 32 proprio perché le suesposte forme di compartecipazione consentono di erogare le prestazioni assistenziali con le esigenze economiche alle stesse connesse<sup>12</sup>.

A corollario di quanto esposto si evidenzia anche la giurisprudenza costituzionale relativa alla libertà di scelta del paziente. Proprio la necessità di tenere in considerazione la limitatezza delle risorse disponibili e, parimenti, l'esigenza di una programmazione sanitaria di carattere generale, ha portato il Giudice delle Leggi a statuire che la libertà di scelta della struttura sanitaria presso la quale effettuare un esame diagnostico o un intervento non possa essere ritenuta alla stregua di un diritto di carattere assoluto, ciò, anche in questo caso, in ragione di incompressibili esigenze economiche. La Corte Costituzionale ha affermato, infatti, che: «[s]ubito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario «[s]ubito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario»<sup>13</sup>, per poi arrivare a statuire che: «il principio di libera scelta non è assoluto e va temperato con gli altri interessi costituzionalmente protetti, in considerazione dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore ordinario incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili»<sup>14</sup>.

Quanto argomentato ha rappresentato, di fatto, un avallo delle politiche di contenimento della spesa e di razionalizzazione organizzativa in campo sanitario, seppur con i limiti di ragionevolezza e con gli obblighi di bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti che si è avuto modo di esporre.

### 3. Le linee evolutive del SSN e le scelte legislative regionali.

Guardando all'evoluzione dell'approccio delle politiche pubbliche in campo sanitario si deve tener conto delle scelte che i differenti legislatori regionali hanno avuto nella conformazione dei rispetti Servizi Sanitari nell'ambito della potestà legislativa concorrente vigente in materia.

<sup>11</sup> Corte costituzionale n. 304/1994. In tal senso, *ex multis* Corte costituzionale nn. 309/1999, 432/2005, 269/2010, 61/2011.

<sup>12</sup> Corte costituzionale nn. 203/2008, 187/2012.

<sup>13</sup> Corte costituzionale n. 248/2011.

<sup>14</sup> Corte costituzionale n. 111/2005; in tal senso altresì cfr. Corte costituzionale n. 94/2009.

In primo luogo vi è stato – nella maggior parte dei casi – un progressivo accorpamento delle ASL e delle Aziende Ospedaliere. Sul punto è stata antesignana la Regione Marche con la creazione nel 2003 l'azienda Sanitaria Unica Regionale (ASUR). L'esempio è stato poi seguito anche dalla Regione Abruzzo, che ha ridotto il sistema a sole 4 ASL, e dall'Umbria, passata a 2 Aziende Sanitarie Locali.

Il suesposto trend, a ben vedere, è stato seguito anche dalle Regioni di dimensioni maggiori. La Puglia, che già all'epoca della trasformazione delle Unità Sanitarie (USL) in Aziende Sanitarie Locali (ASL) voluta dal D.Lgs. 502 del 30 dicembre 1992, era passata da 55 USL a 12 ASL, nel 2007 ha deciso un ulteriore accorpamento organizzativo che ha portato all'attuale assetto nel quale esiste una sola Azienda Sanitaria per ogni provincia.

In tale senso si richiama anche l'accorpamento voluto nel 2015 dalla Regione Toscana che ha ridotto le ASL da 12 a 3, alle quali sono state affiancate 3 Aziende Universitarie e l'Azienda Ospedaliera Meyer. Si può, inoltre, far riferimento all'esperienza dell'Emilia-Romagna che nel 2014 ha accorpato le ASL di Forlì, Cesena, Ravenna e Rimini in un'unica struttura che conta 1,2 milioni di abitanti, 12.000 dipendenti e 2,2 miliardi di euro di bilancio annuo.

V'è da segnalare, invece, il riassetto organizzativo impresso nel 2015 dalla Regione Lombardia che ha sostituito le ASL con 8 Agenzie per la Tutela della Salute e 25 Aziende Sociosanitarie Territoriali.

Tutte le suesposte decisioni a livello regionale, pur con le loro differenze, forniscono alcuni utili elementi di analisi.

In un estremo sforzo di sintesi si può affermare che l'accentramento – realizzato in momenti di forte tensione economica – è stato pensato per creare economie di scala, snellimenti amministrativi, eliminazione di duplicazioni nelle competenze e nell'erogazione dei servizi, ma, nel medio periodo può determinare un indebolimento delle capacità gestionali delle ASL, in quanto può dar luogo a strutture elefantache, composte da centinaia (o migliaia) di dipendenti, con problematiche organizzative di grande complessità. Peraltro, questa propensione al gigantismo delle Aziende Sanitarie Locali ha come conseguenza inevitabile la creazione di un apparato sovradimensionato che rischia di incidere negativamente sullo svolgimento di alcune funzioni aziendali.

Infine, la strutturazione di staff afferenti ad ASL di grandi dimensioni spesso avviene attraverso il reclutamento del personale proveniente dalle realtà territoriali, senza prevedere un percorso di formazione del management (specie del *middle management*) con il rischio di lasciare sguarniti questi livelli a vantaggio di quelli più elevati.

A quanto già illustrato deve aggiungersi la disamina degli interventi incentrati sulla rete ospedaliera, sempre applicati in un'ottica di razionalizzazione della spesa.

Il Decreto-legge n. 95 del 6 luglio 2012 ha programmato la riduzione dello standard di posti letto ospedalieri, tanto è vero che rispetto ai 4 posti letto per mille abitanti precedentemente previsti dalla normativa di riferimento, si è passati ad un valore massimo di 3,7 posti letto ogni mille abitanti. Per di più, le Regioni e le Province autonome hanno dovuto operare una verifica, sotto il profilo assistenziale e gestionale della funzionalità delle piccole strutture ospedaliere pubbliche, oltre a promuovere l'ulteriore passaggio dal ricovero ordinario al ricovero diurno e dal ricovero diurno all'assistenza in regime ambulatoriale, favorendo l'assistenza residenziale e domiciliare.

Il processo di riduzione dei posti letto e di riorganizzazione della rete delle piccole strutture ospedaliere è stato avviato in concreto con la successiva emanazione del decreto del Ministero della Salute

n. 70 del 2 aprile 2015 con il quale sono stati definiti gli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera.

La suesposta scelta di razionalizzazione della rete ospedaliera aveva come finalità il contenimento della spesa, ma si basava anche sulla volontà di strutturare un'assistenza territoriale maggiormente penetrante e capillare al fine di ridurre l'ospedalizzazione (anche per via notevole impatto economico). L'assistenza territoriale doveva essere, in maniera sempre maggiore, l'ulteriore gamba del SSN attraverso la quale consentire di alleggerire il carico di domanda di salute sulla rete ospedaliera, spostando molti casi su una modalità di cura maggiormente adatta ad una serie di patologie (non ultimo quelle croniche tipiche di una popolazione mediamente anziana) e caratterizzata da una minore incidenza sulle finanze pubbliche.

Il suesposto disegno legislativo, invero, ha avuto (ed ha tutt'ora) la pecca di aver implementato con repentinità la razionalizzazione delle reti ospedaliere regionali, senza, però, dettare una uguale coerenza nella creazione e/o implementazione dell'assistenza territoriale che è tutt'oggi a macchia di leopardo. Tale divaricazione tempistica ed organizzativa lascia, evidentemente, un vuoto nella risposta assistenziale.

#### 4. Effetti delle politiche pubbliche sul SSN

Nel periodo successivo alla crisi economica del 2008 è stato attuato un progressivo definanziamento del Servizio Sanitario attraverso un aumento annuo del *budget* destinato al SSN ben più contenuto sia rispetto a quello previsto negli anni precedenti, sia rispetto alle reali necessità della sanità italiana. A conferma di quanto esposto si evidenzia che nel periodo tra il 2009 ed il 2014 la spesa sanitaria pubblica ha fatto registrare un incremento annuo dello 0,7%, mentre nel quinquennio precedente (2003 – 2008) la crescita si era attestata sulla percentuale del 6%.

In verità, tanto i predetti interventi di contenimento della spesa, quanto la predisposizione dei piani di rientro per le Regioni in maggiore difficoltà economica, hanno avuto importanti effetti positivi sia sul bilancio statale, sia sui disavanzi regionali (basti pensare agli enormi deficit in campo sanitario di Lazio, Campania e Sicilia che oggi sono stati completamente o parzialmente risolti). Ma è necessario comprendere se, parallelamente, vi sia stato un miglioramento sul lato dell'offerta delle prestazioni assistenziali al fine di capire se sia stato garantito il nucleo irrinunciabile connesso all'art. 32 Cost. (così come statuito dalla richiamata giurisprudenza costituzionale).

Il primo effetto dei tagli all'incremento di risorse destinate al Servizio Sanitario Nazionale è stato quello di determinare un esaurimento delle economie a disposizione delle Regioni negli ultimi mesi di ogni anno, tanto da costringere gli Enti regionali a sospendere o rallentare l'erogazione di alcune prestazioni assistenziali nel medesimo periodo dell'anno.

Ciò ha avuto effetti importanti anche sulle strutture private accreditate che operano all'interno del Servizio Sanitario Nazionale e che rappresentano il 30% della capacità di offerta ospedaliera (percentuale che raggiunge il 53% se si includono le strutture territoriali). L'esaurimento, nel corso dell'anno, del *budget* a disposizione delle predette strutture ha determinato spesso il blocco dell'erogazione delle prestazioni garantite dal SSN ed ha provocato un impatto sia economico che organizzativo. I cittadini che volevano ottenere la prestazione richiesta si sono dovuti far carico integralmente del costo

della stessa, mentre, coloro i quali non hanno voluto o potuto affrontare tale spesa si sono rivolti alle strutture pubbliche così aumentando le già importanti liste d'attesa.

D'altro canto, come in un circolo vizio, proprio l'aumento delle liste d'attesa è uno dei motivi principali che spinge i pazienti ad uscire dal sistema pubblico, tanto è vero che in Italia il 40% delle visite specialistiche sono pagate direttamente dai cittadini, così come lo è il 49% delle prestazioni riabilitative ed il 23% degli accertamenti diagnostici<sup>15</sup>, sebbene deve precisarsi che per il 53% del campione statistico il ricorso alla spesa c.d. *out of pocket* rimanga legato alla fiducia nella struttura o nel professionista.

Quanto esposto non è l'unico riverbero provocato dalle misure economiche di natura restrittiva. Si pensi, infatti, al blocco delle assunzioni applicato per diversi anni nelle Regioni sottoposte a piani di rientro, con la conseguenza di non aver potuto dar corso nemmeno al *turn over* per quiescenza. Invece, tale problematica non è stata vissuta dalle sole Regioni sottoposte ad un piano di rientro, atteso che il Patto per la Salute del 2001 aveva fissato un vincolo generalizzato dell'1,4% per la spesa per il personale.

È necessario evidenziare che nel contesto sanitario e formativo italiano non c'è una carenza di medici in termini assoluti, atteso che ogni anno vi sono circa 9.000 laureati in medicina e chirurgia, ma rispetto a questo dato sono erogate solo 6.000 borse per la formazione degli specialisti e poco meno di 1.000 per la medicina generale. Al netto del predetto blocco del *turn over*, quindi, ogni anno quasi 2.000 medici non hanno la possibilità di entrare in una scuola di specializzazione o di seguire il corso di medicina generale, così rimanendo in un limbo professionale.

Tutto ciò avrà a breve un risvolto di non secondaria importanza, atteso che nei prossimi 5 anni ci sarà l'uscita dal SSN per pensionamento di circa 45.000 medici di medicina generale che per larga parte non verranno sostituiti da nuove assunzioni<sup>16</sup>. Se poi si estende l'analisi ad un arco temporale di 10 anni e si ricomprendono anche i medici ospedalieri la stima si attesta sul pensionamento di 33.392 medici di base e di 47.284 medici ospedalieri, con un riverbero facilmente intuibile tanto sull'assistenza territoriale, quanto su quella ospedaliera.

Il quadro nazionale evidenzia che in almeno quattro Regioni vi è assoluta necessità di medici specialisti: il Veneto ha un deficit di 400 unità, poi c'è il Piemonte con 300 e la Puglia, insieme alla Lombardia, con 100 posti vacanti. Per di più, nel lasso temporale 2018-2025, è prevista una carenza di circa 16.700 specialisti, con picchi in Piemonte (per 2.000 unità), in Lombardia (oltre 1.900), in Toscana (quasi 1.800), in Sicilia (2.250) ed in Puglia (quasi 1.700 posti vacanti) [dati ANAAO Assomed, 2019].

I dati numerici e le prospettive deficitarie delle piante organiche sono la cartina di tornasole delle politiche di riduzione della spesa che non ha tenuto indenni le voci relative alla "forza lavoro" e, quindi, non è riuscita ad attuare una programmazione lungimirante in campo socio – assistenziale.

<sup>15</sup> CENSIS-RBM, *IX Rapporto Rbm-Censis 2019*, [www.welfareday.it](http://www.welfareday.it) 17/03/2020.

<sup>16</sup> dati FIMMG 2019 [www.fimmg.org](http://www.fimmg.org) 17/03/2020, ripresi anche da ANSA, *Allarme carenza medici, 45.000 in pensione in 5 anni*, [www.ansa.it](http://www.ansa.it) 17/03/2020.

## 5. Un cambio di passo legislativo e le possibili ripercussioni derivanti dall'emergenza CoViD-19

Volendo focalizzare l'analisi sulle attuali scelte economiche non si può prescindere dalla disamina del contenuto del Documento di Economia e Finanza 2019, dal quale si vince che la spesa sanitaria corrente per il 2018 è risultata pari a circa 115,4 miliardi di euro, facendo registrare una crescita dell'1,6% rispetto ai 113,6 miliardi di euro del 2017.

Il DEF ha, inoltre, previsto che la spesa sanitaria del 2019 – in consuntivo – sarà pari a 118,06 miliardi di euro, con un tasso di crescita del 2,3%, mentre per il triennio 2020-2022 vi è una previsione di crescita della predetta spesa ad un tasso medio annuo dell'1,4%, a fronte di un PIL nominale che dovrebbe subire un incremento medio del 2,5%. Ne deriva che il rapporto fra la spesa sanitaria ed il PIL decresce e si attesta, alla fine dell'arco temporale considerato, ad un livello pari al 6,4%.

Ebbene, i dati suesposti, sono il segno di una inversione di tendenza con riferimento al finanziamento del SSN rispetto alle precedenti annualità, sancendo un ampliamento delle risorse messe a disposizione della spesa sanitaria annuale. Tali previsioni, però, in ragione dell'attuale emergenza sanitaria, dovranno essere necessariamente riviste alla luce della modificazione sostanziale dei due fattori precedentemente presi in considerazione.

È di tutta evidenza, infatti, che, l'emergenza CoViD-19 implicherà un incremento considerevole da destinare tanto all'assunzione del personale sanitario, quanto agli investimenti di carattere tecnologico ed infrastrutturale.

Sul punto, mentre si analizza la situazione contingente, è stato approvato il Decreto-legge "Cura Italia", contenente, oltre alle misure di carattere economico, anche un piano di rafforzamento del SSN al fine di affrontare l'impatto epidemiologico provocato dalla diffusione del suddetto virus. In particolare, da una rapida disamina del testo di questo primo provvedimento (al quale, inevitabilmente, dovranno seguirne altri), si evince che le misure di maggiore importanza sul piano socio – assistenziale possono essere così sintetizzate: previsione di un finanziamento aggiuntivo per gli incentivi del personale dipendente (art. 1); possibilità da parte del Ministro della Salute di assumere 40 dirigenti medici, 18 dirigenti veterinari e 29 unità di personale non dirigenziale con contratti a tempo determinato per 3 anni, stanziando all'uopo oltre 5 milioni di euro per il 2020, 6.790.659,00 di euro per il 2021 e 2022 e quasi 1.700.000,00 di euro per il 2023 (art. 2); possibilità per le Regioni di acquistare prestazioni sanitarie ovvero di acquisire apparecchiature mediche, locali e personale sanitario dalle strutture private, accreditate e non (art. 3); incremento del finanziamento del fabbisogno sanitario nazionale standard per un ammontare di 1.500.000,00 euro (art. 17); consentire «l'esercizio temporaneo di qualifiche professionali e sanitarie ai professionisti che intendono esercitare sul territorio nazionale una professione sanitaria conseguita all'estero» senza la necessità di sostenere l'esame di abilitazione (art. 13), ciò anche nell'ottica di un pronto reclutamento del personale medico, anche da parte delle Regioni che stanno chiedendo di essere autorizzate allo sfioramento del vincolo di bilancio per l'assunzione di nuovo personale.

Si è in presenza di disposizioni di carattere eccezionale, per molti aspetti sono derogatorie rispetto al regime finanziario e normativo in vigore per il SSN, tanto da prevedere un investimento pubblico de-

dicato al contrasto al CoViD-19 di notevole importo e da determinare una torsione (seppur momentanea) anche del modello organizzativo dell'assistenza sanitaria.

A ciò v'è da aggiungere l'impatto che la crisi finanziaria nazionale e globale innescata dalla pandemia in corso potrà avere sull'economia italiana, che già prima dell'emergenza del "corona virus" stava dando segni di debolezza<sup>17</sup>. Sul punto una prima spia può essere individuata nel report periodico dell'agenzia Moody's nel quale si sostiene che: «l'economia italiana è probabilmente in recessione», tanto da prevedere una probabile contrazione del PIL nel primo trimestre del 2020 sino a giungere ad una stima di crescita negativa pari a - 0,5% per il 2020.

Il binomio tra la curva della spesa sanitaria in crescita (per via delle misure emergenziali) e quella del PIL in discesa, determinerà un impatto di lapalissiana evidenza sulla finanza pubblica che, in questo caso, non potrà dar luogo ad interventi di politica economica restrittivi, a meno di non sancire un effetto di detrimento per l'intera assistenza sanitaria. Per tale motivo ciò che deve essere guardato con attenzione è il comportamento tanto dell'Unione Europea, quanto quello della BCE.

A ciò si aggiunga che lo stesso DEF 2019 (la cui stesura è evidentemente antecedente alla crisi sanitaria su citata), non si è sottratto dall'evidenziare l'esistenza di criticità di medio-lungo del Servizio Sanitario Nazionale, avendo cura di focalizzare l'attenzione sui fattori come: l'invecchiamento demografico e l'evoluzione della domanda dei servizi sanitari, l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza in modo uniforme sul territorio nazionale, l'integrazione tra sistemi sanitari e assistenza sociale, la promozione della prevenzione sanitaria e l'innovazione tecnologica. Ciò ad ulteriore riprova del fatto non è dato sapere quali saranno le conseguenze che l'emergenza sanitaria CoViD-19 potrà determinare su un assetto già delicato e fragile.

## 6. La sanità diseguale?

Il quadro evolutivo degli interventi delle politiche economico – sanitarie (alle quali in prospettiva dovranno essere aggiunti i provvedimenti emergenziali già approvati e in fase di approvazione il cui impatto è ancora imprevedibile), ci consegnano una pluralità di indici dai quali emergono molteplici disuguaglianze nell'accesso alle cure, tanto da minare le fondamenta il diritto sancito dall'art. 32 della Costituzione.

Il primo squilibrio è tra Nord e Sud, visto che nelle Regioni del Nord Est l'aspettativa di vita per uomini e donne è rispettivamente di 81,2 e 85,6 anni, mentre al Sud si accorcia a 79,8 e 84,1 anni.

Altro indice di disuguaglianza è rappresentato dalla mobilità sanitaria interregionale che nel 2017 per l'88% dell'intero saldo attivo e stato appannaggio di Lombardia, Emilia-Romagna, Veneto, mentre il 77% del saldo passivo è stato interamente a carico delle Regioni del Centro Sud (Puglia, Sicilia, Lazio, Calabria e Campania).

L'ulteriore aspetto è quello dell'accesso alle cure da parte dei meno, vero segnale di disuguaglianza. Il 43% delle persone con gravi difficoltà economiche dichiara di non godere di buona salute, mentre questa cifra scende al 23% tra colori i quali non soffrono di penuria finanziaria [Istituto Superiore di Sanità, Report sulle disuguaglianze, 2019]. Se si considera che alle fasce economico-sociali più basse corrisponde mediamente anche un livello di istruzione più basso, il quadro appare ancora più com-

<sup>17</sup> ISTAT 11.01.2020, *Le prospettive per l'economia italiana nel 2019-2020*, [www.istat.it](http://www.istat.it) 11.01.2020.



plesso, atteso che il 55% delle persone con un basso livello di istruzione riferisce di versare in cattive condizioni di salute (contro il 20% dei laureati) e il 12% afferma di avere sintomi depressivi (rispetto al 4% dei laureati).

Il contesto delle disuguaglianze si acuisce ancor di più se si considera che in un SSN sottofinanziato, oltre 11 milioni di italiani nel 2017 hanno rinunciato a curarsi per motivi economici e 7 milioni si sono indebitati per farlo (di cui 2,8 milioni hanno venduto un immobile per sostenere le spese di cura).

Questo panorama assistenziale già fragile è anche caratterizzato da molteplici paradossi, il primo dei quali è legato all'inefficacia delle prestazioni. A fronte del flusso di risorse assorbito dall'assistenza sanitaria, è stimato che il 19% della spesa pubblica, il 40% di quella delle famiglie ed il 50% di quella delle polizze e fondi sanitari, sia impiegato per diagnosi o prestazioni che non migliorano la vita delle persone. Le prestazioni inefficaci o inappropriate di cui si è già avuto modo di accennare in precedenza e che rappresentano una falla all'interno di un sistema fragile e dispendioso.

Quanto esposto è la fotografia di uno stato di cose che era già presente prima dell'emergenza CoViD-19 e che, con assoluta probabilità (se non certezza), la straordinarietà del diffondersi del corona virus non potranno che acuire. Sul punto, però, è già possibile affrontare un aspetto che lo stesso piano emergenziale sta producendo in relazione alla condizione della popolazione più anziana.

Se si pensa che il 33% delle famiglie italiane è formato da un solo componente, spesso anziano, e se si considera che nelle grandi città la predetta percentuale arriva a toccare quasi il 50% delle famiglie, si può immaginare quale possa essere la portata dell'emergenza "Coronavirus", siccome l'intero sistema socio-assistenziale, sotto stress per una minaccia virulenta, imprevedibile, ancora non scientificamente pienamente definita e per la quale non esistono azioni efficaci di prevenzione e/o di cura sperimentate, deve anche aver cura di intervenire proprio in quei casi di persone sole che risultino essere contagiate e che, più di altre, hanno bisogno di una assistenza totalizzante siccome avulse da qualsiasi supporto familiare. Per di più, ciò è ancora più rilevante se si considera che, per quanto è dato sapere dai casi verificatisi, proprio le persone anziani (spesso sofferenti di patologie croniche) possono essere quelle più a rischio nel caso di contagio, siccome il tasso di ospedalizzazione e quello di mortalità in questi casi è tra i più alti.

Agli anziani soli devono essere aggiunti anche i casi dei disabili che vivano anch'essi in una condizione di solitudine.

Per di più, il quadro emergenziale che tocca da vicino le suesposte categorie di persone, si inserisce in un contesto già fortemente problematico, in ragione di una inadeguatezza di base dell'apparato socio-assistenziale italiano nei confronti dei disabili e degli anziani.

Già nell'azione ordinaria di contrasto alle non autosufficienze vi è un *gap* territoriale importante, tanto è vero che nel 2017 la spesa pro capite è stata di 282 euro nella Provincia di Trento mentre a Reggio Calabria si è attestata su una media di appena 26<sup>18</sup>. Più in generale il Sud spende, in media, circa un terzo rispetto alle risorse impiegate in tale campo dal Nord Italia.

Ciò che più fa riflettere è che non ci si trovi dinanzi ad una penuria di fondi, se è vero che tra il 2007 ed il 2015 sono stati spesi 2,3 miliardi di euro per finanziare progetti destinati ai non autosufficienti. La differenza è forse dovuta ai criteri di riparto da modificare, alla lentezza nella determinazione dei

<sup>18</sup> Corte dei conti, *Relazione sulla gestione del Fondo per le non autosufficienze*, 2017, [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it) 02/01/2020.

Livelli Essenziali di Assistenza nelle politiche sociali e, nel contempo, la stasi gestionale presente in varie amministrazioni regionali.

A ciò si aggiunga una disparità territoriale vigente anche con riferimento al sistema socio-assistenziale, siccome la presenza di strutture residenziali per anziani, disabili, malati psichici, malati terminali e sugli istituti di riabilitazione sono largamente disomogenea. Si passa da una presenza di 10,5 posti letto ogni 1000 abitanti nella Provincia di Trento, ad 8,4 posti letto in Piemonte, per giungere a 0,9 posti letto in Campania. La Puglia si attesta al quattordicesimo posto su 21, con 2,4 posti letto<sup>19</sup>.

Tutto quanto esposto ci consegna una cornice di evidenti diseguaglianze assistenziali, territoriali, di accesso alle cure e di risposta ai bisogni epidemiologici della popolazione. Un *vulnus* grave al nucleo essenziale ed inscalfibile dell'art. 32 Cost.

Per di più, sempre in tema di disuguaglianze, i rapporti annuali della Banca Mondiale, del Fondo Monetario Internazionale e dell'OCSE che forniscono costantemente i dati sull'aumento della concentrazione della ricchezza, non possono non avere rilessi sul *welfare state* e, conseguentemente, sullo iato tra le potenzialità assistenziali fornite dal progresso tecnico-scientifico e gli effettivi livelli di assistenza erogati.

Da quanto esposto discende che il quadro dell'evoluzione della sanità italiana, anche alla luce delle contingenze che l'emergenza sanitaria in atto, apre la strada a pressanti dubbi di fondo circa l'effettività dei principi di universalità, uguaglianza ed equità che hanno ispirato la creazione del nostro SSN e che oggi rischiano di essere solo chimere.

Per troppo tempo le contrastanti scelte del legislatore in campo sanitario hanno avuto più assonanze con lo stato d'animo di Don Abbondio che non quello del Principe di Condè: mentre il primo non dormì sonni tranquilli perché non aveva il coraggio di affrontare il domani, il Manzoni ci racconta che, invece, il nobile si assopì profondamente la notte prima della battaglia di Rocroi perché aveva imparato tutte le disposizioni necessarie. Ebbene, la contingenza emergenziale, così come lo stato del nostro Servizio Sanitario, impongono scelte coraggiose e lungimiranti per vincere la battaglia dell'assistenza.

---

<sup>19</sup> P. BARZAN, A GUGIATTI, F. PETRACCA, *La struttura e le attività del SSN*, in CERGAS – Bocconi (a cura di), *Rapporto OASI 2018*, Milano, 2019, 29-99.

## Un'illegittimità troppo breve per essere accertata? Note minime su due ordinanze contingibili e urgenti in materia di sanità pubblica della regione Basilicata

**Federico Ponte**

*Dottore di ricerca in sistemi costituzionali comparati,  
Università degli Studi di Genova.*

*Mail: [federico.ponte@giuri.unige.it](mailto:federico.ponte@giuri.unige.it).*

Nel panorama giuridico scandito da ordinanze contingibili e urgenti con cui il nostro Paese sta affrontando i primi effetti sul proprio territorio dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 destano particolare interesse le due ordinanze emesse dal Presidente della Giunta regionale della Regione Basilicata, nn. 1 e 2, rispettivamente del 23 e del 27 febbraio. Base giuridica è l'articolo 32, comma 3, della Legge 23 dicembre 1978, n. 833, che autorizza il Presidente della Giunta regionale a emanare ordinanze di carattere contingibile e urgente con efficacia estesa alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni.

Le due ordinanze sono state emanate a seguito dell'entrata in vigore del Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*) e del d.P.C.M. attuativo, emanato in pari data, precedute dall'Ordinanza del Ministero della salute del 21 febbraio 2020. In particolare il d.l. all'art. 2 stabiliva che ulteriori misure per il contenimento e la gestione dell'emergenza, rispetto a quelle da esso disposte, potevano essere adottate dalle autorità competenti.

La prima ordinanza ha imposto agli studenti residenti in Basilicata e provenienti da 6 regioni del

nord Italia (Piemonte, Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna, Liguria e Friuli-Venezia Giulia) o che comunque vi abbiano soggiornato negli ultimi 14 giorni, di sottoporsi a «misure di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva».

La seconda ordinanza, che sostituisce la precedente, limita la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva a coloro che hanno soggiornato negli ultimi 14 giorni nelle zone a rischio epidemiologico identificate dall'OMS e a coloro che hanno soggiornato nei Comuni italiani dove è stata dimostrata la trasmissione locale del virus. Lo stato di isolamento dovrà essere mantenuto per 14 giorni dall'ultima esposizione: in questa finestra è fatto divieto di contatti sociali, di spostamenti e/o viaggi, ed è fatto obbligo di rimanere raggiungibili per le attività di sorveglianza.

Com'è noto, la sanzione per la violazione delle ordinanze contingibili e urgenti è rappresentata dal reato di cui all'articolo 650 del codice penale, ossia l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'Autorità, punita con l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda fino a 206 euro (fatta salva la possibilità, sensi dell'articolo 162-bis del codice penale, di richiedere l'oblazione).

La prima ordinanza emessa dalla Regione Basilicata è quella che pone particolari profili di criticità. Dev'essere intanto precisato che stando al tenore letterale dell'articolo 2 del d.P.C.M. del 23 febbraio 2020, attuativo del Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva rappresenta l'*extrema ratio*, ben potendosi ipotizzare altre misure di contenimento. Detta misura è infatti espressamente prevista solo nei confronti di coloro che hanno fatto ingresso in Italia dalle zone a rischio epidemiologico identificate dall'OMS, mentre misure più restrittive sono previste, dall'articolo 1, comma 2, lettera i) del D.L. in

discorso per coloro che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa (per cui si prevede la quarantena con sorveglianza attiva, presumibilmente in strutture preposte).

A prima lettura l'ordinanza si è presentata come critica sotto diversi profili, a partire da quelli di tipo soggettivo (perché gli studenti e non anche i lavoratori, o i disoccupati?) e a quelli inerenti al criterio di legame con il territorio regionale (residenti e non anche più generalmente coloro che nel territorio regionale erano domiciliati). Ma l'aspetto più critico è senz'altro quello concernente le regioni di provenienza: di queste, solo alcuni Comuni di 2 di esse (1 per il Veneto e 10 per la Lombardia) erano stati individuati dal d.P.C.M. come «interessati alle misure urgenti di contenimento del contagio».

Pertanto il legame delle altre regioni con l'epidemia era meno marcato, se non addirittura inesistente (è il caso della Regione Liguria, in cui il primo caso positivo ai test è stato rilevato il 25 febbraio, ovvero 2 giorni dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza della Regione Basilicata). Ne consegue che gli unici elementi di comunanza tra le regioni interessate dal provvedimento sono la vicinanza geografica ai «focolai» e l'essersi tempestivamente attivate (lo stesso giorno del d.P.C.M. e dunque anche dell'ordinanza basilicatense) a loro volta con ordinanze contingibili e urgenti.

È vero che nel bilanciamento tra libertà di circolazione e salute pubblica il primo è possibile che sia chiamato a cedere, se non altro per l'espressa previsione dell'articolo 16 della Costituzione, primo comma, il quale prevede che la legge possa limitarla per motivi, tra l'altro, di sanità. Tuttavia questa affermazione ha avuto modo di passare al vaglio della Corte costituzionale la quale ha chiarito, già a partire dalla sentenza n. 2 del 1956, che le limitazioni devono essere stabilite «in via generale», ovvero nei confronti

della generalità dei cittadini e non a singole categorie: con ciò non vietando in generale le limitazioni nei confronti di specifici gruppi, ma solo quelle che rivestono carattere discriminatorio.

Discriminatoria pare essere la misura presa nei confronti degli studenti, posto che per tale categoria non sembrano ravvisabili caratteristiche tali per poterli ritenere «portatori del contagio» con maggiori probabilità rispetto ad altri gruppi di individui.

Inoltre, con la sentenza n. 51 del 1991, la Corte ha messo in chiaro come siano ammissibili anche interventi di rango secondario, a patto che (1) si sia in presenza di un valore costituzionale per il quale possono essere posti limiti alla libera circolazione, (2) la regione posseda una competenza che legittimi l'atto e (3) che il provvedimento abbia «un contenuto dispositivo ragionevolmente commisurato al raggiungimento delle finalità giustificative dell'intervento limitativo», in modo da non costituire in concreto un ostacolo arbitrario alla libera circolazione fra regione e regione.

Orbene, nel caso in discorso sembra che i requisiti di cui al punto (1) e (2) siano ampiamente soddisfatti, come a difettare pare quello di cui al punto (3). Non risulta infatti ravvisabile la ragionevolezza di una misura che da un lato non si rivolge alla generalità di coloro che transitano o soggiornano in determinate regioni, e che dall'altro adotta indiscriminatamente la misura più restrittiva tra quelle messe in campo dalla legge, anche per coloro che non hanno alcun legame, nemmeno potenziale, con l'epidemia.

Come si è detto in apertura, la seconda ordinanza – a soli quattro giorni di distanza dalla prima – è intervenuta a sanare la situazione, altrimenti evidentemente problematica. Dalla cronaca non emerge neppure se in quei quattro giorni siano stati assunti provvedimenti nei confronti di studenti che hanno violato la sua disciplina; pertanto, un giudizio contro l'ordinanza è

del tutto eventuale e sostanzialmente poco probabile. Tuttavia, riflettere anche «a caldo» su certi temi, in un momento in cui non è possibile stabilire quando si potrà parlarne «a freddo», è utile per non ripetere in futuro gli errori commessi.

Più in generale sembra doversi interrogare sulla legittimità delle ordinanze emanate da una pluralità di regioni, le quali hanno – solo per il proprio territorio di competenza – adottato particolari restrizioni volte a contenere il diffondersi dell'epidemia. A tal riguardo bisogna infatti chiedersi se questo sia il livello adeguato di governo a cui prendere decisioni nel caso di specie, non essendo invece più opportuno – almeno laddove, e fino a quando, non vi sono necessità (i.e. focolai) che richiedono provvedimenti specifici –

l'intervento diretto del Ministro della sanità: solo per tramite del livello centrale sembra infatti possibile ipotizzare l'adozione di «cordoni sanitari» e restrizioni alle libertà fondamentali non viziata da irragionevoli discriminazioni.

A tal proposito deve sottolinearsi conclusivamente che in tale direzione sembra aver agito il dicastero della sanità, sia adottando d'intesa con le regioni le ordinanze contingibili e urgenti da queste presentate (tra cui Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Veneto e Liguria), sia emanando, il 26 febbraio, un provvedimento che approva uno schema di ordinanza che le regioni possono adottare, e nei confronti del quale si intende previamente rilasciata l'apposita intesa.

(2 marzo 2020)



## Il TAR in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica.

**Nota a TAR Campania, sez. V, n. 01048/2020 del 18.03.2020, Pres. Scudeller**

**Camilla Della Giustina**

*Dottoressa in Giurisprudenza, cultrice della materia per l'insegnamento IUS/08 Diritto Costituzionale c/o Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza.*

Mail: [camydg94@gmail.com](mailto:camydg94@gmail.com).

### 1. Introduzione

Il contributo muove dall'analisi del decreto cautelare del TAR Campania<sup>1</sup> pronunciato a seguito di un ricorso avverso un'ordinanza adottata dalla stessa Regione per fronteggiare l'emergenza derivante dalla diffusione del Coronavirus.

Si è deciso di analizzare la motivazione adottata dal TAR in sede cautelare evidenziando come il giudice amministrativo alla luce dell'emergenza sanitaria in corso interpreti in maniera cedevole il principio di legalità proprio del nostro ordinamento. A tal proposito si è deciso di prendere le mosse da una frase contenuta nel decreto cautelare che fungerà da base per svolgere una riflessione sul (presunto) rispetto del principio di legalità

### 2. Ricostruzione del fatto

Con ricorso n. 1048/2020 veniva richiesto dall'Avv. Imparato l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dell'ordinanza n. 15/2020 del Presidente della Giunta regionale

della Campania<sup>2</sup> e del Chiarimento n. 6/2020 del Presidente della Giunta regionale<sup>3</sup>.

L'ordinanza n. 15/2020 all'art.1 obbliga tutti i cittadini a rimanere nelle proprie abitazioni consentendo solamente gli spostamenti individuali e temporanei dettati da esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute. All'articolo successivo viene precisato che per situazioni di necessità si intendono «quelle correlate alle esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente necessario, e degli animali d'affezione per il tempo strettamente indispensabile in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora». Successivamente con il Chiarimento n. 6/2020 viene sancito *expressis verbis* che l'attività sportiva all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico non sia compatibile con il contenuto dell'ordinanza n.15/2020.

Il TAR in sede cautelare ha evidenziato come «l'ordinanza 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale».

Oltre a questo viene sostenuto che la situazione di necessità ed urgenza causata dalla rapida diffusione del virus CoViD-19 consente di adottare misure restrittive della libertà personale in considerazione della prevalenza della tutela della salute pubblica. A tal proposito il tribunale sostiene che «considerato peraltro aspetto che, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata, va accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica».

<sup>1</sup> Ricorso n. 01048/2020, pubblicato in data 18.3.2020.

<sup>2</sup> BURC n. 35 del 13.3.2020.

<sup>3</sup> BURC n. 38 del 14.3.2020.

Per i motivi appena descritti il TAR Campania in sede cautelare respinge la richiesta di sospensione dell'Ordinanza n. 15/2020 e del Chiarimento n. 6/2020 fissando la camera di consiglio in data 21.4.2020 per la trattazione collegiale.

### 3. Brevi riflessioni a margine del decreto cautelare

In via preliminare si precisa che sebbene si tratti di una pronuncia cautelare che rigetta la richiesta cautelare di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti azionati questo non impedisce di svolgere delle riflessioni. L'espressione utilizzata dal TAR Campania che, nell'opinione di chi scrive, sembra essere abbastanza problematica ed ambigua è quella secondo cui «l'ordinanza 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate».

Volendo procedere ad una ricostruzione del complesso quadro normativo emerge che l'ordinanza *de qua* richiama solamente il Dl. 6/2020 e i successivi quattro DPCM adottati dal Presidente del Consiglio tra cui il DPCM 9 marzo 2020 il quale richiede che sia «evitato ogni spostamento delle persone fisiche in entrata ed uscita dai territori di cui al presente articolo, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute». Probabilmente il TAR ritiene che la base legale del potere di ordinanza possa essere rinvenuta nell'art. 5 co. 4 DPCM 8 marzo 2020 il quale a sua volta richiama l'art. 3 co. 2 Dl. 6/2020 nella parte in cui «fa salvo il potere di ordinanza delle Regioni».

Alla luce di questo ci si deve chiedere se sia ammissibile nel caso di specie ritenere sussistente la

riserva di legge *per relationem*. Precisamente il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti riconosciuto dal TAR alla Regione Campania in capo al Presidente della Regione Campania viene rinvenuto nel DPCM 8 marzo in quanto questo richiama l'art. 3 co. 2 del Dl. 6/2020. In base a questa concatenazione di disposizioni il tribunale amministrativo sostiene che non sia possibile sospendere l'ordinanza n.15/2020 perché fondata sul Dl. 6/2020.

A tal proposito si richiama una pronuncia della Corte costituzionale secondo cui le ordinanze affinché siano compatibili con il nostro sistema costituzionale devono «fondarsi su una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata; 2) che abbiano un'efficacia derogatoria e non abrogativa o modificativa della normativa primaria; 3) che rispettino il limite delle riserve di legge, assolute o relative, secondo la graduazione teorizzata nella sentenza n. 26 del 1961; 4) che siano adeguate al fatto»<sup>4</sup>. La giurisprudenza costante della Corte costituzionale indica che il rispetto di una specifica autorizzazione legislativa significa osservare almeno due requisiti. In primo luogo la prescrizione del legislatore non deve essere "in bianco" ossia carente circa l'indicazione dei limiti, dei contenuti e delle modalità dell'azione amministrativa<sup>5</sup>. In secondo luogo è stato precisato che un eventuale DPCM debba ritenersi non idoneo per delimitare la discrezionalità del pubblico potere<sup>6</sup>.

Dal quadro giurisprudenziale appena delineato emerge chiaramente come l'ordinanza n. 15/2020 non possieda una solida base legale anche nell'ipotesi in cui si volesse ammettere che la stessa rinvenga la propria fonte legale del Dl.

<sup>4</sup> Corte cost., 3 maggio 1987, n. 201.

<sup>5</sup> Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115.

<sup>6</sup> Corte cost., 24 giugno 2009, n. 196.

6/2020. Quest'ultimo infatti non contiene alcuna delle prescrizioni richieste dalla giurisprudenza costituzionale poiché si limita solamente ad autorizzare l'adozione di ordinanze *extra ordinem* risultando essere quindi totalmente in bianco<sup>7</sup>. In dottrina è stato sostenuto che «ove un atto dell'autorità non trovi nell'ordinamento norme sufficienti a delimitare il corretto esercizio del potere ne consegue che le norme di legge attributive di tale potere possono essere favorevolmente impugnate per violazione delle disposizioni costituzionali che impongono riserve relative alla legge<sup>8</sup>».

L'opinione di chi scrive è che anche ammettendo che la fonte legale dell'ordinanza possa essere rinvenuta nel DL. 6/2020 lo stesso non sia idoneo, nonostante sia una fonte primaria, ad assumere questa funzione. La Corte costituzionale con una pronuncia adottata in una precedente situazione di emergenza socio-economico-ambientale ha evidenziato che il carattere eccezionale del «potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa» debba ritenersi appunto eccezionale in quanto si tratta «di deroghe temporaneamente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956).

Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione<sup>9</sup>» Il decreto-legge in questione all'art. 2 co.1<sup>10</sup> indica in maniera molto approssimativa sia le autorità competenti ad adottare le misure di contenimento e gestione dell'urgenza sia i casi concreti che giustificano l'adozione di questo potere in capo alle autorità. Precisamente viene utilizzata l'espressione «autorità competenti» senza specificare se si tratti del Sindaco, del Presidente della Regione, del Presidente del Consiglio dei ministri, del Capo del Dipartimento della Protezione civile. In relazione all'individuazione dei casi concreti che possono giustificare il riconoscimento del potere di adottare misure di contenimento e gestione dell'emergenza lo stesso decreto-legge prevede la possibilità di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche al di fuori dei casi contemplati» nell'art. 1 DL.

<sup>7</sup> L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Osservatorio Federalismi Emergenza Covid-19*, 18.3.2020, 12-34. Altra parte della dottrina ha definito le prescrizioni contenute in esso come «non tassative». G. TROPEA, *Il covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19*, 18.3.2020, 11. Ed infine è stato qualificato quale «genericissimo» da L.A. MAZZAROLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente*

*strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss, 77 Cost, per tacer d'altri*, in *Federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19*, 23.3.2020, 12.

<sup>8</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Diritto amministrativo*, 1988, 517.

<sup>9</sup> Corte cost., 14 aprile 1995, n. 127.

<sup>10</sup> «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».

6/2020<sup>11</sup>. Si tratta di un enunciato che non precisa in modo chiaro ed incontrovertibile in che cosa possano consistere queste «ulteriori misure».

#### 4. Conclusione

A seguito delle riflessioni svolte l'auspicio è che il TAR, in sede di trattazione nel merito, affronti il problema del concreto atteggiarsi del sistema delle fonti del diritto nel caso concreto

<sup>11</sup> «1. Allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle 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 del menzionato virus, 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, nonchè 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, nonchè 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; g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno

sottoposto al suo giudizio rilevando come l'ordinanza sottoposta al suo giudizio non possieda una solida base legale come affermato nel decreto cautelare.

È doveroso ricordare che il principio di legalità e di riserva di legge non possono essere definiti quali formalismi capziosi ma siano espressione di un principio di civiltà giuridica da rispettare anche nell'ipotesi in cui si verifichi un'emergenza sanitaria. Adottare un decreto-legge rispettoso

avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; 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; l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonchè di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; 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 nonchè delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni 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».

delle indicazioni derivanti dalla giurisprudenza costituzionale significa adottare un atto conforme, a sua volta, ai valori costituzionali quali rispetto del principio di legalità, della sovranità popolare e di protezione delle libertà

fondamentali garantite dalla nostra Costituzione. È evidente quindi che non si tratta di una mera esigenza di carattere formale<sup>12</sup>.

(30 marzo 2020)

*Federalismi*

---

<sup>12</sup> M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19*, 18.3.2020.



## Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una “prima analisi” antropologico-giuridica

Christian Crocetta\*

SOCIAL RIGHTS AND PROXIMITY TO THE CORONAVIRUS TEST. A FIRST ANTHROPOLOGICAL-LEGAL ANALYSIS

ABSTRACT: In this period of emergency, the lockdown, which is necessary to prevent the spread of the virus, is affecting social rights and putting a strain on the population, both individually and collectively. Among the various possible perspectives of analysis, here are proposed some anthropological-legal reflections on social rights, proximity and solidarity.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; social rights; proximity; solidarity

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L’iniziale “stigma alla rovescia” e i sentimenti di “panico morale” e di paura – 3. Incidenza della priorità del diritto alla salute sugli altri diritti sociali o di libertà – 4. Il diritto all’istruzione a distanza, fra cittadinanza attiva e disuguaglianze sociali – 5. L’urgenza Coronavirus come fatto paradigmatico in merito alla concezione e al costo dei diritti sociali – 6. Prossimità, impegno civico e solidarietà in tempo di Coronavirus.

### 1. Introduzione

In un tempo fluido e in continua evoluzione, in chiave epidemiologica e normativa, non risulta semplice de-finire, ovvero inquadrare chiaramente i confini di un argomento, come quello qui proposto, e riuscire efficacemente a proporre un’analisi sistematica. Si tratta di un argomento, quello del diritto e dei diritti al tempo del Coronavirus, dai confini ancora fortemente porosi e, in ogni caso, da trattare in una prospettiva che non si muova solo entro i confini giuridici, o almeno, come per altre categorie, prenda spunto dallo sguardo di altre discipline che possono, sul medesimo fenomeno, avere una chiave di lettura differente da integrare<sup>1</sup>.

Sono molteplici gli stimoli di osservazione del fenomeno Coronavirus, in chiave giusfilosofica e socio-logico-giuridica, che potrebbero essere avviati in questa fase di fluida transizione: (a) una riflessione sull’iniziale “stigma alla rovescia” e i sentimenti di “panico morale” e di paura, verificatisi durante queste settimane di “fase 1”; (b) l’incidenza della priorità del diritto alla salute sugli altri diritti sociali o di libertà; (c) il diritto all’istruzione, garantito dalla didattica scolastica “a distanza”, sospeso fra “cittadinanza digitale” e “cittadinanza attiva” e che ha fatto percepire l’ampliamento della forbice di disuguaglianza e un forte rischio di dispersione scolastica; (d) la riflessione su come l’urgenza Coronavirus abbia paradigmaticamente influenzato tutte le riflessioni dottrinali in merito alla concezione

\* Professore stabile di Diritto, IUSVE / Istituto Universitario Salesiano di Venezia. Mail: [c.crocetta@iusve.it](mailto:c.crocetta@iusve.it). Il presente lavoro è aggiornato al 27 aprile 2020.

<sup>1</sup>L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017, 124.

dei diritti sociali come diritti fondamentali e sul loro costo; (e) infine, una necessaria riflessione su come, accanto a diritti sociali, servano in modo evidente anche i “doveri sociali”, i doveri di solidarietà sociale, la responsabilità civica, il risveglio del senso civico e di un impegno di “prossimità”, per la presa in carico di tutte le dimensioni del ‘bene comune’ che sono state coinvolte e influenzate in questo tempo emergenziale.

## 2. L’iniziale “stigma alla rovescia” e i sentimenti di “panico morale” e di paura

In una fase prodromica al *lockdown* si è potuto annotare<sup>2</sup> (in prospettiva antropologico-giuridica) lo “stigma alla rovescia” che si è generato nei confronti dei viaggiatori italiani fermati e respinti in aeroporti, stazioni ferroviarie e frontiere, con l’evidente accentuazione della dimensione di diffidenza nei confronti dell’«italiano untore»<sup>3</sup>. Si tratta, tuttavia, di una problematica che è sfumata quasi subito nel suo impatto mediatico in conseguenza alla diffusione del virus a livello europeo e mondiale.

Su questa stessa linea, si potrebbe anche riprendere il tema del “panico morale” diffuso nella popolazione dal succedersi dei primi interventi normativi d’urgenza, susseguitisi a distanza di pochi giorni uno dall’altro e in ottica sempre più restrittiva: un esempio di questa manifestazione di paura generalizzata la si è potuta notare nella presa d’assalto delle scansie dei supermercati per comprare i beni di prima necessità, come se si fosse immersi in una situazione fosse di “rischio bellico”<sup>4</sup>. D’altronde, la metafora utilizzata per definire questa situazione è stata fin da subito quella della “battaglia”, della “guerra”, anziché quella dell’emergenza sanitaria, arrivando a paragonare il personale medico e infermieristico a dei “soldati”, anziché, come Paolo Costa ha correttamente messo in evidenza, a dei “pompieri”<sup>5</sup>, che stanno contribuendo a spegnere il focolaio virale.

Tuttavia, queste immagini di paura collettiva iniziale sono state poi sostituite, nel corso di questo periodo di *lockdown*, dalle file fuori dai discount di quartiere e paese, con carrelli distanziati di uno o due metri in attesa del proprio turno, come atto di obbediente (e quasi “normalizzata”) preoccupazione.

Il supermercato è divenuto, in questo tempo, uno dei luoghi emblematici (insieme all’abitazione e, ovviamente, a ospedali e presidi farmaceutico-sanitari) di questo periodo di emergenza, nel quale si sono manifestate e alternate paure e ansietà della popolazione (un esempio su tutti: gli scaffali della farina vuoti, oppure con cartelli che imponevano solo di prenderne due confezioni al giorno a famiglia)<sup>6</sup>, miste a protesta e rabbia<sup>7</sup>, sintomi di un potenziale aumento del disagio sociale e dell’ampiezza

<sup>2</sup> Cfr. CH. CROCETTA, *Droits sociaux et sens civique en Italie en temps de Coronavirus. Une première analyse socio-juridique*, in *Jusletter*, 14 avril 2020, 1-4.

<sup>3</sup> F. ROCCA, “Italiani untori”, quando lo stigma colpisce anche noi, in *Huffington Post*, 28 febbraio 2020, consultabile su <https://bit.ly/2A2vgKi> .(ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>4</sup> L’Italia dell’ansia: supermercati svuotati e alberghi vuoti, in *Huffington Post*, 27 febbraio 2020, consultabile su <https://bit.ly/2yoQKke> .(ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>5</sup> P. COSTA, *Emergenza coronavirus: non soldati, ma pompieri*, in *Settimana News*, 28 marzo 2020, consultabile su <http://www.settimananews.it/societa/emergenza-coronavirus-non-soldati-ma-pompieri/> (ultimo accesso: 26 aprile 2020).

<sup>6</sup> *Code ai supermercati, gli italiani non si fidano. Le misure con il contagocce del governo allarmano i cittadini*, in *Huffington Post*, 21 marzo 2020, consultabile su: [https://www.huffingtonpost.it/entry/code-ai-supermercati-gli-italiani-non-si-fidano\\_it\\_5e75e2c0c5b6eab77948cdb9](https://www.huffingtonpost.it/entry/code-ai-supermercati-gli-italiani-non-si-fidano_it_5e75e2c0c5b6eab77948cdb9) (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

della forbice delle disuguaglianze, specialmente in alcune zone del Paese. Si tratta di dati non quantificabili, ma sensibili all'attenzione, da un punto di vista socio-giuridico.

Nel contempo, sempre in questo contesto, accanto a comportamenti di ordinata affidabilità e rispetto del dettato normativo e delle singole ordinanze attuative, che ha caratterizzato la maggior parte del vivere comune di questo periodo di straordinaria anomalia, si sono evidenziati tratti comportamentali incomprensibili<sup>8</sup>, che hanno macchiato d'ombra le considerazioni intorno alle reazioni e al senso civico del cittadino italiano medio, aspetto su cui si avrà modo di tornare in seguito.

### 3. Incidenza della priorità del diritto alla salute sugli altri diritti sociali o di libertà

Un'ulteriore "prima analisi" sul tema potrebbe riguardare, invece, la valutazione di come l'incidenza della priorità assoluta della tutela della salute (come diritto, come dovere e come bene comune) abbia progressivamente e necessariamente ristretto, in modo sempre più evidente, alcune libertà fondamentali, come quella di circolazione, di riunione, di aggregazione sociale (religiosa, sportiva, culturale, di animazione del tempo libero), in ogni ambito della vita comunitaria, imponendo infine la chiusura (a partire dal DPCM dell'11 marzo 2020) di attività produttive, commerciali e di servizi alla persona che non fossero di stretta necessità, indicando in un elenco dettagliato quali potevano rimanere aperti.

Per lungo tempo, in questa "fase 1", la normativa ha individuato in modo sempre più restrittivo le deroghe agli spostamenti della popolazione, fino ad arrivare a permettere il movimento solo entro i confini del Comune di residenza e limitatamente a bisogni legati alla salute, alla stretta necessità (es. l'acquisto di generi alimentari, il recarsi dal proprio familiare non autosufficiente, l'andare dal genitore con cui non si convive abitualmente in caso di situazioni familiari di separazione) o a situazioni connesse allo svolgimento di inderogabili e autorizzate attività professionali. Si è arrivati a rendere, poi, impossibile spostarsi da casa, oltre i 200 m. dalla propria abitazione, vietando anche attività ginniche o passeggiate con bambini o animali.

Fin dai primi provvedimenti di restrizione alla circolazione (in modo molto chiaro dal DPCM del 4 marzo 2020 in avanti), i decreti governativi hanno invitato i datori di lavoro a utilizzare, oltre al "lavoro agile", anche lo strumento delle ferie anticipate e della fruizione delle altre tipologie di permessi previsti *ex lege*.

Mentre la libertà di riunione e il diritto allo svago e al tempo libero sono stati compressi in modo progressivo, partendo da divieti inizialmente meno stringenti, la necessità di tutelare la salute collet-

<sup>7</sup> G. CERAMI, *La paura sta diventando rabbia. "Abbiamo fame, non paghiamo". Nei supermercati monta l'exasperazione*, in *Huffington Post*, 27 marzo 2020, consultabile su: <https://bit.ly/3bPNish> (ultimo accesso: 27 aprile 2020); *Caos al supermercato: riempiono i carrelli e pretendono di non pagare*, in *Il Roma*, consultabile su: <https://bit.ly/3gad56a>.

<sup>8</sup> *Starnutisce e tossisce al supermercato poi scappa con la spesa. Un anziano, nel pieno della psicosi da Coronavirus, ha finto di non sentirsi bene mentre si trovava in un supermercato di Nova Milanese*, in *Huffington Post*, 25 febbraio 2020, consultabile su: <https://bit.ly/2WWL5vn>, ultimo accesso: 27 aprile 2020); *Positivo al coronavirus, fa la spesa al supermercato a Sciacca: denunciato*, in *Huffington Post*, 11 marzo 2020, consultabile su: <https://bit.ly/2WV4zjZ> (ultimo accesso: 27 aprile 2020); *Sposta la mascherina, sputa sulla frutta del supermercato e posta il video: denunciato 25enne*, in *Huffington Post*, 18 marzo 2020, consultabile su: <https://bit.ly/2Zt3CkD> (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

tiva ha evidentemente coinvolto da subito, invece, luoghi pubblici ad altra intensità di frequentazione, come scuole e università, incidendo da subito sul diritto/dovere all'istruzione. Tuttavia, con la partenza della "scuola a distanza", forse il diritto sociale all'istruzione è risultato quello che la situazione emergenziale ha compresso di meno, garantendo almeno il livello "istruttivo", anche se le dimensioni educative e di socializzazione sono risultate quelle evidentemente più sacrificate. Si tratta, tuttavia, di una condizione scolastica caratterizzata da chiaro-scuro, sui quali risulta opportuno soffermarsi ulteriormente a riflettere.

#### 4. Il diritto all'istruzione "a distanza", fra cittadinanza attiva e disuguaglianze sociali

Oltre alla capacità organizzative degli istituti scolastici italiani, che si sono impegnati a predisporre in tempi molto stretti l'avvio della didattica a distanza, il diritto fondamentale all'istruzione è stato concretizzato, sicuramente, grazie al senso civico e alla passione professionale degli insegnanti, che hanno saputo compensare dal proprio domicilio, con connessioni internet e dotazioni informatiche personali, il deficit tecnologico di una società che non è dappertutto e davvero così *smart&digital* come normalmente viene dipinta.

Queste attività di *live streaming* hanno fatto emergere come la "cittadinanza digitale" (richiamata anche dalla legge 92/2019 in materia di "educazione civica") abbia avuto bisogno della "cittadinanza attiva" e della cura del "bene comune scolastico", un contesto in cui servono professionisti riflessivi<sup>9</sup> appassionati all'insegnamento<sup>10</sup>, desiderosi di incontrare i loro studenti e di lavorare con loro, in particolare in periodo come quello che stiamo attraversando, non solo sui contenuti della propria disciplina, ma anche su un piano educativo, ovvero sulle competenze-chiave di cittadinanza previste dalla normativa europea e italiana in materia.

Risulta prioritario, infatti, oggi ancora di più, far maturare la «capacità di agire da cittadini responsabili e di partecipare pienamente alla vita civica e sociale, in base alla comprensione delle strutture e dei concetti sociali, economici, giuridici e politici oltre che dell'evoluzione a livello globale e della sostenibilità»<sup>11</sup>. Ogni docente, quindi, dovrebbe sentirsi chiamato a mettere in atto tutti gli strumenti e le condizioni per incentivare nei propri allievi e allieve la consapevolezza delle dimensioni valoriali di dignità, libertà, eguaglianza, pluralismo, giustizia, solidarietà alla base della cittadinanza democratica. Purtroppo, il chiaro-scuro di questo tempo di "scuola a distanza" va analizzato non solo in riferimento a queste dimensioni positive, ma anche nelle ombre relative al rischio di dispersione scolastica e all'emersione di una sottile disuguaglianza sociale.

scolastica e all'emersione di una sottile disuguaglianza sociale.

<sup>9</sup> Cfr. D. A. SCHON, *Formare il professionista riflessivo. Per una nuova prospettiva della formazione e dell'apprendimento nelle professioni*, Bari, 2006; U. MARGIOTTA (a cura di), *Abilitare la professione docente*, Lecce, 2010.

<sup>10</sup> Cfr. P. FREIRE, *Pedagogia dell'autonomia*, Torino, 2004.

<sup>11</sup> Cfr. CONS. UE, Racc. n. 9009/18, Allegato, 22. In questa Raccomandazione si richiamano ampiamente le indicazioni della precedente Racc. 2006/962/CE: *Raccomandazione del Parlamento europeo e Consiglio del 18 dicembre 2006 relativa alle competenze-chiave per l'apprendimento permanente*, nonché quelle della *Charter on Education, Democratic Citizenship and Human Rights* del Consiglio d'Europa del 2010. In merito, cfr. V. MARZOCO, S. ZULLO, TH. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, Pisa, 2019.

La scuola domiciliare, infatti, presuppone famiglie dotate di strumentazione informatica adeguata e di un grado di istruzione tale da riuscire a seguire i propri figli nelle esigenze di collegamento, studio, ripasso, organizzazione autonoma del proprio lavoro scolastico. Implica ancora di più una conoscenza degli strumenti tecnologici necessari per le lezioni in *live streaming*; una capacità di affiancamento e supporto nello studio individuale e, ancora prima, una padronanza della lingua italiana tale da riuscire a comprendere tutte le molteplici, varie e ridondanti comunicazioni (circolari, linee guida tecniche, indicazioni degli insegnanti, mail, messaggi inviati nelle chat di classe, ecc.) che in questo periodo si sono andate susseguendo.

A tutte queste difficoltà, si sono sommate una serie di urgenze di carattere psicoeducativo tipiche di un periodo di anomala convivenza familiare e di “reclusione sociale”: si pensi alla necessità di affrontare, secondo le proprie possibilità, i bisogni emotivi che i bambini e i ragazzi sono andati manifestando in questo *lockdown*, oppure la fatica di gestire l'organizzazione domestica in modo adeguato, incastrando tutte le sfaccettature della vita quotidiana insieme alle incombenze scolastiche, con accentuazione della complessità in famiglie separate, immigrate, con disagio sociale, ecc.

Sul piano lavorativo le dinamiche familiari si sono complicate ulteriormente a causa delle fatiche di conciliare tempi di lavoro, scuola e famiglia, in caso di *smart working*<sup>12</sup>, ovvero, all'opposto, per la crescente preoccupazione dei genitori in balia dell'incertezza di un reddito o della perdita del proprio di lavoro.

Da ultimo, la gestione emergenziale del ‘coronavirus’ ha influito in modo più o meno evidente anche sulla dimensione della dispersione scolastica, ponendo l'urgente necessità di verificare quanti ragazzi e ragazze non stiano frequentando la scuola a distanza, in particolare quando vi siano situazioni familiari di disagio.

## 5. L'urgenza Coronavirus come fatto paradigmatico in merito alla concezione e al costo dei diritti sociali

Un'annotazione, legata meno all'attualità e più ad un'analisi generale, potrebbe essere ulteriormente condotta sulla necessità di intervento statale di garanzia dei diritti sociali e sul loro “costo”.

Sorvolando le molteplici riflessioni giuridiche, sociologiche e giusfilosofiche sulla categoria dei diritti sociali, essa appare spesso «costitutivamente “in bilico” [...] sospesa tra il riconoscimento e il misriconoscimento»<sup>13</sup>, a seconda dell'angolo prospettico da cui viene osservata, sia in termini disciplinari, sia in chiave più strettamente “ideologica”. Una categoria da “guardare con sospetto”<sup>14</sup>, connotata da

<sup>12</sup> E. GUALMINI, *Il paese che odia le madri*, in *Huffington Post*, 24 aprile 2020, consultabile su [https://www.huffingtonpost.it/entry/il-paese-che-odia-le-madri-it\\_5ea2af58c5b6d376358d776b](https://www.huffingtonpost.it/entry/il-paese-che-odia-le-madri-it_5ea2af58c5b6d376358d776b) (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>13</sup> T. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, 2012, 28. Cfr. Id., *Oltre lo Stato sociale? Il dibattito di lunga durata sul “reddito di cittadinanza”*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 46, 2017, 141-171.

<sup>14</sup> S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Diritto e società*, 2, 1999, 163-191.

“diritti dallo statuto difficile”<sup>15</sup>, dei quali (pur a partire da prospettive differenti) parte della dottrina continua a negare la natura di diritti fondamentali<sup>16</sup>.

L'emergenza Coronavirus, tuttavia, in modo paradigmatico, pare abbattere d'un colpo tutte le prospettive di misconoscimento dei diritti sociali nella loro qualità di diritti fondamentali, in quanto non riconoscerne questa natura equivarrebbe a dire che il diritto alla salute, il diritto all'istruzione e i diritti collegati alla dimensione giuslavoristica<sup>17</sup>, per citare tre esempi, sarebbero solo delle mere pretese del singolo di intervento dello Stato (o degli enti territoriali competenti) in questo tempo così straordinario.

L'urgenza Coronavirus, poi, ha contribuito a confermare ulteriormente come il problema del “costo dei diritti” costituisca un “falso problema”, come già avevano sottolineato Stephen Holmes e Cass Sunstein<sup>18</sup>. La realtà recente ha evidenziato, infatti, come anche «le libertà individuali regolate e garantite dalle leggi dello Stato restano condizionate dalle prestazioni delle autorità pubbliche»<sup>19</sup> e come, conseguentemente e in estrema sintesi, ogni diritto comporti un'azione positiva dello Stato e costi da sostenere per la realizzazione di attività che ne sono connesse<sup>20</sup>. A titolo di esempio, quale spesa è stata sostenuta per garantire, fin dalle prime settimane, l'isolamento delle popolazioni dei Comuni posti in quarantena, e poi per tutelare l'interesse collettivo attraverso pattugliamenti stradali che verificassero l'eventuale autorizzazione alla circolazione dei veicoli?

Proprio in tutte queste settimane, quindi, è apparso in modo evidente come esista «un nesso tra lo sviluppo economico e le garanzie dei diritti alla salute, all'istruzione e alla sussistenza, dalle quali dipendono non solo il benessere e la qualità della vita ma anche le capacità produttive delle persone» e come «le spese sociali necessarie alla garanzia di tali diritti non sono soltanto, perciò, fine a se stesse, ma rappresentano anche gli investimenti economici primari»<sup>21</sup>. In sostanza, come il carattere di “interdipendenza” e il legame inscindibile fra i diritti sociali e i diritti di libertà<sup>22</sup> emerga all'interno di tutti gli interventi normativi realizzati rispetto all'emergenza Coronavirus.

Questo periodo, infine, ha sottolineato quanto sia necessario l'intervento statale a evitare risposte frammentate, incerte o contraddittorie, in presenza di un panorama fluido e in continuo movimento;

<sup>15</sup> G. BONGIOVANNI, *Diritti dallo statuto difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel Secondo dopoguerra*, in *Scienza e politica*, 24, 2001, 75-99.

<sup>16</sup> Fra queste posizioni si ricordano le notazioni espresse in J.M. BARBALET, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Padova, 1997 o in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999, 30. Si veda ancora, in merito alla definizione dei diritti sociali come «diritti di carta», P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, Torino, 1994.

<sup>17</sup> A titolo di esempio, si pensi ai genitori con la necessità di restare a casa con i figli a causa della chiusura, ora generalizzata, di tutte le scuole di ogni ordine e grado e di come questo problema risulterà amplificato, potenzialmente, allorché si aprisse la “fase 2”, con le scuole ancora chiuse e i contesti lavorativi di nuovo in funzione: non sarebbe comunque un “ritorno alla normalità”.

<sup>18</sup> S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

<sup>19</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 15.

<sup>20</sup> Cfr. TH. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, cit., 47; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

<sup>21</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 214.

<sup>22</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 16-17; A. PAPISCA, *Diritti economici, sociali e culturali nel sistema delle relazioni internazionali*, in A. AGNATI ET AL., *Diritti Economici Sociali e Culturali nella Prospettiva di un Nuovo Stato Sociale*, Padova, 1990, 30-61.

a presidiare e tentare di calmierare le diverse spinte interventistiche delle Regioni, al netto, certo, delle ripartizioni delle competenze legislative ex art. 117 Cost.; e ad assicurare il coordinamento organizzativo, il finanziamento e la realizzazione delle iniziative proposte.

## 6. Prossimità, impegno civico e solidarietà in tempo di Coronavirus

Un'ultima prospettiva di analisi potrebbe, infine, essere realizzata soffermandosi sulle categorie di prossimità, solidarietà e impegno civico, applicate a questo periodo appena trascorso.

Stigmatizzato dalla stampa nazionale e internazionale, ha fatto discutere e riflettere l'atteggiamento che molti cittadini italiani hanno tenuto nella giornata di sabato 7 marzo 2020 (a seguito della improvvisa circolazione nei media di una bozza del DPCM, uscito il giorno successivo) presi dal terrore di non poter rientrare presso le proprie abitazioni di origine. Similmente si è commentato a più riprese, in tutta questa "fase 1", in merito a comportamenti di mancato rispetto degli obblighi connessi al *lockdown*, in particolare durante le festività pasquali<sup>23</sup>.

Si è trattato di un atteggiamento che ha messo in ulteriore evidenza quanto giuridicamente appare scontato, ovvero come le dimensioni del diritto e del dovere siano inscindibilmente collegate<sup>24</sup> e non bastino precisi obblighi giuridici senza l'intenzionalità di rispettarli<sup>25</sup>, senza cioè l'assunzione di responsabilità del singolo che accompagni e, anzi, anteponga il proprio dovere morale all'obbligo giuridico.

Per quanto non sia stato semplice rispettare limitazioni fortemente restrittive e impattanti sulla vita quotidiana (personale, familiare, scolastica, lavorativa, sociale), il senso civico di responsabilità e l'atteggiamento di apertura prossimale hanno orientato silenziose e invidenti esperienze di vicinato solidale fra famiglie confinanti (es. spesa condivisa) oppure iniziative di 'vita collettiva' (in modo virtuale o a livello 'di strada' o 'condominio') che sono state realizzate per tenere vivo il senso di comunità e di appartenenza al bene comune. A fronte di un tempo strano, che poteva restare fortemente individualistico, hanno rappresentato segnali di speranza gli striscioni fatti disegnare ai bambini con la scritta "andrà tutto bene", campeggianti sui balconi e sulle terrazze<sup>26</sup>; le candele fatte accendere in

<sup>23</sup> *Boom di multe: da Genova a Napoli, di nuovo tanta gente in strada*, in *Huffington Post*, 3 aprile 2020, consultabile su [https://www.huffingtonpost.it/entry/boom-di-multe-da-genova-a-napoli-di-nuovo-tanta-gente-in-strada-it\\_5e874c98c5b63e06281d45](https://www.huffingtonpost.it/entry/boom-di-multe-da-genova-a-napoli-di-nuovo-tanta-gente-in-strada-it_5e874c98c5b63e06281d45) (ultimo accesso: 27 aprile 2020); *Fuga da Roma verso il mare, migliaia di auto in coda sulla Pontina direzione Pomezia*, in *Huffington Post*, 11 aprile 2020, consultabile su [https://www.huffingtonpost.it/entry/fuga-da-roma-verso-il-mare-migliaia-di-auto-in-coda-sulla-pontina-direzione-pomezia-it\\_5e91f1c7c5b6f7b1ea827586](https://www.huffingtonpost.it/entry/fuga-da-roma-verso-il-mare-migliaia-di-auto-in-coda-sulla-pontina-direzione-pomezia-it_5e91f1c7c5b6f7b1ea827586) (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>24</sup> Cfr. T. GRECO, *Dai diritti al dovere: tra Mazzini e Calogero*, in T. CASADEI (a cura di), *Repubblicanesimo, democrazia, socialismo delle libertà. "Incroci" per una rinnovata cultura politica*, Milano, 2004, 137-150; T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Milano, 2007, 17; B. ROMANO, *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, Torino, 2014.

<sup>25</sup> F. VIOLA, *Le funzioni del diritto*, in B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017, 39.

<sup>26</sup> G. BELARDELLI, *Un lenzuolo con un arcobaleno e la scritta "Andrà tutto bene". Balconi colorati per i bimbi*, in *Huffington Post*, 11 marzo 2020, consultabile su [https://www.huffingtonpost.it/entry/un-arcobaleno-e-la-scritta-andra-tutto-bene-iniziativa-per-i-bambini-di-tutta-italia-it\\_5e68fd1bc5b60557280f2b76](https://www.huffingtonpost.it/entry/un-arcobaleno-e-la-scritta-andra-tutto-bene-iniziativa-per-i-bambini-di-tutta-italia-it_5e68fd1bc5b60557280f2b76) (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

ricordo e sostegno dei medici e infermieri impegnati nella gestione dell'emergenza sanitaria<sup>27</sup>; il *flashmob* realizzato dalle finestre di casa per far risuonare la bellezza consolante della musica<sup>28</sup>; le iniziative locali per fare memoria in modo alternativo della recente Festa della Liberazione<sup>29</sup>.

La prova del Coronavirus, quindi, ha certamente modificato i tratti immunitari individuali, perché il nostro fisico sta via via sviluppando anticorpi a difesa di virus che prima non conosceva. Sta esteticamente alterando i nostri tratti somatici, perché costringe i visi dentro a mascherine di dimensioni, colori, generi, filtri e tipologie differenti. Tuttavia, si spera preservi mente e corpo dalla paura di tornare nello spazio sociale o di farlo più preoccupati di difendersi che di rincontrarsi, nonché dal rischio di diventare "immuni"<sup>30</sup> al bene comune e di alterare così i tratti più profondi del nostro agire collettivo<sup>31</sup>.

Proprio per queste ragioni, in questo tempo complesso serve mettere l'accento sul legame imprescindibile<sup>32</sup> fra diritti e doveri e dissodare il terreno dell'impegno civico<sup>33</sup> (anche virtuale, silenzioso, inevidente, prossimale); serve piantare il seme del dovere morale che si affianchi, e anzi addirittura preceda, il dovere giuridico, anche quando questo cambierà forma o norma; serve prendersi cura e coltivare l'attitudine dell'attenzione all'altro, attraverso gesti concreti di aiuto, reciprocità e solidarietà, che altrimenti rischiano di disseccare.

Solo in questo modo sarà possibile ancora far fiorire ancora, accanto al Sé, anche l'Altro<sup>34</sup>, la propria identità insieme alla presenza dell'alterità, e su questa strada trovare strategie e modalità per fare in modo che i diritti dei più fragili non vengano dimenticati e il vivere comunitario possa essere alimentato dalla cooperazione<sup>35</sup> e dalla responsabilità<sup>36</sup>, dalla prossimità e dalla compassione<sup>37</sup>, dalla sociali-

<sup>27</sup> *Tutta l'Italia applaude medici e infermieri: "Siamo un grande Paese, ricordiamocelo"*, in *Huffington Post*, 14 marzo 2020, consultabile su [https://www.huffingtonpost.it/entry/tutta-litalia-applaude-medici-e-infermieri-siamo-un-grande-paese-ricordiamocelo\\_it\\_5e6cbfa4c5b6747ef11d8e1a](https://www.huffingtonpost.it/entry/tutta-litalia-applaude-medici-e-infermieri-siamo-un-grande-paese-ricordiamocelo_it_5e6cbfa4c5b6747ef11d8e1a) (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>28</sup> L. MATARESE, *Canzoni e luci contro il virus, la resistenza dai balconi*, in *Huffington Post*, 15 marzo 2020, consultabile su: <https://bit.ly/3bUj6R9> (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>29</sup> C. DE LEO, *Coronavirus, 25 Aprile al tempo del Covid-19: maratone social e speciali online sul tema della libertà*, in *Corriere della Sera*, 23 aprile 2020, consultabile su: <https://bit.ly/2LPlqyd> (ultimo accesso: 27 aprile 2020); *Festa della Liberazione, in campo anche gli studenti*, in *Oggi Treviso*, 24 aprile 2020, consultabile su <https://www.oggitreviso.it/festa-della-liberazione-campo-anche-gli-studenti-228832> (ultimo accesso: 27 aprile 2020).

<sup>30</sup> Cfr. R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002.

<sup>31</sup> Su questo concetto, vedi l'altro saggio del medesimo autore, in R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998.

<sup>32</sup> Cfr. F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 2000, 259.

<sup>33</sup> Cfr. D. GIRARDI, *Una quotidianità responsabile? La sfida di un civismo potenziale*, Padova, 2016.

<sup>34</sup> *Ex multis*, cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 1993; E. LÉVINAS, *Dall'altro all'io*, Milano, 2002; E. LÉVINAS, *Tra noi. Saggi sul pensare all'altro*, Milano, 2016.

<sup>35</sup> J. DEWEY, *Democrazia e educazione*, Firenze, 1992, 6.

<sup>36</sup> La prospettiva richiamata è precisamente quella esemplarmente messa a punto in M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione* (1919), Milano, 2001, 97-113 e, in seguito, riproposta da H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, 2009. Per alcune recenti riflessioni sul tema, con riferimento alla sola letteratura italiana: M.A. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Torino, 2005; M. MANGINI, *Etica democratica. Una riflessione sui valori etici nella società liberale*, Torino, 2013; M. VERGANI, *Responsabilità. Rispondere di sé, rispondere all'altro*, Milano, 2015.

<sup>37</sup> Cfr. S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, Torino, 2002.

tà<sup>38</sup> e dalla fraternità<sup>39</sup>, che costituiscono le basi per la coesistenza<sup>40</sup> e l'ancoraggio possibile e necessario del singolo al bene comune<sup>41</sup>.

*Special issue*

---

<sup>38</sup> Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 506.

<sup>39</sup> *Ex multis*, cfr. F. PIZZOLATO, *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'uomo*, 13, 3, 2001, 745-806; ID., *Principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; ID., *La fraternità come trama delle istituzioni*, in *Aggiornamenti Sociali*, marzo 2013, 200-207; M. R. Manieri, *Fraternità. Rilettura civile di un'idea che può cambiare il mondo*, Venezia, 2013.

<sup>40</sup> Sul tema della coesistenza, cfr. S. AMATO, *Coazione, coesistenza, compassione*, Torino, 2002, in part. 139-165 e 167-193.

<sup>41</sup> M.C. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2011, 42-43.





## Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da CoViD-19

Valentina Zambrano\*

THE «HUMAN RIGHT TO SCIENCE» AND THE COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT: This paper analyses some very interesting aspects of the draft General Comment on the «human right to science», adopted by the UN CESCR, in connection to the CoViD-19 pandemic to underline the role that science can have in emergency situations. These aspects are the right of access to science, the non-discrimination principle, the free dissemination of scientific data and publications.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; access to science; open-access; international cooperation

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il diritto di «godere dei benefici della scienza» anche in situazioni di emergenza – 3. Principio di non discriminazione, diritto alla scienza e situazioni “pandemiche” – 4. Diritto alla scienza, accesso ai dati scientifici e lotta alle pandemie attraverso la cooperazione internazionale.

### 1. Introduzione

La rapida ed endemica diffusione del virus Sars-Cov-2 a livello mondiale ha posto i Governi e le società di molti Paesi di fronte a scenari sociali, etici, giuridici molto complessi. La percezione più comune è di smarrimento nella consapevolezza che le misure che si sono potute (e che si potranno) adottare non sono risolutive. Solo, infatti, una terapia o un vaccino potranno porre fine alla pandemia.

La scienza è tornata così al centro dell'attenzione mediatica e dei dibattiti a tutti i livelli quale “faro” per riportare l'umanità al di fuori dell'oscurità in cui si è improvvisamente ritrovata. Proprio quella scienza richiamata dall'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'art. 15 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, i quali affermano che ogni individuo ha il diritto di partecipare alla vita culturale e di godere del progresso scientifico e delle sue applicazioni<sup>1</sup>.

Per lungo tempo questo diritto è stato oggetto di una minore attenzione rispetto ad altri ritenuti di maggiore rilevanza e di realizzazione più immediata, quasi fosse un'aspirazione, un ideale da raggiungere, ma non un diritto da cui discendevano obblighi concreti e implementabili.

La pandemia CoViD-19 ha fatalmente riaffermato quanto sottolineato negli ultimi decenni dalla dottrina<sup>2</sup> e da organizzazioni e organismi internazionali<sup>3</sup>, ossia che il progresso della scienza e della tec-

\* Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli Studi Niccolò Cusano. Mail: [v.zambrano@hotmail.it](mailto:v.zambrano@hotmail.it). Il presente lavoro è aggiornato al 3 maggio 2020.

<sup>1</sup> A livello regionale, anche l'art. 14 del Protocollo di San Salvador alla Convenzione interamericana dei diritti umani statuisce il diritto di ogni individuo di partecipare alla vita culturale e artistica della comunità e di godere dei benefici della scienza e del progresso tecnologico.

<sup>2</sup> Cfr., *inter alia*, A.R. CHAPMAN, *Towards an Understanding of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications*, in *Journal of Human Rights*, 2009, 1 ss.; L. SHEVER, *The right to science and culture*, in

nologia e la possibilità di fruire dei benefici derivanti sono condizioni essenziali per favorire lo sviluppo delle società e permettere la realizzazione di altri diritti: il diritto al cibo, il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, per fare solo alcuni esempi.

L'adozione da parte del Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali del Commento generale n. 25 concernente l'art. 15, par. 1, let. b) del Patto sui diritti economici, sociali e culturali rappresenta un passaggio importante nel delineare i contorni di tale diritto<sup>4</sup>. Detto documento definisce il contenuto di ciò che sinteticamente può essere denominato il «diritto umano alla scienza» e gli obblighi internazionali da esso derivanti per gli Stati parti al Patto. Nel fare ciò, il Comitato enuclea alcuni aspetti che appaiono particolarmente rilevanti proprio in relazione alla pandemia che sta colpendo il mondo e al ruolo che la scienza può svolgere in tali contesti, ruolo che va al di là della semplice (per quanto fondamentale) scoperta della cura<sup>5</sup>.

## 2. Il diritto di «godere dei benefici della scienza» anche in situazioni di emergenza

Il Commento si sofferma, innanzitutto, sul duplice significato dei termini «godere» e «benefici» posti al centro del diritto qui esaminato.

I benefici sono rappresentati tanto dai risultati materiali delle ricerche scientifiche quanto dal ruolo ricoperto dalla scienza nel formare gli individui e nello sviluppare le loro capacità critiche così da renderli cittadini consapevoli e responsabili in grado di partecipare alle decisioni adottate in una società democratica.

Il “godimento”, a sua volta, deve essere inteso non solo come possibilità di fruire passivamente dei risultati della ricerca, in una netta distinzione tra scienziati che fanno progredire la scienza e il resto della popolazione che ne beneficia, ma anche come diritto (di tutti) di partecipare alle attività scientifiche, alle decisioni relative agli sviluppi della scienza e di essere informati dei valori che guidano le scelte scientifiche. Stretta è, infatti, la connessione con il par. 1, lett. a) dell'art. 15, che, precedendo il diritto di godere dei benefici della ricerca scientifica, afferma il diritto di ciascuno a partecipare alla

---

*Wisconsin Law Review*, 2010, 121 ss.; *Id.*, *The Right to Science: Assuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress*, in *Journal Européen des droits de l'homme*, 2015, 411 ss.

<sup>3</sup> Cfr., UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, risoluzione 15 adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 21 ottobre 2005, 33 C/Res.15; *Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*, 17 luglio 2009, SHS/RSP/HRS-GED/2009/PI/H/1; Special Rapporteur in the field of cultural rights Ms. Farida Shaheed, *Report on the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, 14 maggio 2012, A/ HRC/20/26; UNESCO, *Recommendation on Science and Scientific Researchers Resolution*, risoluzione 15 adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 13 novembre 2017, 39 C/Res.15.

<sup>4</sup> Cfr., Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 25 (2020). Science and Economic, Social and Cultural Rights*, E/C.12/GC/25, 30 aprile 2020.

<sup>5</sup> Nel presente contributo non si tratterà della possibile sospensione dei diritti a causa di una situazione emergenziale sia perché non rientra nello scopo dello scritto sia perché il Patto sui diritti economici, sociali e culturali non prevede una clausola che permetta agli Stati di sospendere i diritti ivi sanciti in casi di guerra o pericolo pubblico talmente grave da attentare all'esistenza dello Stato. Esso statuisce la possibilità di limitare per legge detti diritti per perseguire il benessere generale in una società democratica (art. 4).

vita culturale (di cui la scienza è una componente)<sup>6</sup>. Solo un cittadino formato e istruito può partecipare alle decisioni circa gli sviluppi della scienza e avere la possibilità di partecipare ad essa e alla ricerca scientifica. Il diritto alla scienza, quindi, non deve essere inteso solo nella sua dimensione strumentale di implementazione di altri diritti umani, ma ha un valore intrinseco come diritto umano di per sé, in quanto elemento necessario per favorire l’autodeterminazione degli individui e la realizzazione libera della loro personalità. Questo obiettivo è di per sé molto complicato da realizzare a causa dell’alto livello di istruzione che è necessario raggiungere per poter partecipare alle decisioni che indirizzano la scienza. Di conseguenza è grande la difficoltà anche per la società civile di prendere parte ai relativi processi decisionali degli organi legislativi e esecutivi e ciò porta con sé che le politiche in materia siano di fatto “governate” dagli “esperti” (o, nelle peggiori delle ipotesi, da lobbies)<sup>7</sup>. Nell’attuale contesto “pandemico” esso appare di ancora più difficile realizzazione e richiede di porre una grande attenzione nell’individuare misure strutturate, organizzate e diffuse su tutto il territorio nazionale per sopperire alle limitazioni giustamente imposte per contenere il contagio e riguardanti anche l’accesso ai servizi scolastici, universitari, alle biblioteche, ai musei, ecc. In caso contrario, vi è il rischio di approfondire le discriminazioni, già esistenti, tra aree del Paese e fasce di popolazione e di limitare gli strumenti critici a disposizione delle attuali generazioni.

Come detto, però, l’accesso alla scienza implica anche l’accesso e la fruizione dei suoi benefici e dei risultati che da essa derivano. Di conseguenza, in situazioni di pandemia come quella attuale, sarebbe necessario che il futuro vaccino e/o i medicinali necessari a curare il CoViD-19 fossero resi accessibili a tutti a costi equi. Ciò dovrebbe valere a maggior ragione qualora detti vaccini o medicinali fossero sperimentati e sviluppati (anche) con fondi pubblici<sup>8</sup>. A tale fine si potrebbe utilmente ricorrere alle clausole di flessibilità previste dell’Accordo TRIPs<sup>9</sup> il quale, ad esempio, permette all’autorità giudiziaria o amministrativa di autorizzare l’uso di un brevetto senza il consenso del suo proprietario (c.d. licenze obbligatorie) allo scopo di salvaguardare l’interesse generale e la salute pubblica (art. 31). Bisogna, tuttavia, evidenziare che ciò varrebbe essenzialmente all’interno degli Stati (e non per l’esportazione) e non nei rapporti tra i Paesi sviluppati e quei Paesi in via di sviluppo con cui sono stati conclusi i c.d. TRIPs-plus. Questi ultimi, infatti, tendono a ritardare o escludere l’applicazione delle licenze obbligatorie in quegli Stati in via di sviluppo che non possano produrre in loco i farmaci brevettati. In tale ambito, e agli scopi poco sopra richiamati, viene in rilievo, poi, la *Declaration on the*

<sup>6</sup> Cfr., Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 21. Right to participate to cultural life*, par. 11. In tale senso, si veda, L. SHEVER, *The right to science and culture*, cit.; L. SHAVER, C. SGANGA, *The Right to Take Part to Cultural Life: on Copyright and Cultural Rights*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2010, 637 ss.

<sup>7</sup> Cfr., C. G. WEERAMANTRY, *The Slumbering Sentinels: Law and Human Rights in the Wake of Technology*, Ringwood, 1983.

<sup>8</sup> In senso opposto va il tentativo (rivelato da alcune fonti giornalistiche) dell’amministrazione americana di acquistare il brevetto del vaccino per il CoViD-19 a cui sta lavorando una società privata tedesca (la CureVac) al chiaro scopo di riservare la cura ai cittadini statunitensi. Cfr., P. VALENTINO, *Coronavirus, Trump vuole comprare il brevetto di un vaccino tedesco in esclusiva per gli USA*, in *Corriere della sera*, 15 marzo 2020, disponibile sul sito *corriere.it*.

<sup>9</sup> Cfr., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement*, aperto alla firma degli Stati membri del WTO il 15 aprile 1994.

*TRIPs agreement and public health*, adottata nel 2001 dalla Conferenza di Doha del WTO<sup>10</sup> laddove afferma che l'Accordo TRIPs deve essere interpretato e applicato in una maniera tale da supportare il diritto degli Stati membri del WTO di tutelare la salute pubblica e di accedere ai medicinali, utilizzando le clausole di flessibilità previste nell'accordo (anche nei Paesi in via di sviluppo) per raggiungere tali scopi. Infine, nel medesimo senso, si muove la recentissima *call for action* lanciata da ONU e OMS per una collaborazione globale (tra attori pubblici e privati) al fine di accelerare lo sviluppo di terapie e vaccini anti-Covid e per garantire *a tutti* l'accesso ad essi<sup>11</sup>.

### 3. Principio di non discriminazione, diritto alla scienza e situazioni "pandemiche"

Il principio di non discriminazione nell'accesso alla scienza e nella fruizione del relativo diritto, che sottende tutto il Commento, viene particolarmente in rilievo in relazione ai principali elementi costitutivi di tale diritto che sono identificati in disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità e nella ormai classica tripartizione dei doveri degli Stati in obblighi di rispettare, proteggere e promuovere. Così, l'accessibilità, fa riferimento sia al fatto che servizi "educativi" e di "formazione" (come biblioteche, musei, ecc.) siano effettivamente accessibili da un punto di vista economico, culturale, fisico senza discriminazioni tra parti della popolazione e/o del Paese, così come alla necessità di mettere ogni individuo nelle condizioni di partecipare alla scienza accedendo all'istruzione superiore e alle posizioni di ricerca.

L'accettabilità implica, tra le altre cose, che le ricerche scientifiche debbano includere principi etici, finalizzati al rispetto della dignità umana, quali, ad esempio, l'attenzione particolare che deve essere rivolta al fine di evitare che le ricerche e le scoperte scientifiche possano favorire le discriminazioni nei confronti di gruppi o persone vulnerabili<sup>12</sup>.

Il principio di non discriminazione, richiede, poi, agli Stati di eliminare tutti gli ostacoli che impediscono agli individui di accedere e partecipare alla scienza in condizioni di parità, anche adottando misure positive al fine di favorire l'accesso alla scienza di gruppi più vulnerabili, come donne, persone a basso reddito, persone con disabilità.

Mi vorrei soffermare, in particolare, su queste ultime poiché la discriminazione inerente alla scienza può riguardare non solo il fatto che l'accesso e la partecipazione a quest'ultima può essere limitato a causa della mancata considerazione delle necessità, particolarità e capacità di tali persone nell'ambito scientifico, ma anche dal fatto che, proprio la loro disabilità, rischia di costituire un motivo sufficiente per escluderli dai benefici della scienza.

<sup>10</sup> *Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, Doha WTO Ministerial 2001, WT/Min(01)/Dec/2, 20 novembre 2001. Cfr., R. CADIN, *È più immorale e antiggiuridico secondo il diritto internazionale copiare un brevetto o negare l'accesso ai farmaci essenziali ai malati di Aids nei Paesi poveri?*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2004, 40 ss.

<sup>11</sup> Cfr., *Commitment and call to action: Global collaboration to accelerate new COVID-19 health technologies*, 24 aprile 2020, (<https://www.who.int/news-room/detail/24-04-2020-commitment-and-call-to-action-global-collaboration-to-accelerate-new-covid-19-health-technologies>).

<sup>12</sup> Cfr., Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Draft General Comment. Science and Economic, Social and Cultural Rights*, cit., par. 27.

Nel contesto della pandemia CoViD-19 i Servizi sanitari di moltissimi Paesi sono stati posti improvvisamente di fronte alla necessità di gestire un numero elevatissimo di malati, alcuni anche in gravi condizioni. L’impossibilità di prevedere la durata della pandemia, i tempi per la riduzione dei numeri di persone infettate e per la creazione e diffusione di un vaccino efficace ha portato alla prefigurazione di scenari di “guerra”<sup>13</sup> in cui, tra le altre cose, gli operatori dei servizi sanitari potrebbero essere chiamati a “scegliere” a chi fornire le cure intensive a fronte di un numero di malati molto più elevato dei posti e, soprattutto, dei macchinari disponibili. Si sono così moltiplicati i documenti tendenti a fornire linee-guida al personale sanitario circa i parametri da seguire per allocare le cure intensive.

Volgendo lo sguardo al di fuori del nostro Paese<sup>14</sup>, una grande attenzione hanno ricevuto negli USA i piani per affrontare l’emergenza CoViD-19 proposti in alcuni Stati della Federazione (Washington, Alabama, Tennessee, Kansas), piani che prevedevano una chiara discriminazione nei confronti delle persone con disabilità che rischiavano di essere postposti rispetto a persone più giovani o più “sane” nell’allocazione delle cure intensive.

La forte e immediata reazione da parte di varie organizzazioni non governative a tutela dei diritti delle persone con disabilità<sup>15</sup> ha indotto l’Ufficio per i diritti civili del *US Department for Health and Human Services* ad adottare un *bulletin* attraverso cui riaffermare che tutte le normative federali che proibiscono le discriminazioni continuano ad essere vigenti e che «persons with disabilities should not be denied medical care on the basis of stereotypes»<sup>16</sup>.

Al di là dell’incompatibilità dei piani poco sopra richiamati con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con il diritto alla scienza e con molte altre norme internazionali, essi dimostrano che la discriminazione può giungere all’esclusione dai benefici della scienza proprio in ragione della disabilità. Il Commento non pone un particolare accento su questo aspetto, forse perché ritenuto implicito nella necessità di garantire l’accesso generalizzato alla scienza e, più genericamente, nella tutela dei diritti dell’individuo. Tuttavia, proprio a fronte di una società mondiale che, per molti aspetti, non appare affatto immune da una tendenza discriminatoria nei confronti di per-

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, la dichiarazione di Macron del 17 marzo scorso (cfr., “*Nous sommes en guerre*”: le verbatim du discours d’Emmanuel Macron, disponibile al seguente link [https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/03/16/nous-sommes-en-guerre-retrouvez-le-discours-de-macron-pour-lutter-contre-le-coronavirus\\_6033314\\_823448.html](https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/03/16/nous-sommes-en-guerre-retrouvez-le-discours-de-macron-pour-lutter-contre-le-coronavirus_6033314_823448.html)).

<sup>14</sup> A livello nazionale la SIAARTI ha proposto *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*. Cfr., L. CONTE, *Covid-19. Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020; L. D’AVACK, *CoViD-19: criteri etici*, in questo fascicolo; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del Coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020; M. PICCINI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARIN, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento 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 *Recenti progressi in medicina*, marzo 2020.

<sup>15</sup> Si vedano, ad esempio, i *complaint* presentati all’Ufficio per i diritti civili dello US Department for Health and Human Services disponibili ai seguenti link: [https://adap.ua.edu/uploads/5/7/8/9/57892141/al-ocr-complaint\\_3.24.20.pdf](https://adap.ua.edu/uploads/5/7/8/9/57892141/al-ocr-complaint_3.24.20.pdf), <https://www.centerforpublicrep.org/wp-content/uploads/2020/03/Kansas-OCR-complaint-3.27.20-final.pdf>, <http://thearc.org/wp-content/uploads/2020/03/2020-03-27-TN-OCR-Complaint-re-Healthcare-Rationing-Guidelines.pdf>.

<sup>16</sup> Cfr., HHS Office for Civil Rights in Action, *BULLETIN: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 marzo 2020, 1.

sone che si trovino in uno stato di necessità (siano esse disabili, stranieri, indigenti, ecc.), sarebbe preferibile richiamare l'attenzione degli Stati anche su tali aspetti. Tanto più che, in situazioni emergenziali come quella che stiamo vivendo, tale tendenza sembra acquisire i pericolosi contorni di una volontà (forse inconscia) di "purificazione" della società. Ciò non significa sostenere che le persone con disabilità debbano ricevere le cure anche in situazioni in cui queste ultime sarebbero del tutto inefficaci, ma significa affermare il dovere di sostenere i più deboli al massimo delle possibilità anche nei momenti di grave difficoltà nazionale. Di conseguenza, la decisione se sottoporre o meno a cure intensive una persona deve dipendere, anche in situazioni emergenziali, da un esame delle sue condizioni generali (e non dalla sola presenza di una malattia invalidante)<sup>17</sup>. Detta valutazione, poi, dovrà essere inserita «nella prospettiva più ampia della "comunità dei pazienti"»<sup>18</sup> così da assicurare il migliore e più giusto allocamento possibile delle risorse.

#### 4. Diritto alla scienza, accesso ai dati scientifici e lotta alle pandemie attraverso la cooperazione internazionale

Un ultimo aspetto del diritto umano alla scienza, richiamato più volte dal Commento, è l'importanza della condivisione dei dati scientifici e della cooperazione internazionale.

Da un lato, la garanzia della libertà di ricerca scientifica (sancita dallo stesso art. 15 al par. 3 del Patto) non coincide solamente con il divieto dello Stato di interferire indebitamente sul giudizio indipendente dei ricercatori, ma include anche la possibilità di cooperare a livello internazionale e di condividere dati con altri ricercatori, con le autorità e con la società.

Dall'altro, la dimensione promozionale dell'obbligo degli Stati di favorire il progresso tecnico e scientifico passa anche attraverso la divulgazione della scienza eliminando gli ostacoli alla pubblicazione e alla condivisione dei risultati scientifici.

Questi richiami sottolineano la sempre maggiore importanza che dovrebbe avere all'interno della comunità scientifica lo scambio dei dati e la pubblicazione di ricerche in open-access proprio nell'ottica del progresso della scienza e della sua diffusione *generalizzata*. Ciò porta in evidenza il profilo altamente problematico del rapporto tra diritto alla scienza e i diritti di proprietà intellettuale, diritti che, come detto, necessiterebbero di una rilettura e riformulazione in un'ottica *human rights oriented*<sup>19</sup>. Sebbene la normativa relativa ai diritti di proprietà intellettuale, che ha conosciuto un

<sup>17</sup> In tale senso si muove il parere adottato dal Comitato nazionale per la bioetica sul CoViD-19 e la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse, il quale afferma che: "Quando ci si trova in una situazione, come quella attuale, di grave carenza di risorse, il CNB valuta il criterio clinico come il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime: ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile" (cfr., Comitato nazionale per la bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di scarsità di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, 6).

<sup>18</sup> *Ivi*, 8.

<sup>19</sup> Significativa in tale senso è stata l'adozione da parte della WIPO nel 2013 del *Marrakech Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled*, entrato in vigore nel 2016 e attualmente ratificato da 65 Stati, il quale ha lo scopo di stabilire una serie di limitazioni al copyright allo scopo di favorire l'accesso delle persone con disabilità visive alle opere pubblicate.

grande sviluppo tanto a livello nazionale che internazionale a partire dagli anni '80 del '900<sup>20</sup>, rappresenti anche un incentivo per il progresso tecnico-scientifico garantendo introiti economici per gli autori o per gli inventori, tuttavia, essa può minare la fruizione del diritto alla scienza e dei benefici da essa derivanti per come qui delineato. Innanzitutto, per le limitazioni allo scambio di informazioni, dati e risultati della ricerca che i diritti di proprietà intellettuale possono porre sia in termini generali (impedendo l'accesso per un certo periodo di tempo) sia in termini più specifici, per esempio, prevedendo dei costi per la fruizione di pubblicazioni o di prodotti che sono inaccessibili per i ricercatori dei Paesi in via di sviluppo o per le persone a più basso reddito. Inoltre, il finanziamento privato alla ricerca, che è andato sempre più ampliandosi in stretta connessione ai benefici derivanti dalla normativa in materia di proprietà intellettuale, tende a indirizzare la ricerca verso settori particolarmente redditizi anche se non sempre attinenti a questioni cruciali per il benessere sociale generale. In senso opposto dovrebbe intervenire il finanziamento pubblico ma, in un tempo in cui la ricerca scientifica e la sanità scontano continue riduzioni di finanziamenti pubblici, è consequenziale che i pochi fondi a disposizione tendano a essere indirizzati verso obiettivi che garantiscono un certo "profitto" (non solo in termini economici ma anche di utilizzabilità delle scoperte fatte).

Per quanto attiene alla diffusione dei dati scientifici, la pandemia di CoViD-19 sta mostrando un cambio di passo degli scienziati rispetto alla precedente tendenza alla "chiusura". In questi giorni, molti dati epidemiologici, statistici, inerenti alla sequenza genomica del virus vengono scambiati per mezzo della pubblicazioni di articoli *preprint* o sui *social network* o su piattaforme *open-access* dedicate (ad esempio, la *Global Initiative on Sharing Avian Influenza Data*, GISAD, esistente fin dal 2008) in modo che siano a disposizione di altri esperti con cui confrontare idee, ipotesi, possibilità di ricerca<sup>21</sup>. Ugualmente, numerose riviste e istituzioni scientifiche hanno deciso di firmare, a gennaio scorso, il *Welcome Trust Statement* allo scopo di rendere immediatamente fruibili in *open-access* le pubblicazioni sul CoViD-19, per permettere la diffusione degli articoli in *preprint* e la pubblicazione di dati parziali e impegnandosi a trasmettere all'OMS tutti i dati e le informazioni rilevanti in loro possesso. Tutto ciò sta permettendo non solo agli scienziati di lottare contro il tempo per la scoperta di una cura ma anche al "grande pubblico" di essere informato e, talvolta, di orientare alcuni filoni di ricerca proprio attraverso le pressanti domande sui picchi della pandemia, sulle caratteristiche della malattia, ecc. e per mezzo della richiesta di chiarezza tra tanta informazione (e, a volte, disinformazione)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Non si può certo dimenticare che lo stesso art. 15, par. 1, let. c), afferma il diritto di ciascuno «to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author». Tuttavia, come mostrano i lavori preparatori del Patto, in origine l'obiettivo era di garantire la paternità e l'integrità delle opere letterarie e scientifiche e non di creare la base giuridica per l'affermazione di un diritto di sfruttamento esclusivo dell'opera.

<sup>21</sup> Su tali aspetti, si veda, A. MENEGANZIN, *Coronavirus: quando l'emergenza sanitaria promuove una nuova cultura della ricerca*, in *MicroMega*, disponibile al seguente link <http://lameladineyton-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/>; M. SANDAL, *Come la pandemia sta cambiando il mondo della ricerca scientifica*, in *il Tascabile*, disponibile al seguente link <https://www.iltascabile.com/scienze/pandemia-ricerca-scientifica/>.

<sup>22</sup> «Ma questo fenomeno a sua volta porta la scienza a rispondere. In Italia ad esempio alcuni epidemiologi stanno cercando di reagire, aggregandosi spontaneamente per portare previsioni epidemiologiche affidabili e serie a contrasto della nube di astrologi dell'esponenziale» (cfr., M. SANDAL, *Come la pandemia sta cambiando il mondo della ricerca scientifica*, cit.).

Ciò, ovviamente, ha i suoi rovesci della medaglia, quali: a) la necessità di una (futura) regolamentazione dell'open-access<sup>23</sup> che, per essere veramente "aperto", non dovrebbe implicare costi (o, al massimo, costi molto bassi) per chi pubblica; b) l'eccessiva pubblicazione di dati o di dati non totalmente verificati che può avere il grave effetto di negare un reale accesso alla scienza, soprattutto a chi non è esperto della materia; c) la necessità di garantire, in alcuni casi, che la pubblicazione e la diffusione di dati non siano incompatibili con la tutela di altri diritti individuali, ad esempio il diritto alla privacy. Tuttavia, quello a cui si sta assistendo potrebbe essere un importante passo in avanti per rendere effettivo e reale il diritto di accesso alla scienza (anche a discapito degli interessi economici), sempre che tale tendenza continui a essere una realtà dopo la fine dell'emergenza.

Fondamentale è, in tale senso, la cooperazione internazionale, anch'essa più volte richiamata dal Commento generale, sia quella "privata", tra ricercatori di differenti Paesi, sia quella "istituzionale", tra Stati e tra organizzazioni internazionali. In particolare, l'OMS potrebbe svolgere un ruolo propulsivo nella raccolta e condivisione dei dati scientifici (nonché nella predisposizione di regole uniformi relative a detta raccolta) anche per mezzo della maggiore e migliore implementazione delle *International Health Regulations* rilette in base al diritto umano alla scienza e al suo contenuto fondamentale, il diritto di accesso. Ugualmente, un ruolo rilevante potrebbe svolgere l'UNESCO nell'indirizzare e diffondere una "cultura" scientifica sempre più aperta e accessibile (e ciò, ovviamente, non solo in riferimento alle scienze dure). Un'azione congiunta di WIPO e WTO tendente a favorire l'applicazione effettiva e generalizzata delle clausole di flessibilità previste dal TRIPs e a interpretare i diritti di proprietà intellettuale in senso più orientato ai diritti umani (innanzitutto in situazioni di pandemia, ma non solo) sarebbe certamente molto importante per l'affermazione effettiva del diritto umano alla scienza.

Tuttavia, questo richiede che vi siano soggetti (istituzionali e non) pronti ad accogliere dette sollecitazioni. Preoccupa, quindi, la decisione del Presidente degli Stati Uniti Trump di sospendere per un periodo dai 60 ai 90 giorni i contributi all'OMS per aver perpetrato (secondo l'amministrazione statunitense) la disinformazione della Cina riguardo al Coronavirus<sup>24</sup>, nonché la decisione della medesima amministrazione e dello Stato cinese di non partecipare all'azione globale precedentemente richiamata e lanciata da ONU e OMS allo scopo di favorire la cooperazione internazionale per lo sviluppo e la diffusione di un vaccino e di terapie anti-Covid. Appare così forte il richiamo a una «intensified international cooperation to contain, mitigate and defeat the pandemic, including by exchanging information, scientific knowledge and best practices» fatto dall'Assemblea generale della Nazioni Unite nella risoluzione significativamente denominata *Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19)*<sup>25</sup>, adottata il 2 aprile scorso. In tale ottica, il diritto alla scienza, inteso come accesso e partecipazione, rappresenta sia un "volano" attraverso cui favorire la cooperazione e la "solidarie-

<sup>23</sup> Sul tema e sulla necessità che la scienza sia sempre più caratterizzata da condivisione e cooperazione, si veda, in questo fascicolo, R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il COVID-19?*

<sup>24</sup> Cfr., *Coronavirus: US to halt funding to WHO, says Trump*, disponibile al seguente link <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>. In relazione all'azione dell'OMS di fronte alla pandemia, si veda, P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) sulla diffusione del Covid-19*, in *SIDIBlog-Forum Covid-19*, 2020.

<sup>25</sup> Cfr., A/RES/74/270, 2 aprile 2020.

tà" internazionale sia un obiettivo da implementare proprio attraverso detta cooperazione nella consapevolezza che la pandemia CoViD-19, così come altre sfide globali, non possono essere affrontate dagli Stati *uti singoli* e che questo «is the time for science, not rumours. This is the time for solidarity, not stigma»<sup>26</sup>.

*Special issue*

---

<sup>26</sup> WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV), 30 gennaio 2020 (disponibile al seguente link [https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))).



## La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze

Carla Maria Reale\*

THE CONSTITUTIONAL DIMENSION OF EMERGENCY: HOW THE COVID-19 PANDEMIC IS INCREASING INEQUALITIES

ABSTRACT: The Coronavirus pandemic is spreading worldwide with important effects on the fundamental rights of everyone. The author's argues that a compression of fundamental rights can be constitutionally justified under specific conditions, however there is a need to consider and address how these measures impact on the situation of people who already face structural discriminations, such as people deprived of personal freedom, people with disability, women and others.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; inequalities; gender-based violence; disability

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La dimensione dell'emergenza nella Costituzione – 3. La compressione dei diritti fondamentali e i risvolti asimmetrici – 4. Il diritto alla salute e alla vita delle persone che vivono in istituti – 5. Moltiplicazione delle barriere sociali per le persone con disabilità – 6. I costi dell'isolamento sociale per donne che subiscono di violenza di genere – 7. Alcune considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

**L**o stato attuale in cui tutte e tutti versiamo a causa della pandemia determinata dal virus Sars-Cov-19 permea a pervade ogni ambito del quotidiano; un impatto che incide sulle nostre esistenze in una maniera che possiamo definire totalizzante.

La sfera del diritto e della riflessione giuridica non si sottrae a questa attrazione; al contrario, anche l'universo giuridico viene profondamente attraversato da questa dimensione inedita quanto centrale. Inedita perché un'emergenza sanitaria di tale portata è qualcosa di sconosciuto alle contemporanee democrazie europee e alle comunità. Centrale, perché il diritto è chiamato ad esercitare la sua funzione di ordinante sociale ma anche di garante, proprio nel momento in cui la tenuta di un intero sistema è a rischio: dall'emergenza sanitaria, alla possibile esasperazione di conflitti sociali fino all'aggravarsi di situazioni di disuguaglianza già esistenti nel tessuto sociale.

Ad oggi, molto si sta discutendo in dottrina circa la legittimità e la base giuridica degli svariati provvedimenti che i Governi stanno adottando per fronteggiare la crisi sanitaria. Sicuramente meno si è discusso di come la situazione fattuale, pur incidendo in maniera apparentemente uniforme sui diritti fondamentali, si comporti come un moltiplicatore di disuguaglianze, colpendo maggiormente i diritti

---

\* Dottoressa di ricerca in studi giuridici comparati ed europei, Università degli studi di Trento. Mail: [carlamaria.reale@unitn.it](mailto:carlamaria.reale@unitn.it). Il presente lavoro è aggiornato al 5 maggio 2020.

di determinate categorie di persone. L'obiettivo di questo scritto è dunque quello di indagare tale dimensione. Dapprima si analizzerà brevemente l'inquadramento dell'emergenza nella Costituzione italiana, mettendola a paragone con alcune altre, più esplicite sul punto, al fine di introdurre il tema della compressione dei diritti fondamentali, in seguito, e più centralmente, si guarderà agli effetti che le misure di compressione dei diritti fondamentali possono avere nei confronti di determinati gruppi di persone, fra cui persone private delle libertà personale, persone con disabilità e donne che subiscono violenza di genere.

## 2. La dimensione dell'emergenza nella Costituzione

La Costituzione italiana non conosce una regolamentazione particolare degli stati emergenziali: sebbene questi non fossero sconosciuti alle ed ai costituenti (in particolare gli eventi epidemici), nella sede di dibattito si scelse, in senso garantista, di non disciplinarli nella Carta. Quest'ultima prevede invece lo stato di guerra all'art. 78, che viene deliberato dalle Camere, incaricate di conferire quindi poteri al Governo. Questa previsione appare scarsamente assimilabile, persino nella sua interpretazione estensiva<sup>1</sup>, ad uno stato emergenziale legato ad una crisi sanitaria.

Sotto tale profilo l'Italia si differenzia da altri ordinamenti, come ad esempio Spagna e Francia<sup>2</sup>, in cui la dimensione costituzionale abbraccia e regola in qualche forma l'emergenza.

In Spagna, ad esempio, diverse sono le norme costituzionali che riguardano le situazioni eccezionali ed emergenziali (art. 55, art. 117 comma 5 e 6, art. 86 art. 155) ed in particolare l'articolo 116 che definisce tre situazioni fattuali (stato d'allarme, stato di eccezione e stato d'assedio) costituzionalmente rilevanti, che sono il presupposto per l'attribuzione di poteri aggiuntivi in capo all'esecutivo, affiancato dalla Camera bassa del Parlamento con funzioni di controllo e supporto (come disciplinata puntualmente da Ley Organica n. 4/10981). È sulla base di questo articolo e della relativa legge organica che l'emergenza sanitaria è stata affrontata, con declaratoria dello stato di allarme tramite Real Decreto 463/2020 del 14 marzo (ad oggi prorogato due volte<sup>3</sup>), che ha legittimato l'adozione di provvedimenti limitativi (non sospensivi, come chiarito dalla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*<sup>4</sup>) di alcuni diritti fondamentali, non esenti da critiche e perplessità da parte della dottrina spagnola<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993.

<sup>2</sup> 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*.

<sup>3</sup> Infatti, sulla base della disciplina della *Ley Organica* lo stato di allarme può essere dichiarato per una durata massima di 15 giorni ed eventualmente prorogato su parere positivo delle Camere. I provvedimenti che hanno prorogato lo stato di allarme sono: *Real Decreto 487/2020, de 10 de abril* (proroga fino al 26 aprile) e precedentemente *Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo* (proroga fino al 10 aprile).

<sup>4</sup> Si veda per esempio la decisione del *Tribunal Constitucional*, n. 83/2016, 28 aprile, riguardante il *Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo*.

<sup>5</sup> Tali misure sono state reputate più che limitative dei diritti fondamentali, sospensive degli stessi, pertanto richiedenti- ad opinione di certa dottrina spagnola- il quadro costituzionale dello stato di eccezione, compatibilmente con l'art. 55 della Costituzione. Cfr. sul punto A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción*, in *El Cronista*, 86-87, 2020, 28 ss, M.Á. PRESNO LINERA, *Coronavirus*

In Francia al contrario, la situazione attuale ha trovato disciplina in un quadro giuridico innovativo, come delineato dalla *Loi n. 2020-290* del 23 marzo 2020, che ha istituito lo stato di emergenza sanitaria<sup>6</sup>, attribuendo al Governo ampi poteri per la gestione dell'emergenza e all'Assemblea Nazionale ed al Senato compiti di vigilanza e garanzia (Art. 2). Parzialmente in linea<sup>7</sup> con quanto raccomandato dal *Comité consultif national d'éthique* con il parere del 13 marzo 2020 *Contribution du Comité Consultatif National d'Éthique: Enjeux éthiques face à une pandémie*, la legge ha sancito inoltre la necessità che lo stato di emergenza sanitaria sia presidiato dall'expertise medico scientifica, con l'istituzione di un apposito *Comité scientifique*.

Tornando ad analizzare il contesto italiano, oltre all'ipotesi dell'articolo 78, la Costituzione fa alcuni riferimenti a casi emergenziali in specifiche norme, fra cui l'art. 77 che conferisce al Governo la possibilità di adottare decreti-legge in casi straordinari di necessità e urgenza con l'obbligo di presentazione immediata alle Camere per la conversione in legge entro sessanta giorni; l'art. 16 sulla libertà di circolazione, che può essere limitata per motivi di sanità e sicurezza; l'art. 17 sulla libertà di riunione, che conosce possibili divieti in comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica.

Fuori dalla dimensione costituzionale, lo stato di emergenza è previsto all'interno della normativa di rango primario in materia di protezione civile ed è dunque stato disciplinato dal Codice della protezione civile (D.lgs. n. 1/2018) che dispone, a certe condizioni, la possibilità di fronteggiare l'emergenza con particolari strumenti giuridici (fra tutte le ordinanze della protezione civile si vedano ad esempio artt. 23 e ss.). Si prevede che lo stato di emergenza possa essere dichiarato dal Consiglio dei ministri, che ne fissa la durata ed estensione territoriale (art. 24), in caso di «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari» (art. 7).

L'attuale pandemia è stata fronteggiata proprio tramite questo strumento: i provvedimenti adottati prendono il via dalla dichiarazione, per la durata di sei mesi, dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri, a cui hanno fatto seguito decreti-legge, numerosi e ormai noti decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e ordinanze, circolari direttive ministeriali (in particolar modo del Ministero della Salute) e della Protezione civile.

Il Governo ha assunto un ruolo prevalente nella gestione dell'emergenza e tramite d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, poi convertito in legge, ha fatto propria la possibilità di adottare ogni misura di contenimento e gestione della pandemia purché «adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1). Con una serie di DPCM sono stati attuati provvedimenti che hanno inciso e tuttora incidono su molti dei diritti costituzionalmente tutelati, fra cui i diritti di circolazione (art. 16

---

*SARS-CoV-2, garantía de derechos fundamentales y límites a los mismos en el Derecho español*, in questo fascicolo.

<sup>6</sup> All'articolo 2 della sopracitata legge si dispone la necessità di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria quando sia in corso una «catastrofe sanitaria che metta in pericolo, per la sua natura e la sua gravità, la salute della popolazione»

<sup>7</sup> G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza COVID-19*, in questo fascicolo.

Cost.) e di riunione (art. 17 Cost.), diritti relativi alla professione di fede ed esercizio di culto (art. 19 Cost.), istruzione e ricerca scientifica (artt. 33-34 Cost.), iniziativa economica privata (art. 41 Cost.). L'ordinamento giuridico italiano ha già conosciuto situazioni emergenziali che, sebbene profondamente differenti per cause, tipologia ed effetti all'attuale situazione, hanno portato ad una limitazione dei diritti fondamentali (di alcuni soggetti, tuttavia). Proprio durante la stagione del terrorismo degli anni di piombo, la Corte costituzionale si è espressa sulla legislazione d'emergenza dettando dei criteri che ad oggi, con le dovute differenze, si prestano ad orientare l'operato di governo e Parlamento. La Corte ha sostenuto la necessità che misure restrittive dei diritti fondamentali dettate da situazioni emergenziali siano temporanee, proporzionate ed il più possibile riconducibili a circuiti decisionali democratici (sent. 15/1982). A quest'ultimo requisito potrebbe meglio rispondere, rispetto a quanto accaduto in una prima fase, la previsione contenuta nel d.l. 19/2020 che dispone la necessità che i DPCM adottati siano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e che il presidente del Consiglio ne riferisca ogni quindici giorni alle Camere, pertanto prevedendo una sorta di controllo parlamentare sull'attività dell'esecutivo.

### 3. La compressione dei diritti fondamentali e i risvolti asimmetrici

Possiamo osservare che – sebbene con diversi inquadramenti costituzionali – in Europa i governi hanno assunto a sé ampi poteri: tramite i provvedimenti atti ad arginare una crisi sanitaria, gli esecutivi hanno influito sulla possibilità di esercizio di molti diritti fondamentali.

La dottrina giuridica<sup>8</sup> sta ampiamente dibattendo circa la legittimità di simili provvedimenti, in Italia in particolare le costituzionaliste ed i costituzionalisti si domandano se il Governo possa legittimamente, fuori dal circuito di garanzia parlamentare, adottare tramite DPCM provvedimenti che così profondamente incidono su diritti costituzionalmente garantiti. Come abbiamo accennato, in Spagna, la dottrina costituzionale ha in parte criticato la dichiarazione dello stato di allarme (si veda nota 5), considerato scarsamente compatibile con le restrizioni ai diritti fondamentali, che sarebbero piuttosto configurabili come sospensioni. Senza voler entrare nel merito di questa discussione, che non è oggetto della trattazione, sebbene le criticità rilevate a più voci siano fondate e necessarie<sup>9</sup>, si reputa che non si possa e non si debba parlare di una sospensione di diritti, ma sia più opportuno articolare

<sup>8</sup> Le posizioni presenti in dottrina sono molte e articolate. Secondo alcune/i studiose/i infatti i provvedimenti sono da considerarsi legittimi se effettivamente temporanei, secondo altre/i l'argomento cardine è quello che riguarda la prevalenza del diritto alla salute nella sua dimensione collettiva su altri diritti, altri ancora hanno espresso preoccupazione circa la legittimità dei dpcm dal punto di vista delle fonti del diritto. A titolo esemplificativo si consiglia la consultazione dei seguenti articoli: I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3, 20; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020. Si consiglia anche la consultazione dell'intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani dal titolo *La pandemia aggredisce anche il diritto?* disponibile sul sito web Giustizia Insieme (<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/961-la-pandemia-aggredisce-anche-il-diritto>).

<sup>9</sup> Fondata la preoccupazione che una simile situazione possa dare luogo a rotture di un ordine costituzionale democratico, come d'altronde sta già accadendo in paesi come l'Ungheria o la Slovenia. In Ungheria Viktor Orbán ha istituito uno stato di emergenza a tempo indeterminato che gli conferisca pieni poteri, senza alcun meccanismo di controllo in capo al Parlamento.

la situazione attuale in termini di una compressione degli stessi. Se «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca» (Sent. n. 85 del 2013) e non vi è alcun diritto che possa prevalere a monte sugli altri, diventa chiaro che, in una situazione emergenziale come quella vissuta dal nostro Paese (con indice di mortalità giornaliero da CoViD-19 ancora molto elevato, una potenzialità di contagio vastissima tale da minacciare la tenuta del sistema sanitario e porre la comunità davanti a scelte drammatiche<sup>10</sup>) alcuni diritti (vita e salute) diventano prioritari per poter persino garantire l'esercizio degli altri diritti fondamentali. Non siamo di fronte ad uno stato di guerra, né a fatti politicamente connotati: sebbene indubbiamente questi abbiano risvolti e ricadute politiche, è necessario affrontarli e analizzarli con strumenti e categorie differenti. In nessuno dei casi sopra descritti possiamo fare riferimento ad una sospensione dei diritti fondamentali, di una sospensione dell'ordine costituzionale dato, ma, si reputa più opportuno riferirsi ad un temporaneo riassetto dei diritti costituzionali, volto al superamento della crisi sanitaria prima e dell'evento pandemico poi.

Parliamo di una importante compressione di alcuni diritti fondamentali che deriva da un diverso bilanciamento degli stessi, dettato da una situazione di crisi sanitaria emergenziale, che soprattutto nello scorso mese ha posto la necessità di salvaguardare il diritto alla vita dei singoli ed il diritto alla salute nella sua dimensione individuale quanto collettiva, immancabilmente in ottica di solidarietà sociale. Possiamo anche parlare di una riconfigurazione di alcuni di questi diritti, come ad esempio del diritto all'istruzione: il sistema educativo – sebbene con innegabili difficoltà – ha cercato nel più breve tempo possibile di assumere un volto digitale e garantire a studenti/esse, dalle scuole dell'infanzia fino all'università, la fruizione di contenuti attraverso lezioni on-line. Il tentativo di accomodamento non è a sua volta esente da criticità, considerando che non tutte le famiglie o le singole persone hanno eguale possibilità di accesso alla rete internet e non tutte dispongono di dispositivi che consentono la fruizione di questi contenuti.

Tuttavia, questa compressione dei diritti fondamentali che incide su tutte e tutti, lungi dall'essere quella livella che argina il conflitto sociale, agisce diversamente su situazioni di profondo squilibrio e disuguaglianza già esistenti, esasperandone la portata. Infatti, si vuole portare l'attenzione su come la necessaria compressione dei diritti fondamentali per fare fronte alla diffusione del virus CoViD-19, abbia delle ricadute eminentemente politiche, ove va a gravare maggiormente su "gruppi" di persone che sono già in situazioni di sostanziale svantaggio e vengono generalmente individuate come soggetti c.d. "vulnerabili". Nel considerare come le misure attuate per il contenimento del contagio impattino sui diritti fondamentali dobbiamo non solo considerare queste nel complesso e non analizzarle singolarmente, ma anche calarle nel contesto di riferimento. È fondamentale guardarle attraverso un'ottica intersezionale, intrecciandole alle profonde disuguaglianze che attraversano la nostra società e al carattere complesso e sfaccettato delle singole persone su cui queste gravano. È necessa-

---

<sup>10</sup> Come quelle relative ai criteri per l'accesso o l'interruzione della terapia intensiva nel caso di un numero superiore di pazienti rispetto alla disponibilità ospedaliera. Al riguardo si vedano i criteri di etica clinica elaborati dalla 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* e quelle elaborati successivamente dal Comitato Nazionale di Bioetica Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica*. Su questo: C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in questo fascicolo.

rio infatti considerare l'impatto che condizioni pre-esistenti di natura socio-economica o riguardanti lo stato/condizioni di salute incidono in maniera significativa rispetto al reale impatto delle misure restrittive dei diritti fondamentali, colpendo in particolare certi individui e certi gruppi di persone, in una trama fitta e intricata. Fra i gruppi maggiormente colpiti, sicuramente le persone più anziane, le persone migranti e senza fissa dimora, i e le detenuti/e, le persone LGBTQI\*, le persone con disabilità, e le donne, in particolar modo quelle che subiscono violenza domestica.

Al contempo, l'avvento della pandemia ha anche comportato l'aumento dei casi di razzismo e violenza xenofoba nei confronti di persone (percepite come) asiatiche che, come ha osservato la *Fundamental Rights Agency* (FRA), hanno subito discriminazione nel territorio europeo anche per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi<sup>11</sup>. Di seguito si discuterà degli impatti concreti che alcune di queste misure hanno sui diritti fondamentali di alcune "categorie" di persone, prendendo in analisi i casi delle persone che vivono in istituti, delle persone con disabilità e delle donne che subiscono violenza domestica.

#### 4. Il diritto alla salute e alla vita delle persone che vivono in istituti

Una categoria particolarmente vulnerabile di persone è quella rappresentata da chi vive in istituti, capace di abbracciare condizioni anche molto differenti fra loro, fra cui ad esempio quella delle carceri, quella delle RSA e delle strutture di accoglienza per persone migranti, accomunate dallo stato di privazione della libertà personale e dalla difficoltà di adozione concreta di misure di distanziamento fisico (spesso le strutture sono sovraffollate) e dalla sospensione di visite dall'esterno. La difficoltà di attuare misure di distanziamento fisico per il contenimento del contagio ha impatto sul diritto alla salute e anche sul diritto alla vita di chi risiede in queste strutture.

Questo rischio grava sicuramente, come affermato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità sulle persone più anziane che risiedono in strutture d'accoglienza quali RSA e non solo, particolarmente esposte all'infezione a causa non solo del fattore anagrafico ma anche da possibili condizioni mediche pre-esistenti, spesso di natura cronica. Simili criticità, unitamente ad altre possono essere riscontrate anche negli istituti penitenziari, dove le prime misure per limitare le visite da parte di familiari e i contatti con l'esterno hanno dato vita, in Italia, ad aspre proteste dei detenuti<sup>12</sup>. L'emergenza sanitaria avrebbe «tolto il coperchio al carcere reale», fautore di «un concetto di prevenzione assoluta che, superando i criteri di adeguatezza e proporzionalità, finisce col configurare il mondo recluso come separato dal mondo esterno e portatore di un fattore intrinseco di morbilità<sup>13</sup>». Il Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e pene inumane e degradanti del Consiglio d'Europa ha pubblicato un documento che riguarda la condizione delle persone nelle carceri durante l'epidemia *Principi relativi al trattamento delle persone private della libertà personale nell'ambito della pandemia del coronavirus (Covid-19)*. Qui si raccomanda che le misure prese dai governi abbiano l'obiettivo

<sup>11</sup> WHO, *Infection Prevention and Control guidance for Long-Term Care Facilities in the context of COVID-19, Interim guidance*, 21 marzo 2020.

<sup>12</sup> G. CHIOLA, *Il coronavirus e la rivolta nelle carceri italiane*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, ed anche A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale, Rivista Aic*, 3, 2020.

<sup>13</sup> R. DE VITO, *Il vecchio carcere ai tempi del nuovo colera*, in *Questione giustizia*.

di proteggere la salute e la sicurezza delle persone detenute e si basano sui principi di necessità, proporzionalità, rispetto della dignità umana e limitazione temporale. Si richiamano inoltre gli Stati al rispetto delle Linee Guida dell'Oms<sup>14</sup>, con particolare riguardo alle persone detenute vulnerabili o a rischio (come persone anziane o con condizioni mediche pregresse). Il documento sottolinea l'importanza di preservare diritti fondamentali, quali l'adeguato livello di igiene personale e la possibilità di praticare attività all'aperto, raccomandando di compensare la restrizione di contatti con forme di comunicazione alternative. Parimenti, si pone l'accento sulla necessità di conservare le «tutele giuridiche fondamentali (l'accesso a un avvocato, l'accesso a un medico e la notifica della detenzione a una terza persona)», con la necessità di rafforzare a garantire pienamente il funzionamento degli organismi di monitoraggio (quali ad esempio i Garanti dei detenuti). All'attuazione di questi meccanismi è stato richiamato in particolare il Governo italiano, da parte della Corte europea dei diritti umani, in relazione alla situazione nel carcere di Torino.

Ancora più complessa la situazione delle persone senza fissa dimora, per cui l'invito a *stare a casa* diventa una vuota esortazione, a fronte della possibile paralisi delle strutture d'accoglienza e la difficoltà di aver accesso a cure mediche, come ha ricordato anche l'associazione europea FEANTSA<sup>15</sup> (*European Federation of National Organisations Working with the Homeless*).

## 5. Moltiplicazione delle barriere sociali per le persone con disabilità

Il ventaglio di disagi e discriminazioni che affrontano le persone con disabilità nell'attuale emergenza sanitaria è molto ampio e vasto e tocca diverse sfere della vita.

Al contempo, sotto l'ombrello della disabilità rientrano situazioni fortemente diversificate fra loro, dalle disabilità fisiche (che possono essere acquisite o meno, visibili o invisibili) a quelle psico-sociali, passando per certe malattie croniche, che vengono influenzate dall'evento pandemico tutte in maniera peculiare e pervasiva. Come riportato dalla *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite, il rischio che le persone con disabilità «vengano lasciate indietro» per arginare la pandemia è reale<sup>16</sup>, con particolare riguardo alle persone che vivono in istituti e sono in condizioni di marginalità sociale. L'attuazione del distanziamento sociale richiesto può essere difficoltosa sia per persone che abbiano esigenze di supporto, quindi persone che usufruiscono di servizi di assistenza personale, sia per persone che vivono in istituti. Il distanziamento sociale però potrebbe tutelare le persone che, fra quelle con disabilità, hanno particolari problemi di salute e sono più vulnerabili di fronte al rischio contagio, ma queste potrebbero essere le stesse che subiscono le conseguenze di un sistema sanitario fortemente concentrato sull'arginare la crisi epidemiologica, con conseguente difficoltà ad accedere agli usuali servizi sanitari. Allo stesso tempo l'isolamento sociale e l'interruzione dell'attività di vita quotidiana può risultare un concreto pericolo per la salute mentale di molte persone con disabilità psico-sociali, questione affrontata, ad esempio, dall'Istituto superiore di sanità tramite il documento che

<sup>14</sup> WHO, *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention Interim guidance*, 15 marzo 2020.

<sup>15</sup> FEANTSA, *Covid19: Staying Home Not An Option for People Experiencing Homelessness*, ed anche FEANTSA, *7 measures authorities must take to protect homeless people from Covid*.

<sup>16</sup> Comunicato stampa della Special Rapporteur Catalina Devandas, *COVID-19: Who is protecting the people with disabilities? – UN rights experts*, 17 marzo 2020.

riguarda la condizione delle persone nello spettro autistico durante l'epidemia da CoViD-19<sup>17</sup>. Qui sono contenute diverse indicazioni, fra cui raccomandazioni circa l'attivazione dei servizi per le persone nello spettro autistico in telemedicina. I problemi di accesso ai servizi medici e alle eventuali cure ora più che mai affliggono molte persone con disabilità ed in generale le persone con condizioni mediche croniche: tali difficoltà sono ulteriormente amplificate dalla temporanea sospensione o malfunzionamento dei servizi di assistenza personale e non solo.

L'organizzazione mondiale della sanità nel suo documento *Disability considerations during the COVID-19 outbreak*, sottolinea come le persone con disabilità possano subire maggiormente l'evento pandemico in corso. Molteplici sono le barriere sociali che vengono esasperate dalla situazione, oltre a quelle già citate, anche quelle riguardanti l'accesso alle informazioni, si pensi a persone sorde e con disabilità psico-sociali, intellettive che devono essere indirizzate dai governi: in tal senso in Italia, infatti, ha avviato la campagna informativa sulla prevenzione del contagio del CoViD-19 anche il LIS, ed ha attivato uno specifico indirizzo email a cui le persone sorde e con ipoacusia si possono rivolgere per avere informazioni<sup>18</sup>. L'OMS ha elaborato inoltre ulteriori raccomandazioni, fra cui la necessità di assicurarsi che le misure emergenziali non siano discriminatorie per le persone con disabilità: si sottolinea la necessità di coinvolgere le persone con disabilità (tramite rappresentanti di associazioni) nei comitati consultivi, proprio come è accaduto in Italia con la nomina di Giampiero Griffo (Coordinatore del Comitato tecnico-scientifico dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità) nel Comitato di esperti in maniera economica e sociale istituito con funzioni consultive. Più nello specifico, l'Organizzazione Mondiale della Sanità raccomanda una serie di azioni fra cui l'adozione di policy lavorative flessibili, adatte a lavoratrici/lavoratori con disabilità e supporto per l'acquisto di tecnologie che permettano il telelavoro; la garanzia del diritto all'istruzione per studenti con disabilità, che potrebbero anche necessitare di studiare da casa per periodi maggiormente lunghi; la necessità di considerare come servizi essenziali (pertanto non passibili di interruzione) quelli alla persona (es: assistenza personale); predisporre misure finanziarie a supporto di famiglie con persone con disabilità.

Per quanto riguarda nello specifico il diritto all'istruzione delle/degli alunne/i con disabilità, questo può risultare ancora più compresso da una didattica non più partecipata, che difficilmente può tenere in considerazione le esigenze specifiche dei singoli, anche perché mediata da tecnologie che non sempre risultano accessibili (o al contrario per esserlo necessitano di risorse economiche considerevoli). In questo senso il Governo italiano, in linea rispetto a un sistema di educazione inclusiva conosciuto a livello europeo e non solo, non ha interrotto la possibilità di fruire dell'assistenza per gli alunni con disabilità, che può essere erogata per mezzo di prestazioni individuali domiciliari, tramite disposizioni degli enti locali ed ha inoltre istituito, con l'ausilio del Consiglio Nazionale delle Ricerche, una piattaforma dedicata alla didattica inclusiva a distanza<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> ISS, *Indicazioni ad interim per un appropriato sostegno delle persone nello spettro autistico nell'attuale scenario emergenziale SARS-CoV-2*, 30 marzo 2020.

<sup>18</sup> Il sito in questione è [1500coronavirus@sanita.it](mailto:1500coronavirus@sanita.it).

<sup>19</sup> <https://www.itd.cnr.it/covid19/>.

## 6. I costi dell'isolamento sociale per donne che subiscono di violenza di genere

Le c.d. misure di distanziamento sociale, limitative dei diritti di circolazione, in congiunzione alla sospensione di numerose attività di produzione e chiusura al pubblico di esercizi commerciali di cui si è detto, sono fattori necessari per la tutela della salute individuale e collettiva, ma tuttavia espongono maggiormente chi subisce violenza di genere ad episodi di maltrattamenti.

L'aumento del rischio di violenza da parte di partner/conviventi/coniugi/familiari nei confronti di donne e dei loro figli e delle loro figlie durante l'emergenza sanitaria è stato rilevato anche dall'OMS, che ha individuato molteplici cause che concorrono allo stesso, quali la difficoltà di raggiungere servizi di primo soccorso e supporto, l'impossibilità temporanea di allontanarsi dal maltrattante unita a fattori di potenziale vulnerabilità economica, la possibilità che la costrizione fra le mura domestiche rafforzi meccanismi di isolamento sociale che il maltrattante pone in essere nei confronti della vittima<sup>20</sup>.

Nel territorio italiano, sebbene nelle fasi iniziali dell'epidemia il maggiore timore fosse l'impossibilità per le donne di contattare i centri antiviolenza e richiedere supporto ed aiuto a causa dalla convivenza forzata e riduzione degli spazi di autonomia, i dati diffusi dalla rete nazionale dei Centri Antiviolenza (D.iRE) mostrano un aumento del 74,5% (rispetto allo stesso intervallo mensile nella precedente annata) del numero di donne in cerca di sostegno per percorsi di uscita alla violenza. Sebbene sia ancora prematuro il tentativo di rilevare gli effetti dell'epidemia sul fenomeno della violenza di genere e della violenza domestica, che necessiterà di una raccolta di dati puntuali disaggregata per genere, come suggerito dalle Nazioni Unite nel documento *Covid-19 and ending violence against women and girls*, possiamo comunque articolare alcune considerazioni a partire dalle informazioni attualmente disponibili.

I dati relativi a questa prima fase, da una parte, indicano che nonostante le difficoltà oggettive, le donne riescono ugualmente a chiedere il supporto necessario, quindi ad accedere ai servizi disponibili sul territorio per il contrasto alla violenza che subiscono. Questo è probabilmente merito delle campagne di sensibilizzazione sui numeri emergenziali e la possibilità di utilizzo di alcune app per le segnalazioni, approntate celermente dalla rete D.iRE, ma anche dal Dipartimento per le parti opportunitarie presso la Presidenza del consiglio dei ministri, a tal proposito si segnala ad esempio il Protocollo d'intesa firmato il 2 aprile dalla Ministra Bonetti con Federazione Ordini dei Farmacisti, Federfarma e Assofarm per fare in modo che le farmacie possano, tramite linee guida loro fornite, essere punto informativo per le donne che necessitano di aiuto e supporto per denunciare episodi di violenza e di stalking.

D'altra parte, i dati suggeriscono l'incremento di situazioni di violenza nel contesto domestico e degli episodi di stalking nel periodo di riferimento. La Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere del Senato, ha attenzionato la questione tramite l'approvazione del documento *Misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza, dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratta nella situazione di emergenza epidemiologica da covid-19* (26 marzo 2020) in cui, posta la possibilità di aggravio degli episodi di violenza di genere e violenza assistita nel corso dell'emergenza sanitaria si afferma

<sup>20</sup> WHO, *COVID-19 and violence against women What the health sector/system can do*, 26 marzo 2020

che «il Parlamento e il Governo devono predisporre misure e risorse economiche aggiuntive e procedure più snelle per garantire misure di protezione, sostegno e accoglienza alle donne e ai minori coinvolti, assicurando in particolare l'operatività – in piena sicurezza – delle strutture antiviolenza».

Fra le varie proposte, la Commissione suggerisce la necessità di attuare ed implementare gli strumenti già presenti all'interno del nostro ordinamento, sia in sede civile che penale, al fine di tutelare in maniera tempestiva le donne. Per quanto riguarda gli ordini di protezione in sede civile, si suggerisce di provvedere, conformemente agli articoli 342-bis e 342-ter del codice civile e 736-bis co. 3 c.c., all'adozione di simili provvedimenti inaudita altera parte dopo sommaria istruttoria, con contraddittorio al fine di non esporre la donna richiedente l'ordine di allontanamento al rischio di ulteriori violenze che una notifica del ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza potrebbe generare.

Sul versante delle tutele in sede penale, la Commissione invita all'applicazione degli strumenti esistenti, quali l'arresto in flagranza, ordine di allontanamento urgente dalla casa familiare, misure cautelari specifiche che non comportano la fuga delle donne dalla casa familiare, in questo momento pericolosa per donne ed eventuali figli/e. In questo senso pare essersi mossa, ad esempio, la Procura di Trento, che ha segnalato tramite una circolare datata 22 marzo<sup>21</sup>, la volontà di «intervenire tempestivamente adottando i provvedimenti giudiziari che si renderanno necessari, in particolare volti a far sì che le situazioni di pericolo contingente siano risolte attraverso una collocazione dei maltrattanti presso un domicilio diverso da quello dove vivono i componenti del nucleo familiare che subiscono violenza domestica». Si tratterebbe dunque di un più corretto utilizzo degli strumenti giuridici già esistenti, che possano tutelare le donne e le/i loro figlie/figli, in questo delicato momento. La ministra Bonetti ha sbloccato proprio nelle scorse settimane dei fondi destinati ai centri antiviolenza e case rifugio. È necessario segnalare tuttavia che i trenta milioni in oggetto erano già stati stanziati tramite DPCM del 4.12.2019. È indubbio che, per contrastare il fenomeno ed arginare l'aumento dei casi di violenza di genere, sarà necessario uno stanziamento aggiuntivo di fondi, volto al supporto dei Centri Antiviolenza e delle Case rifugio per mettere in condizione queste strutture di poter accogliere chi lo necessita in sicurezza.

## 7. Alcune considerazioni conclusive

Le dimensioni fin qui prese in considerazione forniscono alcuni spunti di analisi, lungi dall'esaurire le complesse e intricate trame di disegualianze che l'emergenza sanitaria ha svelato ed esasperato. Si è affrontata, ad esempio, la questione relativa alla dimensione lavorativa e alla crescente disoccupazione, che certamente grava maggiormente su lavoratori/lavoratrici precari/ie, per lo più giovani, ed in generale quelle fasce che non godono di una forte tutela giuridica, come i/le lavoratori/lavoratrici della *gig economy*, lavoratori e lavoratrici in proprio, giovani professionisti e molti altri.

Ad oggi, la compressione dei diritti in atto a causa delle misure emergenziali appare un bilanciamento necessario, che certamente deve guardare a criteri di proporzionalità, temporaneità e ragionevolezza. Posto che, come affermato a più voci nel mondo della scienza e della medicina, è altamente probabile che altri eventi epidemici si verifichino nel corso dei prossimi decenni, è auspicabile che la di-

<sup>21</sup> Procura di Trento, circolare del 22 marzo 2020, Oggetto: Direttiva recante ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica.

mensione dell'emergenza sanitaria sia costituzionalizzata<sup>22</sup>, gettando dunque delle garanzie procedurali che possano guidare l'operato governativo in simili situazioni, sulla base delle esperienze di altri ordinamenti, come visto soprattutto nel caso spagnolo. Le garanzie costituzionali per i casi di emergenza sanitaria appaiono fondamentali, ma certamente non risolutive se si guarda a simili eventi attraverso il filtro del principio di parità di trattamento ed eguaglianza che richiederebbe una valutazione del diverso impatto che le misure possono avere su ciascuna/o.

Passata la crisi sanitaria bisognerà guardare ai molti volti dell'emergenza epidemiologica, che toccano le più disparate dimensioni giuridiche, passando dunque non più ad una tutela della vita e della salute strettamente intesa, ma ad un benessere complessivo che non può prescindere da un diverso bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco. In questo senso, un approccio che disvela le disuguaglianze e guarda ai diritti fondamentali, richiede che le risposte governative e parlamentari tengano in conto la diversità della popolazione, che chiama in causa bisogni particolari su cui intervenire.

In vista dell'uscita dalla crisi sanitaria è auspicabile, dunque, intervenire tramite strumenti che tengano conto del posizionamento di ciascun individuo e delle sue peculiarità, in ottica di giustizia sociale, intervenendo per tutelare i soggetti più "vulnerabili" da un punto di vista sanitario ma anche socio-economico. Possiamo dire che la pandemia ha tolto il velo di Maya che a stento riusciva a celare le molteplici disuguaglianze presenti nelle nostre società, esasperando le condizioni di alcuni gruppi di persone. È riuscita al contempo a fermare la macchina delle nostre intricate e iperconnesse quotidianità, dandoci la possibilità di riscoprirci come esseri interdipendenti, in relazione e intrinsecamente vulnerabili. In questa condizione di fragilità individuale ma di riscoperta di una dimensione collettiva e solidale, alla ripresa delle nostre quotidianità alterate profondamente da questo evento, sarà opportuno ripensare alcuni fondamenti strutturali che queste disuguaglianze le producono e le alimentano, fuori e dentro la crisi sanitaria.

---

<sup>22</sup> Concordano molti in dottrina, fra tutti A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in questo fascicolo.



## La legalità penale nella morsa dell’emergenza Coronavirus

Carmelo Rizzo\*

THE PRINCIPLE OF CRIMINAL LEGALITY IN THE GRIP OF THE CORONAVIRUS EMERGENCY

ABSTRACT: The article analyzes the problematic relationship between “pandemic neo-emergency” and the principle of legality in criminal law. In particular, the article examines some significant violations of the principle of criminal legality and focuses on the risks related to the so-called “online process”, in the hope that the coronavirus will not also ‘infect’ our Constitution.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; principle of legality; quarantine; online process

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’emergenza epidemiologica – 3. Il “neoemergenzialismo pandemico” – 4. Alcune notazioni critiche – 5. Conclusioni.

### 1. Premessa

**D**iscutere di diritto in un periodo drammatico come quello che stiamo vivendo risulta particolarmente difficile. Eppure è necessario. Ed è utile, tanto più ove la discussione si sviluppi all’interno di un contesto dialettico-scientifico articolato e fecondo di spunti quale è il *forum* cui sono destinate le brevi riflessioni di matrice penalistica che saranno qui formulate. Infatti, questa ‘polifonia disciplinare’, per un verso, consente ai partecipanti, diversi per settori scientifici e realtà territoriali di appartenenza, di superare il senso di maggiore solitudine che, in questo momento di necessario isolamento, ne caratterizza inevitabilmente i percorsi di ricerca; e, soprattutto, per altro verso, restituisce una visione integrata e ad ampio spettro delle questioni giuridiche connesse alle sofferenze che stanno attanagliando l’intero corpo sociale<sup>1</sup>. Visione integrata che appare (oggi a maggior ragione) indispensabile per comprendere appieno quanto in questa fase sia ancor più delicato l’equilibrio tra istanze contrapposte che chiamano in causa l’eterna dialettica tra “autorità” e “libertà”. Dialettica che il penalista cerca di ricondurre nell’alveo dei principi tramandati dalla “Modernità” e consacrati nella Carta fondamentale in funzione limitativa dell’arbitrio punitivo. Dialettica che, più ampiamente, rimanda alle conquiste di civiltà che stanno alla base dello “Stato costituzionale di diritto” e che ne definiscono l’identità assurgendo a limiti assoluti dello stesso esercizio del potere (costituito) di revisione costituzionale.

\* Professore a contratto di Diritto Penale, SSPL – Università degli Studi di Salerno; Dottore di Ricerca in “Sistema Penale Integrato e Processo”, Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: [avvcarmelozzo@virgilio.it](mailto:avvcarmelozzo@virgilio.it). Il presente lavoro è aggiornato al 23 aprile 2020.

<sup>1</sup> Nella dottrina penalistica la necessità di un dialogo interdisciplinare è stata sostenuta (già da tempo) da S. CANESTRARI, *Per un modello “aperto e condiviso” di scienza penalistica*, in *ius17@unibo.it*, 1, 2008, 8-9.

## 2. L'emergenza epidemiologica

Occorre, dunque, far riferimento alla tenuta di un modello assiologico che, nel momento attuale, appare sottoposto a nuove tensioni di carattere emergenziale, peculiari e costitutivamente inedite se confrontate con quelle storicamente manifestatesi nell'esperienza legislativa e giudiziaria repubblicana<sup>2</sup>. E, nel fare ciò, bisogna nondimeno aver cura di non perdere di vista la tragica concretezza dei fatti che si susseguono davanti ai nostri occhi<sup>3</sup>. In tal senso, la forza dolorosamente evocativa delle immagini può più di qualsiasi premessa<sup>4</sup>.

Due, in particolare, sono le scene che rimangono impresse nella mente, indelebili.

Penso, innanzitutto, alla lenta e inesorabile processione dei mezzi militari che attraversano il centro di Bergamo trasportando i feretri delle vittime del CoViD-19 verso i forni crematori di altre città e regioni. Immagine che ci ha uniti tutti in una straziante commozione collettiva e che ci parla di vite spezzate in maniera improvvisa, inattesa. Vite cessate (spesso) nella solitudine della terapia intensiva, senza il conforto di un abbraccio familiare. Storie di distacchi repentini dagli affetti e dalle radici, nel finir della vita e, perfino, dopo la morte. In questo corteo mesto e silenzioso troviamo la rappresentazione cruda e sconvolgente dei beni attinti dalla propagazione del Coronavirus, la conferma drammatica ed estrema dell'istanza/esigenza di tutela generata dalla diffusività del contagio.

La seconda sequenza è, a rigore narrativo, cronologicamente precedente. È la tarda serata di sabato 7 marzo e la (ancora oggi) inspiegabile divulgazione pomeridiana delle nuove misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica previste da un d.p.c.m. non ancora pubblicato<sup>5</sup> provoca la fuga da Milano (istituenda "zona rossa") di una moltitudine di persone, le quali, spaventate dalle incognite di una inaspettata e forzata 'clausura' lontano da casa, cercano di ritornare nelle regioni d'origine. È una massa che si muove affannata e disperata. I volti sono giovani. Ne possiamo intuire le storie personali. Si tratta, in prevalenza, di ragazzi trasferitisi a Milano per ragioni di studio o di formazione. Terrorizzati dalla prospettiva di rimanervi imprigionati per un tempo indefinito in una condizione di precarietà economica, organizzativa o esistenziale, se ne allontanano. Ma, in tal modo, inconsapevolmente (laddove già ammalati senza saperlo), permettono che la mano invisibile del virus si allunghi ulteriormente e in maniera temibile anche sulle regioni meridionali, fino ad allora toccate solo da singoli casi di contagio da ritorno.

Ebbene, ritengo che questi "fuorisede" che hanno deciso di tornare nei "luoghi familiari" quando ancora non era stato pubblicato il d.p.c.m. e, dunque, prima della "chiusura ufficiale" della Lombardia fossero comunque tenuti, anche se asintomatici, ad affrontare – in assolvimento dei "doveri di soli-

<sup>2</sup> Sulle tendenze emergenzialistiche stratificatesi nel sistema penale italiano, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, seconda edizione riveduta ed ampliata, Napoli, 2000.

<sup>3</sup> D'altronde, in generale, la scienza giuridica è sempre chiamata, per suo statuto deontologico, a «parlare [...] dei problemi che il mondo della vita pone ai legislatori», secondo la formula ricostruttiva che, con riferimento alla fondazione e ai compiti della teoria generale del reato, è utilizzata da D. PULITANO, *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, 244.

<sup>4</sup> Questa scelta espositiva, tra l'altro, mi sembra coerente con quell'istanza di maggior dialogo della riflessione scientifica penalistica con il "discorso pubblico" giustamente formulata da C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *Archivio Penale (Rivista Web)*, 1, 2019, (in particolare) 11.

<sup>5</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in questo fascicolo, evidenzia l'anomalia della «"pubblicazione" di un decreto non ancora ufficialmente pubblicato».

darietà sociale” sanciti dall’art. 2 della Costituzione – ogni passaggio necessario per evitare di diventare, al loro rientro, possibili vettori del contagio nei rispettivi territori d’origine (in primo luogo, perciò, astenendosi dall’aver contatti sociali e autosegnalandosi alle autorità competenti così da poter essere sottoposti alle opportune attività di monitoraggio e di eventuale analisi diagnostica).

Ma, al tempo stesso, trovo inquietanti (in quanto antitetiche rispetto al modello di convivenza civile affidatoci dal Costituente<sup>6</sup>) le “narrazioni pubbliche” che li stigmatizzano al pari degli “untori” di manzoniana memoria<sup>7</sup> ascrivendo esclusivamente al loro egoismo l’estensione del CoViD-19 al resto del Paese, quasi a voler occultare o sminuire le responsabilità politiche di chi ha creato «paura e disorientamento, con un misto di improvvisazione e di pressappochismo, sul quale, quando tutto sarà finito, bisognerà riflettere»<sup>8</sup>. Infatti, canoni elementari di razionalità dell’agire istituzionale avrebbero imposto di non far filtrare anticipazioni prima della pubblicazione del decreto in gazzetta ufficiale, per poi avviare in un secondo momento, una volta entrato in vigore il d.p.c.m., tutte le procedure necessarie allo scopo di censire, monitorare da un punto di vista sanitario e, in caso di verificata negatività virologica, autorizzare al ritorno nelle rispettive regioni (opportunamente informate e coinvolte) tutti coloro che, non residenti o domiciliati nelle zone interessate dalle nuove disposizioni di “chiusura”, fossero desiderosi di rientrare nei territori di provenienza.

Probabilmente, però, la gestione dell’emergenza risente di un contesto politico-governativo che si presenta come lo stadio ulteriore e paradossale della trasfigurazione personalistica delle dinamiche della rappresentanza politico-istituzionale<sup>9</sup>. Stadio caratterizzato da una inedita *leadership* personalizzata, non sorretta da un sistema partitico forte, ma, nel contempo, priva della forza politica derivante dall’aver partecipato alla competizione elettorale, e, dunque, bisognosa di una legittimazione popolare postuma, costantemente ricercata attraverso la formulazione di “discorsi istituzionali” unilateralmente indirizzati ai “cittadini-spettatori”. Da ciò una nuova e sorprendente declinazione del “marketing politico”: il continuo ricorso alla «allocuzione televisiva»<sup>10</sup> e “social-mediatica” non costituisce più il mezzo di consolidamento di una *leadership* politico-elettorale pregressa (conseguita “sul campo”, in ragione dei consensi ricevuti dagli elettori), ma serve a “creare” l’identità carismatica di una *leadership* politica nuova ed autonoma, affrancata dalle precedenti, limitate funzioni di semplice garanzia esecutiva dei patti di maggioranza<sup>11</sup> variamente denominati e “colorati”. Come in un *reality*,

<sup>6</sup> Sulla necessità di una costante «frequentazione» collettiva della Costituzione, che «può – e deve – essere postulata come un fattore conformativo permanente per tutti», si sofferma S. STAIANO, *Settant’anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *federalismi.it*, 11, 2018, 2.

<sup>7</sup> Mette in guardia dal pericolo della caccia al capro espiatorio, richiamando, per l’appunto, *I promessi sposi* e *La storia della colonna infame*, G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, ne *Il Sole 24 Ore* (Web), 9 marzo 2020.

<sup>8</sup> Così, A. D’ALOIA, *op. cit.*

<sup>9</sup> Per una limpida analisi evolutiva di tale fenomeno, si rinvia a S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivistaaic.it*, 3, 2017, (in particolare) 15-21.

<sup>10</sup> Si prende qui in prestito l’efficace espressione utilizzata già in precedenza per rappresentare «il tema “produzione del penale” nella democrazia del leader» da G. INSOLERA, *La produzione del “penale”: tra governo e parlamento maggioritario*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2016, 9.

<sup>11</sup> Al riguardo, per una ricostruzione del ruolo inizialmente svolto dall’attuale Presidente del Consiglio sotto il “contratto per il governo del cambiamento”, risulta utile rileggere quanto scritto da G. FLORA, *Il diritto penale del contratto (di governo)*, in *disCrimen*, 1, 2018, 53.

il “palcoscenico televisivo-mediatico” diventa il luogo, immateriale ed extraelettorale, di costruzione e promozione politica dell’immagine del nuovo *leader*.

E così, decisioni monocratiche e rappresentazioni comunicative autocentrate prevalgono sulla discussione parlamentare dei contenuti.

### 3. Il “neoemergenzialismo pandemico”

È di tutta evidenza che questo intreccio perverso di solipsistiche statuizioni extraparlamentari, anticipazioni parziali, annunci “via *social*”, messaggi contraddittori, paure collettive incrociate e incertezze normative, riguardato sotto lo specifico angolo visuale delle sue espressioni penalistiche, si presenta come l’esatto opposto di quel “dialogo democratico-partecipativo” che, secondo il modello costituzionale dello “Stato di diritto” magistralmente scolpito dalla sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale, dovrebbe sempre caratterizzare il rapporto tra Stato e consociati. Ancor di più – viene da dire – in una fase nella quale occorrerebbe la più intensa compenetrazione possibile tra istituzioni e cittadini.

Il richiamo a questa storica pronuncia della Corte costituzionale, vero e proprio manifesto dei principi politico-criminali sanciti dalla Costituzione, consente di focalizzare il problema principale: nell’emergenza Coronavirus stiamo assistendo al formarsi di un (eterogeneo e stratificato) apparato disciplinativo di contrasto, che desta notevoli perplessità in punto di compatibilità con il paradigma costituzionale del *nullum crimen*<sup>12</sup>.

E questo, già a partire dalla “riserva di legge”, che, correttamente intesa nella sua autentica essenza politico-criminale, non può essere ridotta a mero accessorio formale, ma riflette, piuttosto, molteplici e complementari istanze di civiltà costituzionale.

Istanze che hanno la loro “matrice genomica” nell’esigenza di sottrarre l’individuo all’arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario, e che di questa matrice costituiscono le “articolarzioni geniche”, ricche di vitali istruzioni sistematico-operative che si configurano come assiologicamente vincolanti e funzionalmente sinergiche.

Quella *garantistica*, concernente la maggiore “accessibilità conoscitiva” delle norme legislative da parte dei consociati, condizione indispensabile, anche se non sufficiente – in quanto bisognosa di essere integrata da una adeguata qualità redazionale delle fattispecie criminose<sup>13</sup> –, perché gli stessi possano antivedere le conseguenze giuridiche delle loro condotte.

Quella *democratica*, che storicamente si riconnette al pluralismo dialettico del confronto politico garantito dalla conformazione stessa del procedimento legislativo e alla legittimazione popolare piena e diretta della quale è depositario il Parlamento. E qui, invero, giova sottolineare che la pur realistica presa d’atto del patologico svuotamento di tale dialettica a causa di prassi istituzionali deleterie – ba-

<sup>12</sup> Mette in luce la rinnovata attenzione e sensibilità della giurisprudenza costituzionale più recente verso la «*legalità legislativa*», V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 136 ss. E questa “riscoperta” della «*legalità della legge*» – come a breve si dirà – risulta, ai fini del nostro discorso, particolarmente importante e densa di significati.

<sup>13</sup> Al riguardo, per le necessarie precisazioni concettuali in tema di “determinatezza” e “tassatività”, vedi S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 13 ss.

sti pensare, per esempio, al frequente ricorso allo strumento del “voto di fiducia” – non può indurre ad assecondare tali dinamiche involutive, ma deve, piuttosto, sollecitare prese di posizione costituzionalmente forti, tese a rinvigorire il carattere parlamentare della riserva di legge; così come fanno quelle proposte che prendendo spunto dall'incidenza delle norme penali su diritti di rango costituzionale ne postulano, in prospettiva *de iure condendo*, l'approvazione mediante procedure aggravate, tali da imporne la condivisione deliberativa da parte di maggioranze assembleari numericamente e politicamente più ampie di quelle di governo<sup>14</sup>.

Quella “razionalistica”, insita nell'opzione costituzionale per il modello deliberativo democratico-parlamentare, posto che solamente questo circuito decisionale consente, attraverso il dibattito tra le forze parlamentari, la necessaria ponderazione delle scelte di tutela penale, presupposto irrinunciabile perché si possa – ancora e nonostante tutto – aspirare ad una coerente traduzione prasseologica della configurazione deontica del diritto penale quale *extrema ratio*<sup>15</sup>.

E qui viene, dunque, in rilievo il tema della elaborazione (necessariamente) parlamentare delle scelte di tutela. Scelte che sono complesse. Sempre, ma ancor di più nel momento presente.

Il quadro precedentemente tratteggiato alimenta inquietudini e preoccupazioni, prospetta conflitti (tra beni, tra posizioni soggettive, tra territori) già deflagrati o striscianti.

Siamo al cospetto di un rischio del quale si conosce il *genus* (è un rischio epidemiologico correlato ad una certa “famiglia virale”) ma la cui *species* nosologica costituisce una novità, sicché non sono formulabili giudizi predittivi (ad esempio, in merito alla durata dell'epidemia) dotati di sufficiente affidabilità, vista la indisponibilità, allo stato, di modelli nomologici e matematici validati sulla base di pregresse osservazioni empirico-statistiche.

Insomma, la “gestione normativa” di tale rischio richiederebbe attenti ‘bilanciamenti multifattoriali’<sup>16</sup>. E sia la formulazione di tali “bilanciamenti normativi”, sia (di conseguenza) la predisposizione di una articolata, coerente e organica strategia normativa di regolazione e intervento dovrebbero passare attraverso il percorso deliberativo-istituzionale della condivisione politico-parlamentare, declinata almeno nella forma dello scrutinio successivo esercitato dal Parlamento in sede di conversione dei decreti-legge, ove adottati dal Governo in presenza di quei *casus extraordinari di necessità e d'urgenza* che, ex art. 77 Cost., ne rappresentano i presupposti di emanazione.

D'altronde, a ben vedere, in un'ottica di carattere sistematico-penalistico, lo stesso «rilancio» della «legalità legislativa»<sup>17</sup> da parte della Corte costituzionale, da un lato, vale a riequilibrare il travagliato rapporto tra “tipo legale” e “dimensione ermeneutica” restituendo la (costituzionalmente) dovuta priorità (non solo logica, ma) assiologica alla formulazione testuale del precetto<sup>18</sup>. Dall'altro, nel valorizzare il testo legislativo quale espressione di un ‘modo democratico-rappresentativo’ di produzione

<sup>14</sup> Per un quadro completo, si rinvia a G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 maggio 2018.

<sup>15</sup> In proposito, cfr. V. MAIELLO, *Dommatica e politica criminale nelle interpretazioni in tema di riserva di legge: a proposito di un'ipotesi di depenalizzazione «giurisprudenziale»*, in *Archivio Penale*, 15, 1988, (in particolare) 376-378.

<sup>16</sup> Sul punto, cfr., in generale, A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, 1100-1101.

<sup>17</sup> V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici*, cit., 136.

<sup>18</sup> Vedi *ivi*, 140.

delle norme penali, offre un argomento fondamentale a sostegno della doverosa parlamentarizzazione delle scelte di criminalizzazione e, di converso, esclude che atti giuridici estranei ai percorsi democratico-parlamentari costituzionalmente connotativi dell'esercizio della funzione legislativa possano legittimamente assurgere a fonti giuspenalistiche.

Il che, purtroppo, è meno scontato e pacifico di quanto, *prima facie*, potrebbe sembrare. Le ragioni dello "Stato costituzionale di diritto" richiedono, infatti, di essere sostenute e coltivate in maniera assidua. E, in questa direzione, il supporto argomentativo fornito dalle decisioni del "Giudice delle leggi" risulta illuminante e prezioso. Soprattutto quando il "cammino istituzionale" diventa più tormentato.

E invece, – come anticipato – vediamo oggi delinearsi un vero e proprio "formante emergenziale pandemico", nel quale un ruolo centrale è rivestito dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri – fonti secondarie a carattere monocratico sottratte a qualsiasi controllo, preventivo o successivo, da parte degli altri poteri<sup>19</sup>, immancabilmente precedute dalle dichiarazioni alla nazione rese in diretta *facebook* dallo stesso Presidente "decretante"<sup>20</sup> –, ai quali si aggiungono le circolari ministeriali e, con geometrie precettive variabili, le ordinanze regionali. Insomma, ci troviamo dinanzi ad una giungla di regole, che si contraddicono e cambiano di continuo, rendendo arduo se non impossibile orientarsi. E questa patologica sovrapposizione disciplinativa non rimane relegata sul terreno del mero appesantimento burocratico, ma ha significativi addentellati penalistici e "punitivi".

#### 4. Alcune notazioni critiche

In questa sede non è possibile ricostruire in maniera analitica, dettagliata e completa la "panoplia penal-punitiva" prodotta dal "neoemergenzialismo pandemico". Tuttavia, sembra opportuno segnalarne alcuni aspetti critici. Non solo per il loro rilievo odierno, ma anche perché sono sintomatici di una patologia che, se non fermata in tempo, potrebbe cronicizzarsi e incidere in profondità sul tessuto connettivo delle garanzie costituzionali.

Se ripercorriamo velocemente l'accidentato sentiero normativo segnato dall'emergenza, dobbiamo dividerlo in due ideali segmenti.

Il primo ha come punto di partenza il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13). In un'ottica sistemica (riferendoci, cioè, all'insieme delle fonti giuridiche di contrasto alla diffusione del CoViD-19), questa è la (invero, costituzionalmente fragile) base legale sulla quale, in questa prima fase, è stato costruito l'edificio dei d.p.c.m. volti a contenere l'emergenza epidemiologica. Si tratta di una fonte di rango primario che si riferisce ad un ambito territoriale limitato<sup>21</sup>, così come attestato dalla formulazione dell'art. 1 che circoscrive l'area applicativa delle previsioni contenute nel decreto-legge a «comuni o [...] 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

<sup>19</sup> Vedi C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, 83.

<sup>20</sup> Vedi *ivi*, 87, nota 26.

<sup>21</sup> In tal senso, G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *sistemapenale.it*, 16 marzo 2020.

proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus». In breve, il d.l. n. 6/2020 contiene una disciplina che riguarda quei territori inizialmente individuati come “focolai epidemici”. E questo decreto-legge, all'art. 3, co. 4, presidia penalmente le misure di contenimento in esso variamente richiamate, prevedendo la punizione della inosservanza delle stesse ai sensi dell'art. 650 c.p., fatta salva l'ipotesi di configurabilità di un più grave reato. Il richiamo all'art. 650 c.p., a ben vedere, serve (*rectius*, serviva) ad individuare non il paradigma di tipicità criminosa cui ricondurre le ipotesi di inosservanza delle misure antiepidemiche, bensì la cornice sanzionatoria di una nuova e autonoma fattispecie di reato<sup>22</sup>, distinguibile dall'*inosservanza dei provvedimenti dell'autorità* di cui all'art. 650 c.p., in quanto incentrata sulla violazione non, per l'appunto, di *provvedimenti* (ossia di comandi individuali e concreti)<sup>23</sup> ma di “misure normative” (ossia di regole generali e astratte). Se combiniamo le due coordinate normative che abbiamo tracciato (area applicativa territorialmente limitata e introduzione di una nuova e autonoma fattispecie contravvenzionale, precettivamente altra rispetto all'art. 650 c.p.) ne ricaviamo che, fino all'entrata in vigore del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il nostro Paese sarebbe stato attraversato da una sorta di “frattura geopenalistica” corrispondente alla linea di separazione epidemiologica tra “zone-focolaio” (quelle richiamate dall'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) e “zone-non focolaio” (quelle non rientranti nel perimetro di tipizzazione marcato dal citato art. 1). Solo nelle prime i fatti di inosservanza delle misure contenitive dell'epidemia da CoViD-19 sarebbero stati qualificabili come tipici alla stregua della nuova figura criminosa coniata dall'art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020. Mentre nelle altre aree della nazione non avrebbe assunto rilevanza penale la violazione di tali “misure normative”, potendo ivi configurarsi come tipica alla stregua (però) dell'art. 650 c.p. soltanto – nei termini poc'anzi chiariti e al ricorrere dei relativi requisiti strutturali – la inosservanza di “provvedimenti” (lo si ripete, individuali e concreti) legalmente dati dall'autorità per le ragioni contemplate da tale norma codicistica.

E questo, a meno di non voler ritenere che, con buona pace del contenuto minimo ed elementare del principio di legalità, la nuova fattispecie di reato (introdotta dal d.l. n. 6/2020) sia stata ampliata “per trascinarsi territoriale”, dai d.p.c.m. che hanno esteso al resto del Paese le “misure di contenimento”. Una simile soluzione sarebbe assurda. Eppure, sembra che sia data per presupposta, sotto il profilo diacronico, dal già citato d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che costituisce il punto di passaggio al secondo segmento del nostro “percorso normativo-emergenziale”.

Non possiamo, qui, dar conto delle ragioni che conducono a questo nuovo intervento normativo né della peculiare conformazione del “microsistema penal-punitivo”, che si sviluppa seguendo una direttrice (illecito amministrativo-contravvenzione-delitto) di «scalarità della tutela»<sup>24</sup>.

Piuttosto, nella prospettiva (necessariamente più ristretta) della nostra analisi, dobbiamo limitarci a segnalare due significative criticità.

La prima: quest'ultimo decreto-legge, con una formulazione molto discutibile, abroga la esaminata fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 3, co. 4 del d.l. n. 6/2020 e, con una norma transitoria,

<sup>22</sup> In questi termini, tra gli altri, G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il Coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *la legislazione penale*, 20 marzo 2020, 5-6.

<sup>23</sup> Per tale nozione, si rinvia a L.D. CERQUA, *sub Art. 650*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, quinta edizione, Padova, 2008, 1968-1969.

<sup>24</sup> C. CUPPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *sistemapenale.it*, 30 marzo 2020.

contenuta nell'art. 4, co. 8, prevede che le sanzioni amministrative correlate al nuovo illecito punitivo di cui al comma 1 del medesimo art. 4 si applichino anche retroattivamente, cioè ai fatti posti in essere sotto la abrogata fattispecie contravvenzionale, all'uopo richiamando gli artt. 101 e 102 del d.lgs. n. 507/1999. In altri termini, nelle intenzioni del "legislatore governativo", per le pregresse (e depenalizzate) violazioni delle misure di contenimento dovrebbero essere archiviati i tantissimi procedimenti penali già aperti o in via di apertura e, previa trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente, dovrebbero scattare le nuove sanzioni amministrative.

Ora, è senza dubbio comprensibile la preoccupazione sottesa alla prospettazione di un simile meccanismo. Tuttavia, se si aderisce all'impostazione ricostruttiva enucleata in precedenza, l'attivazione di tale "congegno diacronico" non risulterebbe possibile in quelle zone estranee allo spazio applicativo territorialmente delimitato dall'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, poiché in tali aree, nel periodo cui si riferisce la disciplina transitoria dettata dal d.l. n. 19/2020, i fatti di trasgressione (non di "provvedimenti", ma) di "misure normative di contenimento epidemico" non erano inscrivibili nel nuovo schema di tipicità legale introdotto dall'art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020.

Certo, questa è un'ipotesi interpretativa. Appare razionale e plausibile, ma è comunque possibile che venga smentita dalla prassi applicativa. Il punto è, però, un altro: se esaminiamo la questione dal punto di vista dei consociati, già logorati dall'emergenza virale, possiamo davvero ritenere che, in questa fase, l'ordinamento stia garantendo loro (riprendendo la pregnante formula adottata dalla sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale) «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»?

Ma, come detto, può essere utile porre l'accento anche su un'altra questione, che risulta particolarmente preoccupante per ogni giurista costituzionalmente sensibile.

Nel d.l. n. 19/2020 ritroviamo un lemma divenuto d'uso comune, ma che, a fronte della indubbia capacità evocativa, designa una condizione di privazione della libertà personale (e non solo) che, a differenza del TSO, è priva di una disciplina legale che ne definisca l'autorità competente ad imporla, le procedure di adozione, la durata, le modalità e gli strumenti di controllo giurisdizionale. E ciò, nonostante la relativa misura debba essere iscritta a pieno titolo nello spazio categoriale deonticamente sottoposto alle garanzie in materia di libertà personale (volendo soffermarci sulla posizione soggettiva di più alto rilievo che ne è attinta) dettate tanto dalla Costituzione (art. 13) quanto dalla CEDU (art. 5). Si tratta – come intuibile – della "quarantena"<sup>25</sup>.

E il vuoto legislativo non è di poco conto, visto che il suddetto decreto prevede due tipologie di "quarantena", quella *precauzionale* (ex art. 1, comma 2, lett. d) e quella disposta per *persone risultate positive al virus* (ai sensi della successiva lettera e del medesimo comma), la violazione delle quali è punita, rispettivamente, a titolo di illecito amministrativo e di illecito penale, in un vero e proprio crescendo di afflittività.

Ma, sullo sfondo, si staglia, ancor più allarmante, la sagoma di un'altra "quarantena".

Mentre le categorie nazionali richiamano, comunque, evidenti esigenze sanitarie di prevenzione del contagio, posto che sono agganciate a oggettive situazioni di rischio epidemiologico, potenziale (si veda, ad esempio, l'ipotesi in cui un soggetto sia stato a stretto contatto con una persona contagiata)

<sup>25</sup> Vedi G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *sistemapenale.it*, 2 aprile 2020.



o attuale (ove sussista una condizione di positività al virus), l'ordinanza del Presidente della Regione Campania, n. 15 del 13 marzo 2020<sup>26</sup> prevede, all'art. 5, in caso di violazione delle misure regionali di contenimento (si pensi ad uno spostamento che venga ritenuto non riconducibile al novero delle situazioni facoltizzanti menzionate dagli artt. 1, 2 e 3 dell'ordinanza stessa), «l'obbligo immediato per il trasgressore [...] di osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni, con divieto di contatti sociali e [l'obbligo] di rimanere raggiungibile per ogni eventuale attività di sorveglianza».

Insomma, la "quarantena regionale campana" si distingue per la sua connotazione spiccatamente repressiva. Chi si è spostato in maniera considerata non necessaria – e, come intuibile, molteplici possono essere le situazioni concrete di dubbia decifrabilità, tanto più alla luce di talune differenze disciplinative intercorrenti tra previsioni regionali e nazionali – viene sottoposto a "quarantena" anche se è perfettamente sano e non è stato a contatto con persone infette. Le ragioni della prevenzione epidemiologica cedono il passo ad un'istanza chiaramente punitiva, che si esplica indiscriminatamente nei confronti di tutti coloro che tengano un comportamento di trasgressione delle misure regionali. La "quarantena campana" si configura, cioè, come la reazione afflittiva pubblica alla condotta inosservante tenuta dal privato. Ma allora, se così è, siamo di fronte ad una sanzione di natura sostanzialmente penalistica, rientrando in una materia che non è di competenza regionale<sup>27</sup>.

## 5. Conclusioni

In questo caos normativo, diventa perciò indispensabile un ritorno immediato alla centralità del decisore politico parlamentare<sup>28</sup>.

Naturalmente, nessuno teme che la democrazia sia in pericolo a causa di ipotetiche e, invero, inesistenti aspirazioni cesaristiche. Quel che, però, preoccupa di questa nuova tendenza emergenzialistica è il fatto che non involga solo – come è stato in passato – i contenuti normativi inerenti alla "lotta" ad un certo fenomeno (secondo una prassi, ormai endemica, foriera di irrazionalità e simbolismo), ma investa, addirittura, lo stesso modo di produzione del diritto penale. E non è, francamente, ammissibile che, sotto il segno dell'emergenza, il campo penale e "punitivo" divenga terreno di scorribande extralegislative. Oggi si invoca la necessità di contenere l'emergenza epidemiologica; domani si potrebbe invocare, quale presupposto legittimativo di una elusione/sospensione del *nullum crimen*, la necessità di prevenire nuove possibili emergenze epidemiche, e poi, via via, (in maniera sempre più rarefatta) genericamente sanitarie, istituzionali e sociali.

E, in nome di un efficientismo miope e solo apparente, potrebbe legittimarsi la regressione verso forme ancor più rozze e premoderne di creazione della penalità. Forse declinate secondo i moduli ammalianti (e falsamente propizi) del progresso tecnologico.

<sup>26</sup> Per una prima lettura costituzionalistica dell'ordinanza *de qua*, si rinvia all'intervista rilasciata da S. STAIANO al *Quotidiano del Sud*, 18 marzo 2020, 8.

<sup>27</sup> In tal senso, C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di Coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 242.

<sup>28</sup> Cfr., nell'ambito di una riflessione dedicata alla drammatica condizione vissuta dai detenuti in questa fase di emergenza epidemica, V. MAIELLO, *La funzione terapeutico-costituzionale di una clemenza generale nella quarantena dello Stato di diritto*, in *discrimen.it*, 26 marzo 2020.

Non a caso, proprio i distopici scenari processualpenalistici proiettati dal “neoemergenzialismo pandemico” hanno sollecitato preoccupate riflessioni scientifiche in merito ai rischi legati all’instaurarsi di un vero e proprio “processo penale virtuale”<sup>29</sup> carente di quel *contraddittorio tra le parti* (costituzionalmente deputato alla *formazione della prova*) che presenta insopprimibili caratteri di contestualità, immediatezza e “vitalità” dialettica, oggettivamente incompatibili con le paratie telematiche del “processo a distanza”.

È, perciò, evidente che la dematerializzazione del processo penale si pone in contrasto con il modello costituzionale del “giusto processo”, visto che con la “partecipazione da remoto” viene a mancare «quel *clima d’aula* che integra la pre-condizione delle potenzialità performative della contesa dialettica»<sup>30</sup>. Ma non è tutto.

A ben vedere, – collocandoci nell’orizzonte prospettico offertoci dall’adozione di un *approccio penalistico integrato*, ossia fondato sulla messa a fuoco dei nessi di complementarietà assiologica (e non solo logica) intercorrenti tra “diritto penale” e “processo”<sup>31</sup> – la “virtualizzazione” del contraddittorio si rivela insidiosa anche per lo stesso *nullum crimen*. Difatti, una volta intaccato questo «modello di accertamento connotato in senso dilemmatico e disputatorio»<sup>32</sup>, che rappresenta l’essenza del processo accusatorio e che è garanzia di maggiore solidità e affidabilità del “sapere probatorio”, si apre la strada ad un soggettivismo giurisdizionale privo dei “contrappesi epistemologici” fisiologicamente garantiti dal contraddittorio tra le parti. Ed è chiaro che una ricostruzione del fatto storico poco rigorosa o, addirittura, arbitraria rappresenta la comoda porta d’ingresso di pratiche giurisdizionali surrettivamente corrosive della “legalità penale”.

Infatti, la portata garantistica del *nullum crimen* può essere vulnerata dal giudice sia “in punto di qualificazione giuridica” dei fatti scrutinati, vale a dire con operazioni di destrutturazione interpretativa del “tipo legale tassativo” realizzate mediante (ri)costruzioni semantiche disancorate dal testo legislativo (pur retoricamente ossequiato); sia (ancor prima) “per via storico-probatoria”, cioè mediante l’attribuzione del crisma della tipicità a fatti che, in realtà, tipici non sono ma che vengono morfologicamente configurati come tali a causa di ricostruzioni storico-processuali prive del dovuto rigore epistemico. Ebbene, l’antidoto alla manipolazione processuale della realtà (e, dunque, all’applicazione “illegale” delle norme penali a casi che, per come realmente conformati, non sono ad esse riconducibili) è, innanzitutto, la preservazione (della effettività) del contraddittorio. Altrimenti il rischio è che (prima ancora della legge, ma con risultati egualmente deleteri) sia lo stesso fatto storico a divenire «molle cera nelle mani dei giudici»<sup>33</sup>, da ciò potendo derivare una “creatività giurisdizionale” ancor più accentuata, grave e pericolosa di quella a noi già nota<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> In tema, vedi O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Archivio Penale (Rivista Web)*, 1, 2020, 9.

<sup>30</sup> Così, incisivamente, V. MAIELLO, *Smaterializzazione del processo penale e distopia che diventa realtà*, in *discremen.it*, 18 aprile 2020, 2.

<sup>31</sup> Le coordinate scientifiche di questo orientamento vengono tracciate, con riferimento al legame tra “principio di legalità” e “principio del giusto processo”, da V. MAIELLO, *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Critica del Diritto*, 1999, 204-209.

<sup>32</sup> *Ivi*, 207.

<sup>33</sup> La suggestiva metafora è proposta, con riferimento alle pratiche giudiziarie di manipolazione del testo legislativo e alla formazione culturale e professionale che le ispira, da G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, 291.

<sup>34</sup> In argomento, cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione di giustizia*, 4, 2016, 13 ss.

Insomma, anche la smaterializzazione processuale potrebbe contribuire alla riproposizione in chiave contemporanea di dinamiche autoritarie di stampo neoinquisitorio.

Riassumendo: fonti giuspenalistiche di rango sublegislativo; convulse sovrapposizioni normative (di ordine cronologico, gerarchico e territoriale) che comportano parossistiche incertezze giuridico-cognitive riguardanti finanche aspetti minimi ed essenziali del vivere quotidiano considerato nella sua dimensione biologico-sussistenziale; applicazione di misure privative della libertà personale sprovviste della dovuta copertura legale e giurisdizionale; depauperamento dialettico del contraddittorio cui si accompagna, sul piano effettuale, una rimodulazione verticistica delle geometrie processuali con l'innalzamento autocratico di una sempre più lontana e "inafferrabile" signoria ermeneutica del giudice.

Sono tutte manifestazioni incostituzionali di una "premoderna contemporaneità penalistica", che potrebbero essere ciclicamente o, addirittura, stabilmente legittimate dal "discorso istituzionale" mediante l'invocazione o la prospettazione di attuali, incombenti oppure solo possibili, nuove (e non predeterminabili) situazioni di emergenza, strumentalmente associate (per gravità presente o futura, in ottica ricognitiva o prognostica) all'odierno archetipo pandemico-emergenziale del Coronavirus, così da rimarcarne e giustificarne la necessità di contenimento o di prevenzione mediante il ricorso a "misure eccezionali".

Ma questo è un rischio involutivo che non possiamo correre. Metterebbe a repentaglio la nostra stessa civiltà costituzionale. Piuttosto, sarebbe necessario ripartire proprio dalla Costituzione, poiché vi si trovano indicazioni preziose in grado di illuminare la vita della comunità e delle istituzioni anche nel buio della paura e della sofferenza. Rispettarne i principi non è di ostacolo al contenimento dell'epidemia. Al contrario, entro la cornice costituzionale dello "Stato sociale di diritto" possono e devono andare di pari passo istanze di tutela e garanzie, solidarietà sociale e certezza legale. Una rinnovata attenzione politica al rispetto dei principi costituzionali consentirebbe, quindi, di affrontare più efficacemente l'emergenza epidemica senza, però, rimanerne costituzionalmente contagiati, evitando cioè che l'ordinamento conservi "memoria storica" di nuovi e perniciosi precedenti.



## Urne rinviate per il CoViD-19: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute

Gabriele Maestri\*

VOTING POSTPONED BECAUSE OF COVID-19: SOLVING (UNEXPECTED) CONFLICTS BETWEEN RIGHT TO VOTE AND RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: Once the CoViD-19 emergency broke out, the Italian government decided to delay the referendum on the constitutional reform about the number of MPs (scheduled for March 29) and, subsequently, also the regional and municipal elections, scheduled for May. This contribution considers the possible conflicts between right to health and right to vote and evaluates their solutions, also looking at the decisions made in other States about the opportunity to maintain the “rites of democracy” in times of health emergency.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; delaying voting; right to vote; right to health

SOMMARIO: 1. Uno scenario surreale, evitato con decreti di varia natura – 2. Le ragioni di un (ragionevole) rinvio – 3. Elezioni e CoViD-19 in altri ordinamenti – 4. Conclusioni.

### 1. Uno scenario surreale, evitato con decreti di varia natura

**A**mbientazione: «una domenica di sole / una giornata molto bella / un’aria già primaverile», mentre «anche la strada è più pulita / senza schiamazzi e senza suoni». Un elettore o un’elettrice, a dispetto dell’«aria più rassicurante» dei carabinieri in servizio, ammette tra sé: «mi ci vuole un certo sforzo / per presentarmi con coraggio: / c’è un gran silenzio nel mio seggio / un senso d’ordine e di pulizia». Il silenzio è rotto dalle chiacchiere dei componenti del seggio, che fanno passare il tempo, ma hanno poca voglia di parlare; l’ordine e la pulizia hanno un vago sentore di disinfettante e di ipoclorito di sodio (ognuno metta il nome commerciale che vuole). Altra inquadratura: ricevute scheda e matita copiativa, lo stesso soggetto va in cabina «volutamente disinvolto / per non tradire le emozioni». Fatto un segno sul suo segno e ripiegata con cura la scheda, posa tutto sull’urna e, portati via documento e tessera elettorale – invece della matita, giusto per evitare un reato – si congeda in fretta, senza salutare (e neanche abbracciare) nessuno. Dissolvenza finale, mentre una voce canta: «De-mo-cra-zia!».

Non s’inquieti chi legge: non esistono “corti” o scene di film con un soggetto ispirato al brano di Giorgio Gaber *Le elezioni*, sceneggiatura e insieme colonna sonora. Certo, il Signor G e l’autore dei versi

\* Dottore di ricerca in Teoria dello stato e istituzioni politiche comparate e in Scienze politiche – Studi di genere; cultore di Diritto dei partiti italiano e comparato, Università degli Studi Roma Tre. Mail: [gabriele.maestri@uniroma3.it](mailto:gabriele.maestri@uniroma3.it). Il presente lavoro è aggiornato al 27 aprile 2020.

Sandro Luporini (sperando che perdonino per aver osato tanto) non pensavano a situazioni come quella che si sarebbe potuta creare il 29 marzo 2020, col *referendum* sulla revisione costituzionale volta a ridurre il numero dei parlamentari. Neanche loro avrebbero concepito un *setting* di seggi disinfettati e semivuoti: non per protesta o poco interesse, ma per paura da «emergenza ai tempi del Coronavirus» e per poca informazione sul voto.

Lo scenario, comunque, non è divenuto realtà. Il Consiglio dei ministri, visti il d.l. n. 6/2020 e i d.P.C.M. emanati per contrastare, contenere e prevenire il diffondersi del virus CoViD-19, aveva «convenuto di proporre al Presidente della Repubblica la revoca del decreto» con cui si era indetto il *referendum* (comunicato del 5 marzo). Lo stesso giorno era stato emanato il d.P.R. *Revoca del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 2020, concernente indizione del referendum popolare confermativo della legge costituzionale recante: "Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari"*: la decisione era stata presa, visto il d.P.C.M del 4 marzo, su proposta del Presidente del Consiglio, di concerto coi ministri dell'interno e della giustizia. Una circolare della Direzione centrale per i servizi elettorali del Viminale del 6 marzo aveva sospeso «[I]e operazioni connesse al procedimento referendario [...] con effetto immediato, con riserva di successive indicazioni».

Dal 13 marzo si era parlato del ricorso alla decretazione d'urgenza per permettere un rinvio più ampio del *referendum*, ove non fosse stato possibile votare entro il 31 maggio, ultima data disponibile in base alla "finestra temporale" fissata dall'art. 15, comma 2 della legge n. 352/1970; ragioni simili avevano suggerito un differimento anche delle elezioni regionali e amministrative previste per il 17 (e il 31) maggio. Entrambe le ipotesi si sono verificate, pure se con due atti normativi differenti. Circa il *referendum* confermativo, l'art. 81 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, c.d. "decreto Cura Italia") ha disposto una deroga all'art. 15, comma 1 della citata l. n. 352/1970: il termine per indire la consultazione referendaria relativa al taglio dei parlamentari «è fissato in duecentoquaranta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo ha ammesso» (essendo stata comunicata l'ordinanza il 23 gennaio 2020, ci sarebbe tempo fino al 19 settembre per indire il *referendum* confermativo, potendosi questo tenere al più tardi il 22 novembre)<sup>1</sup>.

Il 20 aprile, invece, è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* il decreto-legge n. 26/2020 (*Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020*), firmato dal Presidente del Consiglio, dalla ministra dell'interno e dai ministri per gli affari regionali, della giustizia e dell'economia e delle finanze. Nel 2020 le elezioni comunali e circoscrizionali «si tengono in una domenica compresa tra il 15 settembre e il 15 dicembre 2020» e nella stessa data si voterà nei comuni il cui rinnovo dell'amministrazione non dipende dalla scadenza naturale del mandato (in seguito a decadenza o scioglimento) «se le condizioni che rendono necessarie le elezioni si verificano entro il 27 luglio 2020»; quanto alle regioni a statuto ordinario, si prevede l'allungamento del mandato degli organi elettivi a cinque anni e tre mesi, con le elezioni che si svolgeranno «esclusivamente nei sessanta giorni successivi al termine della nuova scadenza del mandato o nella domenica compresa nei sei

<sup>1</sup> Il 24 aprile la Camera ha approvato definitivamente la legge di conversione del decreto; alla chiusura del contributo si attende la promulgazione e la pubblicazione.

giorni ulteriori». Una disposizione riguarda pure le elezioni suppletive per i seggi legati a collegi uninominali di Camera e Senato «dichiarati vacanti entro il 31 luglio 2020»: il termine per indire il voto «è fissato in duecentoquaranta giorni dalla data della vacanza dichiarata dalla Giunta delle elezioni»<sup>2</sup>. Eventuali consultazioni già indette, infine, «possono essere rinviate di non oltre tre mesi, con lo stesso provvedimento previsto per la relativa indizione», fatta salva la validità delle operazioni già compiute.

## 2. Le ragioni di un (ragionevole) rinvio

Parte della dottrina aveva invocato il rinvio del *referendum* (già alla fine di febbraio)<sup>3</sup> o, *ex post*, l’aveva ritenuto inevitabile<sup>4</sup>. La decisione pare ragionevole: la sospensione di ogni manifestazione, prima nelle zone interessate poi in tutta l’Italia, avrebbe compromesso le forme tradizionali di campagna elettorale (comizi, dibattiti e altre iniziative con pubblico presente); altri problemi avrebbero riguardato le persone trattenute presso il loro domicilio, senza poter raggiungere i propri luoghi di residenza e iscrizione nelle liste elettorali.

In queste situazioni finiscono per confliggere l’art. 32, comma 1 Cost. (nella parte in cui tutela la salute come interesse della collettività) e l’art. 48 Cost., specie il comma 2, relativo alla libertà di voto. Essa riguarda tanto l’atto elettorale “finale” (per cui «la volontà dell’elettore – lo disse Renato Morelli all’Assemblea costituente, il 21 maggio 1947 – deve potersi determinare e manifestare liberamente», sul *quomodo* ma anche sull’*an*, sulla scelta di votare oppure no), quanto la formazione “a monte” del convincimento di chi vota. Ciò non significa solo punire indebite condotte persuasive: il voto «libero» richiede per prima cosa la «corretta prospettazione delle opportunità all’interno delle quali l’avente diritto al voto è invitato a scegliere»<sup>5</sup>. Misure legittime a tutela della salute pubblica possono ledere in concreto la libertà di voto, anche se il loro scopo è tutt’altro.

I commenti si erano poi diffusi sulla legittimità del rinvio, sugli strumenti per disporlo (le stesse forme usate per indire il voto) e sulla possibilità di emanare un decreto-legge ove la gravità della situazione non avesse consentito il voto entro il 31 maggio, come pure il regolare svolgimento delle elezioni regionali e comunali già previste per maggio. Misure restrittive prolungate avrebbero messo a rischio pure quelle campagne, ma già a marzo per le forze politiche chiamate a raccogliere le firme per pre-

<sup>2</sup> La norma sarà di certo applicata. Il 17 marzo 2020 è morta la senatrice Vittoria Francesca Maria Bogo Deleda; nella seduta del Senato del 18 marzo il presidente della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, mediante la presidente del Senato, ha comunicato la vacanza del seggio nel collegio uninominale n. 3 della Regione Sardegna (le elezioni si dovranno dunque indire entro il 13 novembre).

<sup>3</sup> M. VILLONE, *Con l’emergenza sanitaria non si può votare il 29 marzo*, in *il manifesto*, 25 febbraio 2020, 1 e 15.

<sup>4</sup> A. GIGLIOTTI, *Sulla legittimità del rinvio del referendum sulla riduzione dei parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 6 marzo 2020.

<sup>5</sup> F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) (diritto pubblico) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1993, § 17. Di libertà e uguaglianza da assicurare anche nel procedimento elettorale, non solo al momento del voto (anche con riguardo al Codice di buona condotta in materia elettorale della Commissione di Venezia, che ha identificato come condizioni per l’esercizio del voto la libertà di circolazione e soggiorno all’interno del Paese e la libertà di riunione e di associazione a fini politici, nonché – come preconditione per la libera formazione della volontà dell’elettore – il diritto di manifestare in pubblico), ha scritto V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, 3, 2020, 4-5.

sentare liste si sarebbero prospettati seri ostacoli (chi avrebbe firmato ai tavoli, mantenendo pure il metro di distanza da altre persone?).

Il ricorso al decreto-legge appare legittimo, condividendo col d.l. n. 6/2020 il presupposto dei «casi straordinari di necessità e d'urgenza» ex art. 77 Cost (indicati con un certo dettaglio); per inciso, un decreto-legge per consentire il voto in deroga ai termini di legge – non per rinviarlo *sine die* – crea meno problemi di compatibilità costituzionale rispetto a quelli sorti per l'uso ripetuto dei decreti della Presidenza del Consiglio<sup>6</sup>. Tali d.P.C.M, pur adottati in attuazione di espresse disposizioni del d.l. n. 6/2020, traducono previsioni generiche in pesanti limitazioni delle libertà, *in primis* quelle di circolazione e riunione: non c'è spazio per l'intervento del Presidente della Repubblica e del Parlamento (che può solo decidere di non convertire il decreto-legge, con effetti immaginabili), né può attivarsi il giudizio di costituzionalità<sup>7</sup>.

Rare disposizioni su elezioni e *referendum* regolano l'ipotesi in cui “cause di forza maggiore” richiedano di rinviare consultazioni indette, prima che si svolgano. Del d.P.R. n. 570/1960, che normava *in toto* le elezioni comunali prima dell'avvento del *Testo unico sull'ordinamento degli enti locali* (Tuel, d.lgs. n. 267/2000), rileva l'art. 18: se per «sopravvenute cause di forza maggiore» le elezioni non possono tenersi nella data fissata, «il Prefetto può disporre il rinvio con proprio decreto» (comma 3). Il rinvio non può superare i sessanta giorni (comma 4); il Prefetto fissa la nuova data d'intesa col Presidente della Corte d'appello (comma 5).

L'art. 71, comma 11 Tuel richiama tali disposizioni ove muoia un candidato alla carica di sindaco (in quel caso occorre ripartire dalla presentazione delle candidature), ma ciò vale solo per le elezioni nei comuni fino a 15.000 abitanti: in quelli superiori, ex art. 72, comma 6, se un candidato ammesso al ballottaggio ha un impedimento permanente o muore, al suo posto partecipa «il candidato che segue nella graduatoria» e il nuovo voto si tiene «la domenica successiva al decimo giorno dal verificarsi dell'evento». Il mini-rinvio non si ha se l'aspirante sindaco muore prima del primo turno: la sua lista o la sua coalizione sono escluse dalla competizione, anche se hanno ricevuto molti voti (è accaduto, ad esempio, nel 2013 a Sulmona).

Ciò pare suggerire un *favor* per le elezioni, perché si svolgano pure in presenza di eventi come questi, ma ritenuti più gravi nei comuni inferiori; in realtà la norma del 1960 che consente un rinvio (limitato) per cause di forza maggiore si può ancora applicare a tutti i comuni per cause diverse, come le calamità. La propose un d.d.l. presentato nel 1956 dal ministro dell'interno Fernando Tambroni<sup>8</sup>: si voleva che la legge considerasse «particolari situazioni o eventi che, talvolta, rendono impossibile

<sup>6</sup> V. M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020, 3; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020, 12.

<sup>7</sup> Tra i molti interventi recenti, v. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, vii e G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del COVID-19*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1, 2020, 2; C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, 3, 2020, 22 ss. Nota però, per i d.P.C.M. e per i rinvii del voto, che «[s]arebbe arduo anche trovare un avvocato che sollevasse ora un'eccezione in un giudizio incidentale e un giudice *a quo* che, ricevutala, l'accogliesse – o [...] che la sollevasse di ufficio – e rinviasse gli atti alla Corte costituzionale», in S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID-19*, 2020, 5.

<sup>8</sup> A.P., Camera, I legislatura, d.d.l. n. 2033.

l’attuazione delle consultazioni popolari per la data prestabilita», salvando la validità degli atti già compiuti. Il rinvio di comizi elettorali già indetti non è però regolato nelle norme elettorali per Camera e Senato o per il Parlamento europeo, né in quelle cedevoli per le elezioni regionali. Neanche la legge n. 352/1970 prevede ipotesi di rinvio per i *referendum*, ma solo quella (mai verificatasi) di un’altra legge costituzionale non approvata in seconda votazione a maggioranza dei due terzi: il Presidente della Repubblica può ritardare l’indizione del (primo) *referendum* anche di sei mesi perché l’eventuale seconda consultazione possa svolgersi lo stesso giorno, ma è altra cosa dal rinvio di una consultazione già indetta.

Dando peso alle (poche) parole del legislatore, pare che di regola le elezioni debbano tenersi, all’infuori di casi assai gravi che però le disposizioni circoscrivono a singoli territori: il potere di rinvio spetta solo al prefetto e solo per le elezioni comunali. Se si valutano i silenzi dello stesso legislatore, esso non ha indicato come contemperare il diritto al voto ex art. 48 Cost. (coi suoi *standard* di democraticità, come la libertà) e il diritto alla salute come interesse alla collettività (art. 32 Cost.) nelle citate situazioni di conflitto, di certo straordinarie: a memoria di chi scrive, mai si era posta la necessità di rinviare una consultazione su scala nazionale o regionale.

La scelta di far prevalere i riti democratici (con idonee precauzioni) o la difesa della salute (rinviando le elezioni a periodi definiti) appare di natura strettamente politica. Il presidente del Consiglio Giuseppe Conte l’11 marzo ha detto che «l’obiettivo primario è tutelare la salute dei cittadini», pure rispetto ad altri «interessi costituzionali» in gioco, ma quegli “interessi” – tra cui quello al buon funzionamento della democrazia e il diritto di voto – esistono e ne va limitata la compressione il più possibile. Si potrebbe notare che, mentre qui si è ritenuto che la gestione della “macchina del voto” in emergenza su tutto il territorio nazionale fosse impraticabile, le elezioni suppletive per Camera e Senato si erano tenute regolarmente a febbraio e a marzo, anche dopo l’emanazione del d.l. n. 6/2020: si deve altrettanto rilevare che tali campagne elettorali, peraltro blande, si erano svolte in tempi di minor allarme e si è votato in luoghi che in quei giorni non erano sottoposti alle misure più restrittive (non ancora estese a tutta l’Italia).

### 3. Elezioni e CoViD-19 in altri ordinamenti

Uno sguardo comparato riscontra atteggiamenti differenti. Il caso più interessante riguarda la Francia, nella quale si era tenuto il 15 marzo il primo turno di *élections municipales*; il 12 marzo il governo aveva però deciso di chiudere le scuole, il giorno dopo aveva vietato gli assembramenti di oltre cento persone e il 14 marzo aveva deliberato la chiusura di tutti gli esercizi pubblici non indispensabili alla vita del paese. Al di là delle parole del primo ministro Edouard Philippe («Non ci sono ragioni scientifiche per pensare che andare a votare sia più pericoloso di andare a fare la spesa»), il *ministre de l’Intérieur*, sentito il consiglio scientifico, il 9 marzo aveva adottato due circolari, per regolare l’esercizio del voto per procura (suggerito a chi non poteva recarsi ai seggi) e per dare istruzioni su come organizzare le elezioni municipali.

Nel secondo documento si leggeva che il governo adottava ogni misura «per permettere la continuità della vita economica e sociale della Nazione, e favorire la resilienza della comunità nazionale». Si raccomandava il lavaggio delle mani (anche a chi spostava schede e buste) più che l’uso dei guanti, di-

ponendo poi la possibilità di scegliere altri luoghi più adatti per i seggi, l'allestimento di punti per l'igiene senza che si creassero assembramenti, la pulizia delle sezioni e l'adozione di misure perché chi votava mantenesse idonea distanza dalle altre persone o non assumesse condotte rischiose (l'apertura delle cabine, per esempio, doveva essere rivolta verso il muro, per votare in segretezza senza tirare tende, «superfici propizie» per trasmettere il virus), nonché altre istruzioni sui comportamenti da tenere (nel gestire la fila, nello scrutinio o qualora un elettore avesse avuto infezioni respiratorie e non avesse preso precauzioni); gli stessi elettori erano stati invitati a portare con sé le loro penne e le schede recapitate per posta.

Dopo il voto con affluenza inferiore al 45% e il nuovo aggravamento della situazione sanitaria, Philippe aveva dovuto proporre di rinviare il secondo turno, confermando l'esito del primo per i comuni in cui si era già eletta la nuova guida: la soluzione, su cui le forze politiche avevano trovato un accordo, è stata confermata dal presidente Macron. L'*accord unanime* si è tradotto nel Titolo III della *loi n. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*: per il lunghissimo art. 19, il secondo turno si dovrebbe tenere entro il mese di giugno, convocato con decreto del Consiglio dei ministri entro il 27 maggio, purché vi siano le condizioni sanitarie per svolgere le elezioni (anche in base al parere del comitato di scienziati, operante a norma dell'art. L. 3131-19 del codice di sanità pubblica, su cui il governo riferisce al Parlamento entro il 23 maggio). Ove tali condizioni mancassero, il mandato degli organi in scadenza sarebbe prorogato «pour une durée fixée par la loi» e gli elettori sarebbero convocati con decreto «pour les deux tours de scrutin, qui ont lieu dans les trente jours qui précèdent l'achèvement des mandats ainsi prolongés», quindi il risultato del primo turno non sarebbe più valido<sup>9</sup>. Il primo ministro Philippe e il ministro dell'interno Castaner, in un'*ordonnance*<sup>10</sup>, hanno poi dettato ulteriori regole circa il rinvio del secondo turno e il finanziamento ai partiti.

Anche in Germania il 15 marzo si è votato, per molte elezioni municipali in Baviera. Nel Regno Unito, invece, il *Government* il 13 marzo aveva deciso, pure su parere degli esperti medici, di rinviare di un anno gli appuntamenti elettorali previsti a maggio (prendendo idonee iniziative normative nei giorni successivi), ma le misure di prevenzione e contenimento fino ad allora erano state più blande rispetto ad altri paesi: aveva forse pesato sulla scelta di rinviare il voto il fatto che l'intera campagna si sarebbe svolta in un contesto rischioso. Infine in Spagna, dove la situazione era più grave che oltre Manica, il *presidente del gobierno* Pedro Sánchez il 14 marzo ha ritenuto «poco razonable» votare il 5 aprile nella Comunità autonoma basca e in quella galiziana; né la Costituzione, né la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* contemplan però l'ipotesi del rinvio, dovendosi valutare le soluzioni giuridiche più corrette per ottenerlo<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Gli artt. 19-21 statuiscono ulteriormente sull'entrata in carica dei consiglieri già eletti, sulla permanenza di coloro che sarebbero in scadenza, con riguardo a tutti gli enti interessati da rinnovo dei componenti (diretto o indiretto) legato alle stesse elezioni, nonché sull'applicazione di varie altre disposizioni in materia elettorale.

<sup>10</sup> *Ordonnance n. 2020-390 du 1er avril 2020 relative au report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers de la métropole de Lyon de 2020 et à l'établissement de l'aide publique pour 2021.*

<sup>11</sup> Il presidente della *Xunta de Galicia*, Alberto Núñez Feijóo, il 16 marzo ha contattato in videoconferenza i rappresentanti dei vari partiti politici, accordandosi per un rinvio del voto, senza stabilire una nuova data; lo stesso ha fatto nel medesimo giorno (ma con una riunione in presenza) il *lehendakari* (presidente del governo della Comunità autonoma basca) Iñigo Urkullu. In entrambi i casi, alla chiusura di questo contributo, risulta che l'accordo sia stato solo informale, senza essere stato tradotto in alcun atto.

#### 4. Conclusioni

Se ormai si concorda nel dire che la salute è «molto di più di quanto è competenza della professione medica» o di quanto rientri in una sua concezione “normativa”<sup>12</sup>, si potrebbe inserire nel “benessere sociale” che contribuisce allo stato di salute (individuale e collettivo) anche il mantenimento del maggior numero possibile di riti sociali – processi elettorali inclusi – che tengono unita e partecipata una comunità, in una logica di integrazione funzionale<sup>13</sup>. Non sfugge però che svolgere quei riti ha implicazioni sanitarie, da valutare specie in una «società del rischio» come la nostra, in cui s’invoca di continuo il principio di precauzione come metro – reale, ostentato o auspicato – dell’azione dei decisori<sup>14</sup>.

La “voglia di normalità”, che può condurre ai seggi a dispetto delle misure a tutela della salute, può cedere temporaneamente il passo alla precauzione, evitando un numero indefinito di situazioni di potenziale contagio che turberebbe proprio la “voglia di normalità”: ciò vale soprattutto per un rito di particolare importanza come quello elettorale e, se possibile, ancor di più per quello referendario (abrogativo o confermativo di revisione costituzionale), in cui di fatto chi vota non delibera o discute, ma decide in ultima istanza<sup>15</sup>.

Individuare ora un periodo definito in cui poter tornare alle urne in sicurezza (altro concetto, come la salute, inevitabilmente non solo oggettivo) consente di limitare nel tempo il sacrificio del diritto di voto e di prepararne il ripristino con più serenità; lungi dal risolvere tutti i problemi in materia, ne prepara anzi di nuovi, a partire dalla fissazione della data del *referendum* costituzionale. L’opportunità che la decisione sia presa nel modo più condiviso possibile, anche con il comitato promotore, si scontra con il tema dell’accorpamento alle elezioni amministrative e regionali, prospettato dal governo ma rifiutato dai promotori per l’inopportunità di sovrapporre due campagne così diverse, col rischio che il dibattito sul *referendum* costituzionale sia fagocitato dall’*iter* che porta al voto per comuni e Regioni. Gli argomenti tecnici che cercano di rilevare, non senza fondamenti, una prassi contraria all’accorpamento tra elezioni e *referendum* (specie se costituzionali), se non una vera consuetudine costituzionale<sup>16</sup> sono destinati a vedersi opporre soprattutto il tema (concreto e populista) dell’inopportunità di sprecare risorse con un ulteriore allestimento di seggi; la stessa scelta di accorpare o meno il *referendum* alle elezioni è innegabilmente di natura politica, legata a valutazioni sul possibile esito della consultazione, in ordine all’affluenza e al risalto dato alla campagna<sup>17</sup>.

Questo problema, pur relevantissimo, viene in ogni caso dopo rispetto alla condivisibile scelta del rinvio, individuando il periodo per le nuove consultazioni: si è così evitata l’eventualità che (dichiarazioni a parte) il voto fosse davvero rinviato *sine die*, con la sgradevole sensazione che i seggi fossero

<sup>12</sup> V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, vol. 2, tomo I, Milano, 2011, 585 ss.

<sup>13</sup> V. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 (ed. orig. 1928), 88 ss.

<sup>14</sup> V. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto*, vol. 5, Milano, 2010, 13 ss.

<sup>15</sup> Cfr. V. DE SANTIS, *op. cit.*, 7. Sul valore decisivo e sul ruolo dei *referendum* nel nostro ordinamento, cfr. F. PIZOLATO, V. SATTÀ, *Art. 75*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, §§ 2.3 e 2.4; T. GROPPÌ, *Art. 138*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., § 2.2.5.

<sup>16</sup> V. M. PLUTINO, *Esiste un divieto di accorpamento, e in generale di abbinamento, dei referendum costituzionali alle elezioni?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1 (anticip.), 2020, 9 ss.

<sup>17</sup> Riconosce una possibile «torsione nell’uso del referendum utilizzato in chiave confermativa [...] accentuata dall’accorpamento» V. DE SANTIS, *op. cit.*, 15-16.

“chiusi per malattia”; soprattutto, però, ci si è risparmiato l’allestimento dello scenario desolante, surreale e con un sentore di disinfettante con cui si è aperto questo testo, che – chi scrive ne è convinto – avrebbe reso un pessimo servizio a una democrazia che si vorrebbe viva e partecipata.

## L'ombra del *Cigno Nero* sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19

Pasquale Serrao d'Aquino\*

THE BLACK SWAN SHADOW OVER CONTRACTS: REBALANCING THE RELATIONSHIP BETWEEN LANDLORD AND TENANT IN COMMERCIAL RENTAL DUE TO COVID-19 RESTRICTIONS

ABSTRACT: The Black Swan shadow of CoViD-19 looms over contracts, undermining traditional remedies for asset default. The relationship between landlord and tenant is altered by the restrictive measures against the pandemic, however, are required by contract to pay the rent. Specific rules have been introduced for some types of contracts in order to exempt from contractual liability entrepreneurs, but they are not general. The issue of "contingency law" is therefore highly topical: the theme of the revision of the contract and the execution of the contract in good faith and in compliance with the duty of solidarity ex art. 3 of the Constitution necessarily returns.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; lease; rental fee; duty of solidarity

SOMMARIO: 1. La ricerca degli strumenti giuridici per una redistribuzione dei costi della crisi – 2. *Il factum principis* – 3. L'impossibilità di utilizzare la prestazione del locatore – 4. L'impossibilità temporanea di eseguire la prestazione – 5. L'eccessiva onerosità sopravvenuta – 6. La revisione del contratto – 7. La buona fede e il vincolo solidaristico – 8. Conclusioni.

### 1. La ricerca degli strumenti giuridici per una redistribuzione dei costi della crisi

**N**assim Nicholas Taleb ha negato che il CoViD-19 sia il *Cigno Nero*, l'evento imprevedibile che mette in crisi l'economia globale e che gli analisti economici non sono in grado di fronteggiare. Eppure tutti vedono aleggiare la sinistra sagoma di questo uccello raro.

La morsa della crisi economica indotta dalla pandemia inevitabilmente mette alla prova i rimedi tradizionali per l'inadempimento patrimoniale. Nell'immediatezza è la locazione commerciale ad essere finita nel mirino dei giuristi, spinti dalla preoccupazione per le sorti delle imprese commerciali che, costrette alla chiusura forzata dalle misure emergenziali contro la pandemia, sono tenute comunque per contratto al pagamento del canone di locazione.

Le difficoltà del conduttore, tuttavia, sono solo la punta dell'iceberg di squilibri molto più ramificati del sinallagma contrattuale che scuotono quasi tutti i contratti della filiera produttiva e della distribuzione: componenti di prodotti che non arrivano alle imprese, impossibilità o maggiori costi di distribuzione dei prodotti, annullamenti di massa degli ordini; azzeramento della domanda turistica e di trasporti.

\* *Magistrato*. Mail: [p.serrao@csm.it](mailto:p.serrao@csm.it). Il presente lavoro è aggiornato al 17 aprile 2020.

«*Nessuno si salva da solo*» non è solo una preghiera del Pontefice, ripresa presumibilmente dall'omonimo libro di Margaret Mazzantini, orientata alla coesione e alla solidarietà sociale, ma sembra essere una massima sottesa ai diversi tentativi per riequilibrare i rapporti giuridico-economici scossi dalla crisi.

Interventi per alcune tipologie di contratti<sup>1</sup>, sono stati da subito adottati dal legislatore per esonerare da responsabilità contrattuale gli imprenditori impossibilitati a garantire gli impegni già assunti o per liberare dal vincolo contrattuale gli acquirenti che, per effetto delle misure restrittive, risultano impossibilitati a fruire dei servizi acquistati. Torna di forte attualità, pertanto, la tematica del «diritto delle sopravvenienze»<sup>2</sup>.

## 2. Il *factum principis*

Si è tentato di alleggerire la posizione del conduttore affermando che l'ordine o il provvedimento dell'autorità amministrativa di chiusura dell'attività costituirebbe *factum principis*, evento imprevedibile e costituente forza maggiore<sup>3</sup>, che rende impossibile l'esecuzione della sua prestazione (art. 1256 c.c.).

Si tratta, però, solo di una suggestione non utile allo scopo. L'errore non consiste nel qualificare tale evento come *factum principis*, ma nel ritenere che sia il pagamento del canone a divenire impossibile. Le imprese sono esonerate da responsabilità per l'inadempimento delle prestazioni la cui esecuzione è *direttamente* preclusa dalle misure restrittive, come quelle ricollegate alla fornitura di servizi presso l'esercizio chiuso oppure alla consegna di beni che non è possibile distribuire o di prodotti che non possono essere finiti, non essendo arrivati alcuni loro componenti. Tale impossibilità non si estende, invece, al pagamento del canone: secondo l'antico adagio *genus nunquam perit*, tale condizione può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro<sup>4</sup>.

Neppure può sostenersi che la prestazione divenga *soggettivamente* impossibile: è evidente, infatti, che non si può stabilire alcun automatismo tra la chiusura dell'attività e l'adempimento della prestazione pecuniaria per assenza di liquidità, condizione che può essere determinata dalle ragioni più varie.

<sup>1</sup> In particolare, il D.L. n. 9 del 2020, il D.L. n. 11 del 2020 e l'art. 83 del D.L. n. 18 del 2020. Sulla legislazione emergenziale di questo periodo e il suo inquadramento costituzionale e sui problemi interpretativi sollevati già dal decreto-legge n. 11 del 2020, v. G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in *judicium.it* e anche P. SERRAO D'AQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in *federalismi.it*.

<sup>2</sup> F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *www.giustiziacivile.com*; V.M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte di diritto nei contratti*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3, 2014, 567 ss.; P. GALLO, *Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico*, in *Digesto civile*, 2019.

<sup>3</sup> V. Cass., Sez. 3, n. 14915 dell'08 giugno 2018.

<sup>4</sup> Cass. 16-3-1987 n. 2691; Cass. 17-6-1980, n. 3844; Cass. 15-7-1968, n. 2555; nello stesso senso Cass. 30-4-2012, n. 6594; Cass. 15 novembre 2013, n. 25777.

### 3. L'impossibilità di utilizzare la prestazione del locatore

In realtà il conduttore è nella impossibilità, non come debitore di eseguire la propria prestazione, ma come creditore di utilizzare con profitto la prestazione tipica del locatore di messa a disposizione dell'immobile.

L'impresa conduttrice verserebbe in una condizione analoga a quella dell'acquirente del pacchetto turistico che, secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>5</sup>, non potendo fruire utilmente della prestazione alberghiera per circostanze sopravvenute che integrano gravi ragioni personali (es. una malattia o un grave lutto familiare), è legittimato a chiedere la risoluzione del contratto<sup>6</sup>.

La cd. *impossibilità di utilizzazione* della prestazione si verifica, infatti, laddove la prestazione dedotta in contratto sia in astratto ancora eseguibile, ma sia venuta meno, in fatto, la possibilità di perseguire lo scopo essenziale a cui essa è indirizzata, venendo in tal modo meno la sua causa concreta.

Anche sotto tale aspetto, tuttavia, gli interpreti trascurano una differenza significativa: nel caso del consumatore dell'offerta turistica, il contratto si risolve e l'albergatore non esegue più la sua prestazione, ma sopporta il rischio economico di non poter occupare la stanza. Il locatore, invece, continua ad eseguire regolarmente la propria prestazione continuando a mettere a disposizione il bene. L'esonero dal canone del conduttore, in definitiva, renderebbe gratuita o priva di una controprestazione quella regolarmente eseguita dal locatore.

### 4. L'impossibilità temporanea di eseguire la prestazione

Si è sostenuto, ancora, che l'impossibilità potrebbe essere *temporanea o parziale*, come per tutti i contratti a esecuzione continuata e periodica. Con un richiamo sempre all'art. 1256 c.c., si afferma che il conduttore che non voglia, o non possa, recedere dal contratto, avrebbe diritto di ottenere una "corrispondente" sospensione o riduzione del canone di locazione, parametrata al periodo di mancato utilizzo dell'immobile<sup>7</sup>.

La tesi sarebbe avvalorata dall'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020 il quale introduce all'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con la l. 5 marzo 2020, n. 13, il comma 6-*bis*: «[i]l rispetto delle misure di contenimento di cui (al) presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

La disposizione delinea sia l'ambito di rilevanza delle restrizioni sullo sviluppo del rapporto negoziale sia il criterio di accertamento da parte del giudice. Se si tiene conto del fatto che la norma rinvia espressamente agli artt. 1218 e 1223 c.c., deve concludersi che il precetto trova applicazione per le domande di risarcimento, anche quelle fondate su specifiche clausole contrattuali, e non per le domande di adempimento. Inoltre, la norma senza fissare alcun improprio automatismo tra soggezione alle restrizioni ed esonero da responsabilità del debitore, prevede che l'obbligo per quest'ultimo di rispettare le misure di contenimento debba essere oggetto di necessario apprezzamento: in pratica,

<sup>5</sup> Cass., Sez. I, 10 luglio 2018, n. 18047; già Cass. n. 26958/2007.

<sup>6</sup> Studio Chiomenti, *Incidenza del COVID-19 sui contratti*, newalert, in [www.chiomenti.net](http://www.chiomenti.net).

<sup>7</sup> A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com).

il giudice, prima di pronunciarsi sulla domanda, non può esimersi dall'accertare le ricadute concrete del rispetto di tale obbligo sull'andamento economico dell'impresa del conduttore.

Con un ulteriore passaggio logico può affermarsi, anche in difetto di una espressa previsione, che tale norma riguardi indirettamente anche la risoluzione per inadempimento. Se non vi è responsabilità per il mancato pagamento delle mensilità relative al periodo di chiusura, l'inadempimento non può essere considerato *grave* e la domanda di risoluzione ex art. 1453 c.c. non può essere accolta.

Diversa, invece, è la questione della permanenza dell'obbligo di pagamento: altro è non essere tenuti al risarcimento e non considerare come grave il mancato pagamento alla scadenza contrattuale, altro, invece, l'estinzione definitiva di tale obbligo. La chiusura dei locali può giustificare, pertanto, l'inadempimento *temporaneo*, ma non consente affatto al conduttore, ripresa l'attività, di non pagare al locatore il canone anche per i mesi nei quali l'attività ha subito l'interruzione e di opporsi per tale ragione all'eventuale decreto ingiuntivo emesso<sup>8</sup>.

La legislazione emergenziale, con interventi settoriali, è intervenuta anche per regolare la sorte di alcuni contratti che non possono essere eseguiti o per i quali esiste una elevata probabilità di non poter fruire delle prestazioni, portando a confermare che non vi è spazio per l'esonero dal pagamento.

Per i contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo), per le vendite di pacchetti turistici e di viaggi di istruzione, l'art. 28 del D.L. n. 9/2020 prevede che le procedure di rimborso possano concludersi con la restituzione del corrispettivo versato, con l'emissione di un voucher; nel caso di pacchetti turistici, anche con l'offerta al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore. Analoga disposizione è prevista dall'art. 88 del D.L. n. 18/2020 oltre a disporre per i contratti di acquisto di titoli di accesso per «spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura» che, «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione».

Ancora, l'articolo 65 del decreto CuraItalia ha riconosciuto, per l'anno 2020, ad alcuni dei soggetti esercenti attività di impresa «un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1» (i.e. "negozi" e "botteghe").

Anche tale norma consente agevolmente di comprendere che se il legislatore prevede il credito di imposta, ciò presuppone che il canone per il periodo di chiusura resti dovuto<sup>9</sup> proprio in base al citato comma 6-*bis*.

## 5. L'eccessiva onerosità sopravvenuta

Un riferimento più pertinente è quello alla *eccessiva onerosità sopravvenuta* della prestazione: il pagamento di un determinato canone annuale, suddiviso in rate mensili, può divenire eccessivamente oneroso rispetto al valore locativo dell'immobile oppure rispetto al margine di profitto del locatore se, per un determinato periodo, il locale è chiuso.

<sup>8</sup> G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *iuscivile.it*, afferma che venuto meno l'impedimento, il debitore che tardivamente dia corso all'adempimento non incorre in responsabilità da ritardo, dovendosi ritenere la causa che ha dato luogo all'impossibilità non a lui imputabile. Chiarisce che si tratta una sospensione dell'obbligo della prestazione C. M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 537 ss.

<sup>9</sup> Studio Chiomenti, cit.

L’art. 1467 c.c., tuttavia, prevede per i contratti ad esecuzione continuata solo la possibilità di richiedere la risoluzione della prestazione, che l’altra parte può evitare offrendo la riduzione del prezzo. Ci si avvicina, con tale istituto, ad un bilanciamento delle posizioni economiche che può esser opportuno nelle locazioni commerciali. La norma, tuttavia, non consente alcuna sospensione unilaterale del pagamento o richiesta di rettifica delle condizioni del contratto<sup>10</sup>, perché si basa su un meccanismo opposto: il soggetto la cui prestazione è divenuta troppo onerosa (in questo caso il conduttore) può chiedere la risoluzione del contratto e la controparte, per contro, può evitarla offrendo la riduzione del canone<sup>11</sup>.

Nello specifico del contratto di locazione, la chiusura da CoViD-19 può integrare anche i gravi motivi ex art. 27, comma 8, l. n. 392 del 1978 che, pur non coincidenti con gli «eventi straordinari e imprevedibili» di cui all’art. 1467 c.c., giustificano ugualmente il recesso del contratto<sup>12</sup>.

## 6. La revisione del contratto

Ad una analisi attenta i rimedi classici del contratto non consentono, pertanto, di rimediare ai danni economici derivanti dalla chiusura per CoViD-19.

Si è opportunamente richiamata, per trovare una soluzione, la tematica generale del riequilibrio del contratto, ricordando, tuttavia, che l’esistenza di potere-dovere del giudice di revisione del contratto risulta costantemente negato in giurisprudenza<sup>13</sup>.

È nota l’assenza, all’interno del nostro sistema, di norme finalizzate alla “revisione” del rapporto<sup>14</sup>, salva la disciplina di alcuni contratti tipici (es. l’art. 1818 nel contratto di mutuo e l’art. 1664 nel contratto di appalto) la quale, peraltro, non prevede un obbligo di rinegoziare posto in capo alle parti, ma una rideterminazione *ex lege* del contenuto del rapporto contrattuale<sup>15</sup>.

Lo stimolo quanto alla tematica della revisione del contratto<sup>16</sup> è arrivato inizialmente da testi non legislativi come i PICC (*Principles of International Commercial Contracts*), che contemplano la revisione del contratto nei casi di squilibrio originario o sopravvenuto, nonché dai PECL (*Principles of European Contract Law*), sostanzialmente confermati nel *Draft Common Frame of Reference*, che prevedono la revisione in caso di errore e di lesione.

<sup>10</sup> La parte che subisce l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non ha diritto di ottenere l’equa rettifica delle condizioni del negozio e non può pretendere che l’altro contraente accetti l’adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite (Cass. 26 gennaio 2018, n. 2047; Cass. 25 marzo 2009, n. 7225; Cass. 5 gennaio 2000, n. 46), né l’eccessiva onerosità può fondare una mera eccezione per contrastare l’altrui richiesta di adempimento (Cass. n. 20744/2004; Cass. n. 1090/1995).

<sup>11</sup> Si ritiene che il debitore non sia esonerato dall’adempimento, né legittimato a sospendere l’esecuzione della prestazione. (C. M. BIANCA, *Diritto*, V, 387).

<sup>12</sup> N. CRISPINO, F. TRONCONE, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, in *il-caso.it*.

<sup>13</sup> A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit.

<sup>14</sup> M. MATTIONI, *Sul ruolo dell’equità come fonte di diritto nei contratti*, cit., 567 ss.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> P. GALLO, *op. cit.*

Diversi ordinamenti europei hanno introdotto istituti analoghi. La Germania, con la riforma delle obbligazioni del 2002, recependo una elaborazione della giurisprudenza sulla applicazione della buona fede in senso oggettivo (§ 242 BGB), ha specificamente regolato la revisione del contratto nel § 313 del BGB. La Francia, in occasione della riforma del codice civile del 2016, ha espressamente contemplato, modificando l'art. 1195, la sopravvenienza nonché la revisione del contratto. In Spagna, invece, l'istituto della revisione del contratto è stato introdotto da parte della giurisprudenza.

L'anticipazione delle riforme da parte della giurisprudenza di tali Stati dimostrerebbe, secondo la dottrina, che non è necessaria una modifica legislativa per addivenire in Italia allo stesso risultato<sup>17</sup>.

L'ultimo ventennio è stato anche contrassegnato da numerose norme settoriali che consentono, con presupposti, modalità e scopi diversi, il riequilibrio delle posizioni contrattuali: la legge "antitrust" del 10-10-1990, n. 287; il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi, al quale fa riferimento ora l'art. 33, 1 co., cod. consumo; l'abuso di dipendenza economica nel previsto dall'art. 9 legge 18-6-1998, n. 192; la grave iniquità in danno del creditore degli accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento, di cui all'art. 7, d.lgs. 9-10-2002, n. 231, in tema di transazioni commerciali<sup>18</sup>.

Anche l'espansione di tali rimedi, tuttavia, non ha portato la giurisprudenza a rinvenire principi generalizzabili che fondassero un potere del giudice di riequilibrio del contratto.

## 7. La buona fede e il vincolo solidaristico

Più spazio ha avuto, invece, la buona fede<sup>19</sup>, quale clausola generale destinata a trovare applicazione in tutte le fasi della vicenda contrattuale (artt. 1175, 1366, 1375 c.c.)<sup>20</sup>.

Essa dimostra di avere la duttilità necessaria per essere utilizzata per indirizzare il comportamento delle parti in caso di sopravvenienze eccezionali. È noto, tuttavia, che, secondo l'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza<sup>21</sup>, essa costituisce un criterio regolatore, integrativo o interpretativo di obblighi previsti da disposizioni di legge, ma non è in sé fonte di obblighi negoziali nuovi e diversi rispetto a quelli già introdotti dal legislatore<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit.

<sup>18</sup> F. VOLPE, *Contratto giusto*, in *Digesto civile*, Torino, 2007.

<sup>19</sup> Sulla buona fede v. F. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Rivista trimestrale*, 1971, 613 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Rivista di diritto commerciale*, II, 1971, 277; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, 224 ss.; per un orientamento che valorizza la supremazia dei principi costituzionali, P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, 24 ss. V. anche F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa titoli di credito*, 3, 2009, 24.

<sup>20</sup> Tra le altre, SU del 19 dicembre 2007 n. 26724 e n. 26725): «[...] è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale».

<sup>21</sup> «Le clausole generali ... impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione» (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 10, 179). V. anche S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, FP, 1964, I, 1283.

<sup>22</sup> V. Cass., Sez. I, n. 4239 del 03/03/2015.

Imperniato sulla buona fede *in executivis*, è il lodevole tentativo di attribuire al giudice un potere processuale di riequilibrio del contratto: per stare a pronunce più recenti, esso «trarrebbe linfa da un'applicazione del principio di buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ. che regola l'esecuzione dei contratti nell'ottica di un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti contraenti e [...] non si presenterebbe distonica, in relazione all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», trattandosi, si precisa, di limiti compatibili con il ruolo assegnato al giudice dalla Corte costituzionale (sent. n. 248 del 2013, ord. 77 del 2014.)<sup>23</sup>. In particolare, la sentenza n. 248 del 2013 fa riferimento al «precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»<sup>24</sup>.

Si tratta di una questione particolarmente delicata in quanto investe il rapporto tra funzione giudiziaria e discrezionalità politica che costituisce, a mio avviso, il principale ostacolo individuato dalla dottrina alla introduzione o ricognizione di un potere generale del giudice di riequilibrio del contratto<sup>25</sup>.

Alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno dato ampio spazio argomentativo al principio solidaristico in materia contrattuale. Si è affermato, ad esempio che il normale controllo che «l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata. [...] Non può ora non implicare anche un bilanciamento di "valori", [...] accanto al valore costituzionale della "iniziativa economica privata" (sub art. 41) [...] di un concorrente "dovere di solidarietà" nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.). Dal quale la Corte costituzionale ha già, in particolare, desunto "l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie" (cfr. sent. n.19/1994). E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), all'un tempo gli attribuisce una vis normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte» (Cass. 24 settembre 1999, n. 10511).

In realtà la giurisprudenza di legittimità è nella stragrande maggioranza delle decisioni estremamente cauta nel declinare tali principi, relegati solitamente agli *obiter dicta*. Si pensi, ad esempio a quanto affermato per negare l'illiceità della c.d. usura sopravvenuta (Cass. civ. SU del 19 ottobre 2017, n. 24675). Pur ribadendo che il principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo impone un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost.<sup>26</sup>, la Corte di cassazione ha cura di precisare, però, che «[l]a violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti

<sup>23</sup> N. CRISPINO, F. TRONCONE, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, cit.

<sup>24</sup> Non è mancato in dottrina chi ritiene non pertinente o non opportuno il richiamo a norme costituzionali (A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 116; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, 125 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 370 ss.).

<sup>25</sup> Preoccupazioni espresse P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 231, il quale ha evidenziato il rischio che i giudici si sentano legittimati a sindacare in via pregiudiziale la "equità" di qualsiasi pattuizione, auspicando una rapida e rigida *tipizzazione* del concetto di squilibrio, alla quale dovranno provvedere dottrina e giurisprudenza.

<sup>26</sup> V. anche Cass. Sez. 3<sup>a</sup> 30/07/2004, n. 14605; Cass. Sez. 1<sup>a</sup> 06/08/2008, n. 21250; Cass. Sez. U. 25/11/2008, n. 28056; Cass. Sez. 1<sup>a</sup> 22/01/2009, n. 1618; Cass. Sez. 3<sup>a</sup> 10/11/2010, n. 22819.

scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso».

## 8. Conclusioni

Le norme introdotte dal Decreto Cura Italia consentono al conduttore di paralizzare la domanda del locatore di risoluzione o di risarcimento per mancato pagamento del canone durante il periodo di chiusura. È probabile che questo scudo, non automatico, possa essere esteso, in casi particolari, anche per alcune rate immediatamente successive, in presenza di giustificazioni obiettive. Il canone, tuttavia, resta dovuto e non vi è possibilità di autosospensione da parte del conduttore.

Sicuramente opportuna sarebbe l'introduzione di una o più norme specifiche che regolino la distribuzione del danno economico derivante dalla crisi, distribuendolo tra proprietario, conduttore e Stato. Si potrebbe inserire una norma all'interno dell'art. 1467 c.c. la quale disponga che, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta per eventi straordinari e imprevedibili, non rientranti nell'alea normale del contratto, entrambe le parti possano chiedere la riconduzione del rapporto a condizioni di nuovo equilibrio, senza dover agire necessariamente per la risoluzione del contratto, facendo salva, tuttavia, la possibilità di risoluzione, o di recesso della controparte che non intende aderire al nuovo assetto del rapporto, non potendo quest'ultima essere obbligata a sottostare ad una sua diversa regolamentazione economica. Un alleggerimento del carico fiscale costituirebbe un opportuno incentivo alla rinegoziazione, anche temporanea.

A legislazione invariata, i giudici potranno attivare sia nei giudizi di risoluzione sia in quelli di pagamento anche i loro poteri ufficiosi, con lo strumento della proposta conciliativa *ex art. 185-bis c.p.c.*, invitando a suddividere equamente il danno economico connesso alla chiusura dell'attività.

Non manca già ora alla giurisprudenza, operando una sterzata rispetto agli orientamenti attuali, la possibilità di trovare nella buona fede e nei vincoli di solidarietà sociale il fondamento per una inesigibilità, almeno parziale, della richiesta di pagamento del canone, tenuto conto anche delle specifiche condizioni soggettive delle parti. Difficile, però, una volta aperto il Vaso di Pandora, relegare, senza perdere di coerenza, tale uso della discrezionalità del giudicante alla sola fase di emergenza, rinunciando ad applicare i medesimi principi in analoghe condizioni delle parti una volta ritornati alla "normalità". È probabile, in definitiva, che neppure l'ombra del *Cigno Nero* del CoViD-19 porterà a riconoscere in capo al giudice italiano, a legislazione invariata, la titolarità di un potere generale di riequilibrio del rapporto negoziale

## Epidemie, diritti fondamentali e doveri dell'individuo

Ludovica Poli

Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Torino.

Mail: [ludovica.poli@unito.it](mailto:ludovica.poli@unito.it).

«Human rights in modern treaties are conceived of in the context of the state. The very life of the nation may depend, in emergencies, on each individual's effort».

(R. Beddard, *Duties of individuals under international and regional human rights instruments*, in *The International Journal of Human Rights*, 1998, 46)

### 1. Introduzione: epidemie, misure limitative della libertà e diritti umani fondamentali

In occasione dell'epidemia di Ebola – che ha interessato, nel 2014, diversi Stati in particolare dell'Africa occidentale, e che è stata definita dal Consiglio di sicurezza, con la Ris. 2177(2014), una minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale - si è discusso dell'impatto sui diritti fondamentali delle misure adottate dai governi per contenere il contagio, consistite in limiti posti alla libertà di movimento, in forme di *social distancing*, e nell'imposizione di quarantena ed isolamento<sup>1</sup>. Si tratta di restrizioni che, se non basate su principi di necessità e proporzionalità e non accompagnate da misure che consentano

i servizi essenziali, rischiano di costituire un impedimento insormontabile all'accesso alle cure sanitarie, oltre che al godimento di altri diritti umani fondamentali<sup>2</sup>. Non a caso, le misure adottate da alcuni Stati in quel frangente, sono state duramente criticate dalle ONG, che hanno rilevato come esse siano state applicate arbitrariamente e non monitorate in modo adeguato, con la conseguenza che le restrizioni si sono rivelate spesso inefficaci per preservare la salute pubblica e hanno avuto un impatto sproporzionato su persone vulnerabili (come anziani, malati cronici e disabili), impossibilitate ad eludere i divieti<sup>3</sup>.

Certamente la situazione che viviamo in questi giorni in Italia è molto diversa e, anzi, le misure introdotte dal governo paiono strettamente motivate dalla necessità di garantire il buon funzionamento dei servizi sanitari. Non vi è dubbio, però, che i limiti posti alla libertà di circolazione, l'astensione obbligata da alcune attività di lavoro e, soprattutto, la sospensione dei servizi di educazione ed istruzione rappresentino importanti limiti al godimento dei diritti fondamentali di tutti noi.

Se della legittimità delle misure restrittive adottate dal governo italiano non vi è da dubitare, in ragione dell'interesse collettivo che esse perseguono, questa può essere piuttosto un'occasione per riflettere sull'impegno che ci è richiesto, perché i limiti imposti ai nostri diritti e libertà siano davvero efficaci. In queste condizioni è opportuno – e forse consolatorio, per certi versi – ricordare che, nel diritto internazionale, accanto

<sup>1</sup> L.O. GOSTIN, D. LUCEY, A. PHELAN, *The Ebola epidemic a global health emergency*, in *Journal of the American medical association*, 2014, 1095 ss.

<sup>2</sup> M.A. ROTHSTEIN, *From SARS to Ebola: legal and ethical considerations for modern quarantine*, in *Indiana health law*, 2015, 227 ss.; R.E.G. UPSHUR, *Principles for the justification of public health intervention*, in *Canadian Journal of Public Health*, 2002, 101 ss.

<sup>3</sup> Human Rights Watch, *West Africa: respect rights in Ebola response protect health workers, limit quarantines, promote transparency*, 15 settembre 2014, reperibile al link: <https://www.hrw.org/news/2014/09/15/west-africa-respect-rights-ebola-response>.

al riconoscimento dei diritti fondamentali di ogni individuo, esiste una diversa dimensione: quella dei doveri e delle responsabilità che ciascun essere umano ha nei confronti degli altri e della comunità nel suo insieme.

## 2. Doveri e responsabilità verso gli altri individui e la comunità, negli strumenti di tutela dei diritti umani

Nel mondo occidentale, i diritti umani fondamentali vengono generalmente intesi come uno strumento per tutelare l'individuo dagli eccessi dello Stato e per promuovere la tutela di interessi individuali rispetto ai quali lo Stato può intervenire, tanto che si è discusso di come questa prospettiva rischi di produrre un disequilibrio tra diritti e responsabilità individuali, alimentando un approccio fondato su «hyper-individualism, exaggerated absoluteness, and silence with respect to personal, civic, and collective responsibilities»<sup>4</sup>.

Una lettura più attenta, tuttavia, rivela che doveri e responsabilità individuali sono da sempre parte dello *human rights discourse*. D'altro canto, l'analisi dei documenti che ne fanno menzione e della giurisprudenza che ne ha dato applicazione dimostra che, lungi dall'essere in antinomia con i diritti umani, doveri e responsabilità ne esprimono il medesimo spirito e perseguono lo stesso scopo.

Già nel documento che ha inaugurato l'emersione e lo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani, la Dichiarazione universale del 1948, compare un chiaro riferimento ai doveri dell'individuo nei confronti della comunità; l'art. 29 dispone infatti: «[o]gni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è

possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità». È dunque l'appartenenza ad una formazione sociale – entro la quale ciascuno si realizza, attraverso l'esercizio di diritti e libertà fondamentali – a giustificare il riconoscimento di una dimensione di responsabilità verso la collettività.

Il principio di cui all'art. 29 della Dichiarazione universale è poi ripreso letteralmente nella *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*, adottata dall'Assemblea generale nel 1998. In questo documento, i doveri genericamente intesi verso la comunità si accompagnano ad un distinto dovere individuale di promuovere la tutela dei diritti fondamentali. Essi sono poi messi in stretta relazione nei preamboli dei Patti del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici sociali e culturali, ciascuno dei quali statuisce: «the individual, having duties to other individuals, and to the community to which he belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognised in the present Covenant».

Altri documenti internazionali prevedono obblighi nei confronti di ulteriori formazioni sociali.

In particolare, la Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo fa riferimento, all'art. 32, alla famiglia, alla comunità e, persino, all'umanità nel suo insieme. La Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, poi, contiene un dettagliato elenco dei doveri dell'individuo nei confronti della famiglia, della società, dello Stato, delle altre collettività parimenti riconosciute e, finanche, della comunità internazionale. In

<sup>4</sup> A.R. CHAPMAN, *Reintegrating Rights and Responsibilities: Toward a New Human Rights Paradigm*, in K.W. HUNTER, T.C. MACK (Eds.) *International Rights and Responsibility for the Future* 1996, 3, come citato da B.

SAUL, *In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2001, 566.

dottrina, chi ha commentato queste previsioni ha ben evidenziato che esse corrispondono ad un aspetto tipico della cultura africana, in cui «the [...] conception of man is not that of an isolated and abstract individual, but an integral member of a group animated by a spirit of solidarity»<sup>5</sup>.

A differenza del processo di redazione della Carta africana, nell'ambito delle Nazioni Unite l'inserimento di un pur sintetico cenno ai doveri individuali nella Dichiarazione universale (ripreso poi negli altri documenti citati) è stato oggetto di intenso dibattito, nel corso del quale sono state espresse non poche perplessità in merito<sup>6</sup>. Tuttavia, deve riconoscersi che la *ratio* del riferimento ai doveri è la stessa in tutti gli strumenti che ne fanno esplicita menzione: se la piena realizzazione dei diritti dell'individuo può avvenire soltanto nell'ambito di una comunità, è l'appartenenza ad essa ad implicare doveri e responsabilità di ciascuno nei confronti degli altri membri e del gruppo nel suo insieme.

### 3. Rapporto tra diritti e doveri dell'individuo

Che tipo di relazione esiste, però, tra diritti individuali e doveri?

La risposta è certamente agevole se si considera, in particolare, il dovere di rispettare i diritti di altri individui. Il Patto di San Josè, all'art. 32, stabilisce: «[e]very person has responsibilities to his family, his community and mankind. The rights of each person are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of

the general welfare, in a democratic society». Pur rubricata "relazione tra diritti e doveri", la disposizione non chiarisce esplicitamente che tipo di rapporto sussista tra queste due dimensioni. Può tuttavia intendersi, ovviamente, nel senso di riconoscere un limite al godimento di diritti soggettivi, alla luce del generale dovere di preservare i diritti altrui.

Questa è anche la lettura che la Commissione africana ha dato dell'art. 27.2 della Carta di Banjul, ai sensi del quale «i doveri e le libertà di ogni persona si esercitano nel rispetto dell'altrui diritto, della sicurezza collettiva, della morale e dell'interesse comune». In particolare, l'organo ha stabilito che la norma citata rappresenta una clausola di limitazione generale ed identifica le uniche ragioni per cui gli Stati possono porre limiti ai diritti riconosciuti dalla Carta africana<sup>7</sup>. In dottrina è stato evidenziato come la posizione espressa dalla Commissione Africana fughi ogni dubbio rispetto all'essenza dei doveri che non sono «a sinister way of saying rights should be first earned, or that meeting certain obligation is a precondition for enjoying human rights»<sup>8</sup>.

In altri casi, i doveri possono essere funzionali alla definizione dei contorni di un diritto, nella misura in cui contribuiscono ad identificare le azioni lecite, ai sensi di una specifica disposizione.

Già la Convenzione ILO sull'abolizione del lavoro forzato del 1930, all'art. 2.2.d, escludeva dalla definizione delle condotte vietate: «ogni lavoro o servizio richiesto in situazioni di emergenza»,

<sup>5</sup> B. OBINNA OKERE, *The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*, in *Human Rights Quarterly*, 1984, 145; M.W. MUTUA, *The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties*, in *Virginia Journal of International Law.*, 1995, 339 ss.

<sup>6</sup> J.H. KNOX, *Horizontal Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2008, 4-10.

<sup>7</sup> Commissione Africana, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*, Comm. n. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Report 31 ottobre 1998, par. 68.

<sup>8</sup> C. H. HEYNS, M. KILLANDER, *The African Regional Human Rights System*, in C.H. HEYNS, K. STEFISZYN (Eds.), *Human Rights, Peace and Justice in Africa: A Reader*, 2006, 203.

incluse epidemie, «e in genere ogni circostanza che metta – o rischi di mettere – in pericolo la vita e le condizioni normali di esistenza dell'insieme o di una parte della popolazione». Anche la CEDU e la Convenzione interamericana definiscono il lavoro forzato a partire dall'identificazione delle eccezioni e precisano – rispettivamente, all'art. 4.3 e all'art. 6.3 – che non integrano le fattispecie vietate i servizi richiesti in caso di emergenze o calamità che minaccino la vita o il benessere della comunità e «qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici». Nella giurisprudenza CEDU, il riferimento ai servizi richiesti in caso di emergenza si sovrappone sostanzialmente all'utilizzo del concetto di “normali lavori civici”, sulla cui definizione le sentenze offrono alcuni spunti, indicando quali siano le attività che devono essere considerate rientrare nella categoria. Particolarmente significativo, non tanto ai fini di una valutazione tassonomica, quanto per il principio che evidenzia, è il caso *Steindel c. Germania*. Tra gli elementi considerati per escludere che l'obbligo imposto ad un medico di svolgere attività presso il servizio di pronto soccorso costituisca lavoro forzato od obbligatorio, la Corte ha ritenuto fondamentale che questo dovere fosse basato su un concetto di *solidarietà professionale e civile* e fosse finalizzato a scongiurare le emergenze<sup>9</sup>.

Infine, taluni diritti impongono specifici doveri a chi li esercita. L'art. 10 CEDU, infatti, statuisce che l'esercizio delle libertà di espressione, opinione ed informazione, poiché «comporta doveri e responsabilità», può essere sottoposto ai limiti che – ai sensi della tipica formula dei commi secondi degli artt. da 8 a 11 della CEDU – siano

previsti dalla legge e costituiscano misure necessarie, in una società democratica, a garantire gli scopi legittimi esplicitati. È stato detto in dottrina che questa precisazione non aggiunge molto all'operatività del paragrafo secondo dell'art. 10<sup>10</sup>. In effetti, le difficoltà di applicazione di questa disposizione risiedono, piuttosto, nell'interpretazione di concetti come «necessarietà in una società democratica», nella definizione dell'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati o, ancora, nella verifica della proporzionalità della misura restrittiva adottata. Tuttavia, la stessa Corte EDU ha, in alcuni casi, esplicitamente posto l'accento sull'esistenza di doveri e responsabilità dell'individuo nel valutare la legittimità dell'ingerenza statale. In particolare, nel celebre caso relativo al divieto di pubblicare nel Regno Unito il testo *The little red schoolbook*, la Corte ha ben statuito che la portata dei doveri e delle responsabilità previsti dall'art. 10 CEDU per chi esercita il diritto ivi garantito «depends on his situation and the technical means he uses». Inoltre, «[t]he Court cannot overlook such a person's “duties” and “responsibilities” when it enquires [...] whether “restrictions” or “penalties” were conducive to the “protection of morals” which made them “necessary” in a “democratic society”»<sup>11</sup>. Ancora, in un caso relativo alla censura di un film dai contenuti ritenuti blasfemi, la Corte ha ribadito: «whoever exercises the rights and freedoms enshrined in the first paragraph of [Art. 10] undertakes “duties and responsibilities”. Amongst them [...] may legitimately be included an obligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights,

<sup>9</sup> Corte EDU, *Steindel c. Germania*, ricorso n. 29878/07, decisione sull'ammissibilità 14 settembre 2010.

<sup>10</sup> R. BEDDARD *Duties of individuals under international and regional human rights instruments*, in *The International Journal of Human Rights*, 1998, 10.

<sup>11</sup> Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza 7 dicembre 1976, par. 50.

and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs»<sup>12</sup>. Si può dunque ritenere che, allorché derivino dalla titolarità e dall'esercizio di un diritto individuale doveri specifici, essi contribuiscano a giustificare i limiti che lo Stato è legittimato a porre al suo godimento.

Questi tre aspetti rivelano come doveri e responsabilità si pongano, dunque, anzitutto, come limite ad un godimento indiscriminato di diritti e libertà, in ragione di interessi di altri individui e della comunità nel suo insieme.

#### 4. Riflessioni conclusive: due facce della stessa medaglia

Considerare, tuttavia, doveri e responsabilità solo funzionali a disegnare i confini dei diritti dei singoli, non consente di comprenderne pienamente il significato.

Un passaggio della Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'individuo del 1948 suggerisce un'ulteriore riflessione. Nel preambolo della Dichiarazione, i redattori non solo hanno insistito sul legame tra la dimensione morale e quella giuridica delle responsabilità individuali – precisando che «duties of a juridical nature presuppose others of a moral nature which support them in principle and constitute their basis» – hanno soprattutto illustrato il rapporto tra doveri e diritti dei singoli, descrivendo in particolare la centralità degli uni per la piena realizzazione degli altri.

Recita il preambolo: «the fulfillment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all. Rights and duties are interrelated in every social and political activity of man. While rights exalt individual liberty, duties express the dignity of

that liberty». In questa prospettiva, acquista un significato importante il riconoscimento di una dimensione di dovere accanto a quella dei diritti, in strumenti giuridici rivolti agli stati, in cui la previsione di norme che prevedono doveri e responsabilità per i singoli potrebbe porre problemi operativi. Se, tuttavia, si intendono i doveri individuali nei confronti della comunità di appartenenza non solo come un prerequisito al godimento dei diritti da parte degli altri individui, ma soprattutto come espressione degli stessi valori di libertà e dignità umana, allora semplicemente i doveri individuali contribuiscono a completare il senso dei diritti fondamentali.

Da un lato, è la partecipazione – etimologicamente, il *prendere parte* – alla comunità ad essere la *condicio sine qua non* per il concreto esercizio di diritti e libertà, perché solo nella relazione con gli altri, e nell'ambito delle diverse formazioni sociali che nascono nella comunità, ciascun individuo è un uomo o una donna con diritti e libertà. D'altro lato, *l'essere parte* di un gruppo si esplicita nell'assunzione di doveri e responsabilità verso gli altri componenti (o *partecipanti*) e verso il gruppo nel suo insieme. Si tratta, a ben vedere, di due facce della stessa medaglia: «[o]n the other side of right one finds a new world of duty, uninhibited by the state, rich in aspiration, lacking no power, temporal or enduring, possessed by human beings»<sup>13</sup>.

Dunque – in questo momento in cui ci è chiesto un grande spirito di sacrificio – occorre ricordare che siamo di fatto chiamati a rispondere ai nostri doveri e, in questo modo, a dare senso e significato ai nostri diritti ed alle nostre libertà.

(18 marzo 2020)

<sup>12</sup> Corte EDU, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ricorso n. 13470/87, sentenza 20 settembre 1994, par. 49.

<sup>13</sup> J.J. PAUST, *The Other Side of Right: Private Duties under Human Rights Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1992, p. 64



## Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?

**Matteo De Nes**

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Padova.  
Mail: [matteo.denes@unipd.it](mailto:matteo.denes@unipd.it).

L'emergenza sanitaria data dal virus CoViD-19 ha comportato drastiche limitazioni ad alcune fondamentali libertà costituzionalmente protette, con un livello di ampiezza e pervasività mai sperimentato prima nella storia repubblicana.

Misure applicate a porzioni di territorio sempre più ampie fino a coinvolgere l'intera nazione hanno fortemente ristretto la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.) e la libertà di condurre attività economiche (art. 41 Cost.) di milioni di persone.

Certo, ognuna di queste libertà può legittimamente essere sottoposta a restrizioni nel caso in cui lo imponga la preminente necessità di tutelare altri diritti e interessi costituzionali a rischio. Ciò può avvenire con differenti regimi previsti dalle disposizioni della Carta: limitazioni della libertà di circolazione sono possibili nel rispetto di una riserva di legge rinforzata nel contenuto e relativa<sup>1</sup>; le riunioni in luogo pubblico possono essere vietate dall'autorità amministrativa per motivi di sicurezza e incolumità pubblica; anche le libertà economiche, oltre a dover essere orientate all'utilità sociale, possono essere limitate dalla legge. Nessuna di tali restrizioni può però avere carattere indeterminato, dovendo necessariamente essere limitata nel tempo e strettamente giustificata dalla situazione di emergenza.

<sup>1</sup> Corte cost. n. 2/1956; cfr. U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1970.

In caso contrario sarebbe evidente il contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità che devono sorreggere ogni operazione di bilanciamento.

A destare perplessità sotto il profilo costituzionale non sono dunque le misure restrittive in sé considerate, quanto piuttosto le modalità con le quali sono state adottate, con particolare riguardo al rispetto del principio di legalità sostanziale e alla sede in cui diritti e interessi costituzionali sono posti sulla bilancia del potere discrezionale.

Le misure in questione sono contenute in diversi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.), tutti attuativi del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 – prontamente convertito con modificazioni marginali nella l. 5 marzo 2020 n. 13 – che ne rappresenta quindi la base legale. Il decreto-legge prevede nello specifico che può e deve essere applicata ogni proporzionata e adeguata misura di contenimento del virus nei comuni e nelle aree in cui «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» (art. 1, comma 1). La medesima disposizione elenca a titolo indicativo e non esaustivo dettagliate e pervasive limitazioni, poi concretamente attuate mediante i predetti d.p.c.m. Il successivo art. 2 del decreto-legge, con una disposizione generica e dalla portata molto ampia, estende la possibilità di adottare analoghe restrizioni anche fuori dei casi previsti dall'art. 1, comma 1, ossia di fatto potenzialmente a tutto il territorio nazionale, come poi è stato.

È necessario innanzitutto soffermarsi brevemente sulla natura giuridica dei d.p.c.m. i quali, al pari degli altri decreti ministeriali, sono atti formalmente amministrativi ma possono avere un contenuto eterogeneo, ora normativo, ora provvedimentale, ora proprio degli atti amministrativi generali<sup>2</sup>. L'identificazione dell'esatta natura sostanziale dell'atto, non secondaria alla luce del differente regime di tutela, si inserisce nel ben noto dibattito sulla c.d. "fuga dal regolamento" e sull'ammissibilità o meno di atti normativi diversi da quest'ultimo<sup>3</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha delineato due modalità di identificazione degli atti normativi: sul piano formale è lo stesso legislatore che può fornire all'atto tale natura disciplinandone contenuti e modalità di formazione; sul piano sostanziale è necessario verificare la sussistenza dei requisiti di generalità (ossia indeterminabilità a priori e a posteriori dei destinatari), astrattezza (ossia indefinita ripetibilità e applicabilità a casi concreti), innovatività (quale capacità di innovare l'ordinamento giuridico)<sup>4</sup>. Entrambi i canoni ermeneutici vengono utilizzati congiuntamente, con preminenza dei profili sostanziali per evitare che la mera qualificazione giuridica dell'atto possa eludere il riparto costituzionale delle competenze. Del resto il criterio sostanziale è stato più volte valorizzato anche dalla Corte costituzionale proprio per dirimere questioni di competenza tra Stato e regioni in materia di potestà regolamentare<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. F. POLITI, 2001, *Decreto ministeriale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Milano, 2001.

<sup>3</sup> Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 86-88; N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2012, 1209 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5036 e 5035/2016; Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 9/2012.

In ogni caso, ritenendo ammissibili atti normativi "atipici", il loro fondamento deve essere saldamente ancorato a previsioni di legge che ne delineino contenuti e limiti<sup>6</sup>. Ciononostante, negli ultimi anni il frequente ricorso a d.p.c.m. di natura sostanzialmente normativa ha rappresentato una preoccupante elusione delle procedure e delle garanzie proprie delle fonti regolamentari<sup>7</sup>.

Venendo quindi all'analisi dei numerosi d.p.c.m. che si sono susseguiti in materia di Coronavirus, il legislatore di urgenza nel d.l. n. 6/2020 non ne ha espressamente indicato il carattere normativo, statuendo che le misure sono attuate da uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 3, comma 1. Il successivo comma 6, inoltre, disponendo il dimezzamento dei termini del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, parla di «provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo» per stabilirne la provvisoria efficacia ed esecutività. Dal punto di vista strettamente formale, dunque, i d.p.c.m. attuativi sembrano assumere carattere amministrativo-provvedimentale.

Sul piano sostanziale le previsioni dei decreti hanno invece un vero e proprio contenuto normativo, in quanto generali, astratte e innovative. In particolare le misure che hanno limitato fortemente la libertà di circolazione e di riunione nonché le libertà economiche (adottate con i d.p.c.m. dell'8, 9 e 11 marzo 2020) risultano applicabili a una serie indefinita di casi concreti, rivolte a destinatari indeterminabili e innovative, ancorché temporaneamente, dell'ordinamento

<sup>5</sup> Cfr. T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2013, 1027 ss.

<sup>6</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5036 e 5035/2016.

<sup>7</sup> Cfr. V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016.

giuridico. Esse inoltre lasciano un significativo margine interpretativo ai soggetti chiamati a eseguirle (prefetture e forze dell'ordine), soprattutto con riferimento alle deroghe al divieto per motivi lavorativi, di salute e per altre non meglio specificate situazioni di necessità<sup>8</sup>.

Orbene, il carattere formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo di questi d.p.c.m., unito al contesto straordinario ed emergenziale in cui sono stati adottati, consentono di accostarli di fatto alle ordinanze di necessità e urgenza, atti di incerta qualificazione ampiamente dibattuti sia in relazione alle calamità che ai "grandi eventi"<sup>9</sup>.

La natura giuridica di tali ordinanze è infatti discussa e ne sono state fornite diverse ricostruzioni, ora attribuendo loro forza di legge<sup>10</sup>, ora ritenendole atti normativi secondari<sup>11</sup>, ora considerandole provvedimenti formalmente e sostanzialmente amministrativi<sup>12</sup>, ora definendole a carattere normalmente amministrativo ed eccezionalmente normativo<sup>13</sup>. La Corte costituzionale ha optato per la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa, sostenendo che tali atti sia che prescrivano un comportamento puntuale sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, operano «entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»<sup>14</sup>. Essi quindi non possono essere annoverati tra le fonti del diritto in quanto non innovano il diritto oggettivo, potendo derogare ma non abrogare la

legislazione vigente, che si riespande cessata la loro efficacia<sup>15</sup>.

Come noto, il potere di ordinanza gode di un margine di discrezionalità notevole, derogando al principio di legalità-garanzia e potendo fondarsi su disposizioni legislative anche prive di una disciplina puntuale e dettagliata. Potranno al limite essere sindacati sotto il profilo dell'eccesso di potere ricorrendo in particolare al principio di proporzionalità<sup>16</sup>.

Ritenendo dunque assimilabili i d.p.c.m. sul contrasto al Coronavirus agli atti di necessità e urgenza, ci si chiede se essi rispettino i requisiti delineati dalla giurisprudenza costituzionale in materia.

Sul punto la sentenza n. 115/2011 ha fornito un'ampia ricostruzione della problematica, ribadendo diversi orientamenti precedenti e affermando l'imprescindibile necessità che ogni conferimento di poteri amministrativi rispetti il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente un'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge, che si risolverebbe in una totale libertà dell'organo investito della funzione. «Non è sufficiente – si legge nella pronuncia – 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».

<sup>8</sup> Cfr. A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020.

<sup>9</sup> Sulle ordinanze in questione si veda da ultimo E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019.

<sup>10</sup> F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 82-83.

<sup>11</sup> G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 1-2, 2016, 33 ss.

<sup>12</sup> F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 303 ss.

<sup>13</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 56 ss.

<sup>14</sup> Corte cost. n. 4/1977 e n. 284/2006.

<sup>15</sup> V. LOPILATO, *op. cit.*, 123.

<sup>16</sup> Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6951/2018.

Analizzando quindi i decreti in questione, è possibile distinguerli in due gruppi: da un lato quelli del 23 e 25 febbraio e quelli dell'1 e 4 marzo 2020, dall'altro i decreti dell'8, 9 e 11 marzo.

Per quanto concerne il primo gruppo, le relative disposizioni restrittive risultano circoscritte ai primi comuni colpiti dal contagio e con effetti limitati a pochi giorni. A queste si sono aggiunte sospensioni e limitazioni di eventi pubblici, attività scolastiche e altre attività – dapprima in alcune regioni e poi in tutto il territorio nazionale – oltre a disposizioni relative all'isolamento domiciliare e alla quarantena. Tali previsioni ricalcano in buona parte le misure indicate in modo dettagliato dal d.l. n. 6/2020 all'art. 1, comma 2, e ne rappresentano diretta e puntuale attuazione. Sotto questo profilo quindi può considerarsi rispettato il principio di legalità sostanziale. Le disposizioni introdotte a partire dal decreto dell'8 marzo, invece, in particolare nella parte in cui hanno ristretto progressivamente gli spostamenti delle persone confinandole nelle proprie abitazioni salvo limitate eccezioni, si fondano non più sull'art. 1 del d.l. n. 6/2020, che in qualche modo restringeva il raggio di azione delle misure concrete a comuni e aree delimitate, ma sulla generica previsione di cui all'art. 2, ai sensi del quale «le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1».

In questo caso l'esercizio del potere amministrativo risulta alquanto indeterminato sia nel contenuto che nelle modalità. Peraltro tra le misure indicate dall'art. 1, comma 2, del decreto legge rientra il divieto di allontanamento o di accesso ai comuni e alle aree interessate (evidentemente non più attuale dopo il 9 marzo 2020), ma non si

menziona la possibilità di restringere la libertà di movimento di tutte le persone su tutto il territorio fin tanto da costringerle a «evitare» di uscire di casa.

Quest'ultimo, insieme di d.p.c.m., dunque, pone più di una perplessità sull'effettivo rispetto del principio di legalità sostanziale. Peraltro il relativo regime di tutela, alla luce dell'orientamento prevalente sulla natura degli atti di necessità e urgenza, segue quello dei provvedimenti e si dovrà eventualmente ricorrere entro i termini al giudice amministrativo, sollevando se del caso questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni del decreto legge (anche se ciò appare improbabile nelle circostanze attuali).

In considerazione inoltre dell'indeterminatezza e genericità dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, sorgono dubbi anche sull'idoneità delle disposizioni dei d.p.c.m. a integrare il contenuto della norma penale in bianco di cui all'art. 650 c.p. Quest'ultima, sebbene espressamente indicata dal d.l. n. 6/2020 (art. 3, comma 4) quale sanzione penale per la violazione delle misure contenute nei d.p.c.m., richiede infatti che il provvedimento dell'autorità si fondi su una legge, anche diversa da quella incriminatrice, che ne indichi «con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti»<sup>17</sup>.

Volendo trarre qualche breve conclusione, il dato piuttosto allarmante sotto il profilo costituzionale è che un potere discrezionale amplissimo di sospendere fondamentali garanzie costituzionali nei confronti di chiunque si fonda su una norma di legge estremamente generica che non pone alcun vincolo né contenutistico né temporale. Essa si limita a indicare la finalità di prevenire la diffusione dell'epidemia, rimandando all'organo amministrativo ogni valutazione non solo sulle concrete misure da adottare, ma anche

<sup>17</sup> Corte cost. n. 168/1971.

su quando queste non saranno più necessarie. È pur vero infatti che i d.p.c.m. emanati sinora indicano una data di cessazione della loro efficacia – in caso contrario sarebbe evidente la violazione del principio di proporzionalità e la loro conseguente illegittimità per eccesso di potere – ma è altrettanto vero che la base legale non impedisce una loro reiterazione indefinita. Così facendo, il necessario bilanciamento tra il diritto alla salute e altri diritti e interessi costituzionali in una situazione di emergenza è stato rimesso *sine die* a una singola autorità amministrativa, con una delega in bianco il cui incondizionato esercizio potrebbe giungere a lambire pericolosamente la libertà personale e non solo quelle di circolazione, riunione o di iniziativa economica.

Una diversa soluzione, più coerente con l'ordinamento costituzionale<sup>18</sup>, 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. Un ricorso a plurimi decreti-legge sarebbe giustificato dalla situazione straordinaria, consentirebbe decisioni altrettanto rapide e sarebbe presidiato quantomeno dal controllo parlamentare, rispettando in misura maggiore il principio di legalità sostanziale.

(16 marzo 2020)

---

<sup>18</sup> Cfr. F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020, 12.



## Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell’emergenza CoViD-19

**Adele Palma**

*Dottoressa magistrale in Amministrazione e Politiche Pubbliche, Università di Genova e alumna di IANUA, Scuola Superiore dell’Università di Genova.*

Mail: [adelepalma01@gmail.com](mailto:adelepalma01@gmail.com).

L’emergenza legata alla diffusione del CoViD-19 ha reso necessaria l’adozione di diversi decreti governativi (in larghissima maggioranza, DPCM attuativi del Decreto-Legge 23 febbraio 2020, n. 6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COViD-19*) finalizzati al contenimento del contagio da nuovo coronavirus.

Tali provvedimenti hanno gradualmente esteso misure comprimenti la libertà di circolazione individuale, vietando, tra l’altro, gli spostamenti in entrata e in uscita dal territorio nazionale ed anche ogni forma di assembramento in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

La situazione emergenziale in atto ha richiesto un’opera di bilanciamento tra due diritti costituzionalmente tutelati: da un lato, la già menzionata libertà di circolazione, e dall’altro, la tutela della salute pubblica (ex art. 32 Cost.), entrambi analogamente significativi. Come, difatti, sottolineato dalla Corte costituzionale<sup>1</sup>, «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 [...]. 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».

Il Governo italiano, ritenendo in tal caso prevalente la tutela della salute pubblica, ha adottato una decisione condivisibile: infatti, il diritto alla salute, unico tra i diritti costituzionali ad essere espressamente qualificato come “fondamentale”, è riconosciuto in dottrina quale principale diritto sociale della Costituzione repubblicana, poiché di presupposto per il pieno e libero esercizio di ogni altra libertà. Esso presenta una dimensione individuale, delineabile come diritto all’integrità psico-fisica del soggetto, ed una dimensione collettiva, che consente l’apposizione di vincoli alle scelte individuali considerate potenzialmente inidonee alla salvaguardia della salute come bene comune indivisibile.

I provvedimenti governativi in oggetto mirano proprio alla tutela della salute collettiva, congiuntamente alla protezione della salute individuale, non essendo concepibile un’irragionevole limitazione della libertà personale finalizzata a produrre benefici al resto della popolazione e non anche all’individuo.

Si può dubitare della legittimità degli strumenti normativi impiegati per fronteggiare tale emergenza, interrogandosi sul rapporto tra i DPCM e la riserva di legge in materia di libertà di circolazione (ex art. 16 Cost.), in virtù della quale sarebbe apparso più opportuno adottare *solo* Decreti-Legge; si può altresì constatare la genericità – al limite dell’ambiguità – del loro impianto contenutistico.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, non occorre manifestare eccessiva preoccupazione per la tenuta dello Stato costituzionale di diritto: il Presidente della Repubblica, in occasione di un videomesaggio rivolto alla Nazione, ha espresso la propria approvazione e sostegno nei confronti degli strumenti governativi impiegati, e il c.d. “modello

<sup>1</sup> Corte costituzionale, sentenza 9 maggio 2013, n. 85.

Italia” è considerato esemplare e lodato dalla comunità internazionale.

Occorre altresì constatare che l’attività parlamentare appare ancora rilevante, avendo le forze politiche di maggioranza e opposizione approvato *all’unanimità* (con 332 voti favorevoli e 1 astenuto alla Camera, e 221 voti favorevoli e nessun contrario al Senato) la proposta di risoluzione del Governo che autorizza un incremento degli stanziamenti fino a 25 miliardi di euro per fronteggiare l’emergenza sanitaria.

In riferimento all’eccezionale contesto storico attuale, parte della dottrina costituzionalistica potrebbe paventare la c.d. “paura del tiranno”, espressione adoperata dal professor Gladio Gemma, costituita dal «timore secondo cui una soluzione istituzionale [come quella operata dal Governo Conte II, N.d.A.] possa provocare conseguenze gravemente sfavorevoli al godimento dei diritti di libertà e, al limite, alla stessa esistenza di un regime liberaldemocratico [...]. Si tratta del timore che l’adozione di certe misure o normative possa trasfigurare il regime liberaldemocratico e trasformarlo in un sistema costituzionale più o meno autoritario o, peggio, totalitario [...]. Dinanzi a norme ed a misure limitatrici di diritti di libertà per motivi di pubblico interesse non si deve nutrire una diffidenza aprioristica, bensì si deve avere una propensione favorevole [...]. La “paura del tiranno” è altro ed è irrazionale. Essa si fonda su una fallace equiparazione di pericolosità di potestà pubbliche in regimi autocratici e liberaldemocratici, laddove i rischi dell’esercizio di queste hanno un’intensità ben diversa»<sup>2</sup>.

Condividendo le parole del professore, tali decreti appaiono apprezzabili, sia perché la situazione emergenziale in atto è del tutto inedita e

implica l’adozione di misure eccezionali, sia perché essi risultano circoscritti in un arco temporale ben definito.

Durante le varie conferenze stampa rese nelle ultime settimane, il Presidente del Consiglio (così come il Presidente della Repubblica in occasione del suesposto videomessaggio) ha ripetutamente invitato i cittadini a rispettare le prescrizioni governative (indipendentemente dalla possibilità di essere penalmente perseguibili in caso di inosservanza delle stesse) e ad essere responsabili, ben conscio del sacrificio richiesto ad ogni consociato.

L’emergenza sanitaria non ha messo in luce soltanto la rilevanza della libertà di circolazione e della tutela della salute pubblica, ma anche la crucialità dell’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, economica e politica di cui all’art. 2 Cost, più volte richiamati dal Presidente del Consiglio e dal Presidente della Repubblica. Solidarietà da intendersi (ed esprimersi) biunivocamente tra istanze del singolo e bene collettivo.

Il tenore letterale del suddetto disposto costituzionale, che disciplina sia i diritti inviolabili dell’uomo sia i doveri inderogabili di solidarietà, trae origine dall’intimo convincimento dei Costituenti secondo cui la condotta umana deve informarsi a principi di libertà e responsabilità contemporaneamente.

L’art. 2 Cost. attribuisce analogo rilievo ai diritti e ai doveri, proprio perché la pacifica convivenza tra consociati – e, di conseguenza, la tutela dei diritti fondamentali, quale il diritto alla salute in questo specifico caso – non sarebbe possibile senza il contestuale adempimento dei doveri di solidarietà.

<sup>2</sup> G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica* in *Rivista AIC*, 2, 2017, 11 e 15.

In tal senso, i Costituenti hanno dedicato la Parte I della Costituzione ai diritti e ai doveri, proprio per valorizzare l’idea che essi vivano uno in funzione dell’altro.

A ben guardare, la diffidenza nei confronti dei doveri appare una condotta umanamente comprensibile, poiché essi, appartenendo alla categoria delle situazioni giuridiche soggettive di *svantaggio* (e contrapposti, in ambito civilistico, al diritto soggettivo assoluto; in termini analoghi al rapporto tra obbligo e diritto soggettivo relativo), si dimostrano sovente mal tollerati. Infatti, si rivela tipicamente più semplice esercitare un diritto, che amplia la libertà di agire dell’individuo, rispetto all’adempiere un dovere, che invece ne riduce l’autonomia decisionale, seppur in maniera ragionevole.

Pertanto, sovente i doveri sono oggetto di discredito, contestazione o inosservanza, nonostante essi, in primo luogo, appartengano a pieno titolo all’ordinamento costituzionale italiano e, in quanto tali, meritano maggiori attenzioni e approfondimenti; in secondo luogo, non è il loro semplice adempimento a rappresentare una minaccia per la tenuta della democrazia, quanto piuttosto la loro eventuale irragionevole prevaricazione sui diritti fondamentali, come d’altronde verificatosi durante il regime fascista. Infatti, «così come non è possibile delineare aprioristicamente una gerarchia tra i diritti, analogamente non si può in anticipo stabilire la prevalenza di un diritto su un dovere (e viceversa), poiché nell’ordinamento costituzionale anche i doveri vivono un rapporto di reciproca integrazione con i diritti: occorre sempre effettuare un’opera di bilanciamento, valutando il singolo caso oggetto d’esame»<sup>3</sup>.

I diversi casi di cittadini contravventori delle prescrizioni governative hanno messo in luce un

aspetto socio-relazionale della comunità italiana: si percepisce, infatti, l’instaurazione di un profondo squilibrio tra la responsabilità (che implica l’adempimento dei doveri) e la libertà individuale, fortemente a favore di quest’ultima.

Se nel 1990 Norberto Bobbio discuteva dell’“età dei diritti”<sup>4</sup>, la società odierna si caratterizza, piuttosto, per una iperestensione degli stessi.

Si tende erroneamente a ritenere che un’ingente espansione dei diritti individuali sia sinonimo di una positiva espansione della democrazia, ma in realtà occorrerebbe piuttosto garantire l’effettività dei diritti fondamentali presenti nella Costituzione.

Infatti, l’ampliamento del catalogo dei diritti fondamentali potrebbe compromettere la loro stessa portata e ridurne drasticamente il valore, con la diretta conseguenza che se, *ad absurdum*, sempre più diritti venissero riconosciuti come fondamentali, allora cesserebbero di essere tali. L’aggettivo “fondamentale”, attribuito a un determinato diritto, evoca l’idea che questi costituisca appunto le fondamenta dell’ordinamento repubblicano e della democrazia in cui esso è inserito: ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero (*ex art. 21 Cost.*), la libertà di associazione (*ex art. 18 Cost.*) oppure l’inviolabilità della libertà personale (*ex art. 13 Cost.*) rappresentano tre diritti fondamentali, la cui impossibilità di esercizio condurrebbe a uno stato autoritario, come d’altronde si ravvisava nel regime fascista.

L’eccessiva rivendicazione di diritti (definita anche “dirittismo” dal giurista e giornalista Alessandro Barbano), in nome di una libertà individuale, in realtà non attiene affatto alla libertà: infatti, se «per il liberalismo il contenuto della libertà è

<sup>3</sup> Corte costituzionale, sentenza 16 ottobre 2014, n. 235.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990.

nel limite, per il dirittismo nel superamento del limite»<sup>5</sup>.

Si tratta di una tendenza pericolosa, perché, come spiega il professor Possenti, «per vivere insieme occorre un legame unificante che non può essere solo la libertà [...]. Alla metà del XX secolo si pensò di trovare nella Dichiarazione universale dei diritti umani una nuova base fondamentale di legittimità [...]. Fu un vero passo avanti, seppur insufficiente, poiché una dichiarazione di diritti non può bastare a creare quell'ethos morale e civico condiviso che appare così necessario»<sup>6</sup>.

La coscienza sociale si è dimostrata molto più sensibile e attenta nei confronti delle violazioni dei diritti umani rispetto al passato; la stessa Costituzione disciplina in larghissima parte i diritti degli individui. La logica sottostante a tale impostazione appare ben comprensibile e ragionevole: la Costituzione italiana è stata ideata a seguito della caduta del regime fascista, in cui i diritti individuali vennero annientati e non sussisteva alcuna forma di democrazia né tutela delle libertà (si pensi a quella sindacale o di manifestazione del pensiero).

Dunque, non stupisce che i Costituenti abbiano deciso di porre al centro dell'ordinamento repubblicano la persona e i suoi diritti fondamentali, senza discriminazioni di alcun tipo: il principio personalista orienta l'intero edificio costituzionale e il fine ultimo della Repubblica è garantire il pieno sviluppo della personalità umana.

<sup>5</sup> A. BARBANO, *Troppi diritti. L'Italia tradita dalla libertà*, Milano, 2018, 111.

<sup>6</sup> V. POSSENTI, *Diritti umani. L'età delle pretese*, Soveria Mannelli (CZ), 153.

<sup>7</sup> F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi – Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, Torino, 2006, 3: «[o]ccorre, infatti, sottolineare come la dottrina giuspubblicistica – salvo rare eccezioni – abbia per lungo tempo sottovalutato i precisi riferimenti

Tuttavia, la Costituzione non disciplina esclusivamente i diritti, ma anche i doveri individuali, seppur in misura minore.

Lo studio dei doveri costituzionali appare scarsamente trattato dalla dottrina<sup>7</sup> per due ragioni: *in primis*, la Costituzione verte maggiormente sui diritti individuali e, di conseguenza, la dottrina costituzionalistica tendenzialmente indaga su di essi, rispetto al minor spazio riservato ai doveri; *in secundis*, si preferisce trattare dell'essere umano e dei suoi diritti, essendo l'ordinamento costituzionale fondato sul principio personalista. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, proprio in occasione della situazione emergenziale in atto occorre focalizzarsi sui doveri costituzionali e, in particolare, sul dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi di cui all'art. 54 Cost.: infatti, come riferì l'on. Caristia in seno all'Assemblea Costituente nella seduta del 19 maggio 1947, «la Repubblica vivrà, e vivrà a lungo, se sarà in grado di sviluppare e convogliare le forze di coesione e se saprà difendersi, sempre nell'orbita della legalità, contro i nemici palesi e segreti [...]. Mi sembra inutile insistere sulla straordinaria importanza dell'obbligo di fedeltà [...] e credo di non esagerare affermando che questo è il dovere principale, il primo dovere di ogni cittadino, dovere, più che legale, morale, cui niuno può sottrarsi».

Per tale ragione, in un momento storico in cui il Paese si trova in drammatica difficoltà, appare

all'ispirazione solidarista contenuti nella Costituzione repubblicana». Si veda altresì G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, nel volume sopra menzionato, 365: «[è] un dato incontestabile che in dottrina è stata dedicata un'attenzione assai più estesa ai diritti che ai doveri (basti confrontare lo scarso numero di monografie sui doveri costituzionali con la più alta cifra di opere monografiche sui diritti) e che, nella giurisprudenza della Corte, le norme costituzionali sui doveri – a differenza di quelle relative ai diritti – hanno avuto un impatto insignificante».

cruciale che ogni cittadino aderisca interiormente ai valori propri della Nazione e della Costituzione coltivando, unitamente agli altri

consociati, una comune etica dei doveri, giuridicamente imposti e non.

(21 marzo 2020)

*Forum*





## La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica

**Marta Tomasi**

*Dottoressa di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei; collaboratrice di ricerca, Libera Università di Bolzano.*

*Mail: [marta.tomasi@unibz.it](mailto:marta.tomasi@unibz.it).*

### 1. Il diritto tra i tempi della conoscenza e i tempi dell'azione

Viviamo un periodo di crisi. Un tempo connotato, nella lingua italiana, in senso fortemente negativo. In questo caso, ancor più che in altri, però, non è solo un consolatorio esercizio di ottimismo il richiamo all'etimologia della parola crisi, alla sua connessione con attività di giudizio, discernimento e scelta.

Questo lungo momento, del quale non distinguiamo ancora nettamente i confini di tempo, ci ha richiesto (o imposto) una trasformazione, un mutamento delle forme del nostro essere e del nostro vivere. In un primo momento, il timore e la paura hanno agito come motori della cooperazione (anche se non necessariamente del consenso), determinandoci a familiarizzare con i concetti di eccezione, deroga, sospensione, applicati di frequente anche ai nostri diritti.

Adesso, pur trovandoci ancora immersi nell'incertezza, possiamo riconoscere, almeno, che l'imprevedibilità dell'emergenza contingente è superata e che la tendenza dei dati relativi ai contagi appare mutata. Essendosi quindi progressivamente corrosi i presupposti costitutivi dello stato di necessità che ci ha imposto di modificare tante regole – non solo (ma anche)

giuridiche – del nostro vivere sociale, è venuto il tempo di attingere alla possibilità di scelta che deriva dai cambiamenti e di muoversi per ricostruire una normalità o, meglio, una nuova forma di regolarità.

Il vettore principale che oggi promette di trarci fuori del guado è quello della responsabilità di ciascuno, declinata nelle forme della solidarietà. Nell'attesa che si rendano concrete le promesse istituzionali mirate alla ripartenza, l'alternativa a un isolamento che si risolve nello spazio individuale è rappresentata da una vita sociale nella quale è ristretto il margine per atteggiamenti improntati all'individualismo. Una regola, quella della solidarietà, cui ogni nostro gesto quotidiano, più di sempre, deve essere rivolto.

Una delle angolazioni più significative del concetto di solidarietà si può apprezzare scegliendo come punto di osservazione il campo della scienza medica e della ricerca, dove la valorizzazione di questo principio, a diversi livelli, può costituire una componente fondamentale nel cambio di passo che pare necessario.

### 2. La solidarietà nella scienza medica e nella ricerca

La solidarietà, infatti, potrebbe rappresentare la chiave di volta per superare due impedimenti che affliggono il mondo della ricerca contemporanea: quello degli spazi e quello del tempo.

In un mondo che è diventato sempre più strettamente interconnesso, le epidemie di malattie infettive, che non conoscono confini, mettono in luce l'inadeguatezza dei sistemi localizzati di gestione delle stesse e, ancor più, l'importanza del coordinamento delle politiche di contrasto. Nonostante anche questa crisi, come altre, sia stata principalmente affrontata a livello nazionale, la dimensione sovraordinata delle questioni ad essa correlate si è imposta con forza, determinando richiami all'esigenza di forme di azione

collettiva o, almeno, coordinata. Secondo l'OCSE<sup>1</sup> tali strategie congiunte sarebbero indispensabili per garantire l'efficacia degli sforzi normativi compiuti e comporterebbero un'ampia gamma di approcci: dalla raccolta e condivisione di dati a livello internazionale, che devono costituire il fondamento utile a informare la costruzione delle norme di emergenza, fino ai tentativi di allineamento di tali soluzioni normative e di costruzione di processi di riconoscimento reciproco volti ad accelerare le decisioni amministrative.

Anche l'Unione europea, nel delineare una *roadmap* per allentare le misure di confinamento, ha identificato nella solidarietà tra gli Stati membri un fattore chiave di successo in questa fase. La Commissione e il Consiglio, nel documento congiunto, rilevano le differenze fattuali fra i sistemi sanitari ed evidenziano l'esigenza di mettere in condivisione il patrimonio di conoscenze esistenti e di favorire l'assistenza reciproca, nell'immediatezza della crisi sanitaria e, in futuro, per far fronte alle conseguenze che essa produrrà sulle economie dei singoli ordinamenti<sup>2</sup>.

Per fare un esempio, questi auspici, dopo alcuni deprecabili esempi iniziali di quello che è stato

definito come "nazionalismo medico"<sup>3</sup>, hanno trovato qualche forma di concretizzazione, in ambito clinico, nell'adozione, da parte della Commissione europea, di una *Guidance on EU Emergency Assistance on Cross-Border Cooperation in Healthcare*<sup>4</sup>, che si pone lo scopo di facilitare la cooperazione fra gli Stati membri nell'assistenza ai pazienti, offrendo posti letto ospedalieri e professionisti della sanità, in modo da alleggerire le strutture sanitarie maggiormente caricate dall'emergenza, per evitare il collasso di alcuni servizi sanitari nazionali.

Ancora più significativo, forse, è l'ambito della ricerca, dove l'innovazione e la tecnologia sono, più che mai, chiamate a fare la differenza, trasladando ogni discorso in una dimensione che travalica i confini dei singoli laboratori, ma anche delle singole nazioni. In tale settore l'epidemia in corso ha convogliato gli interessi e le azioni del mondo scientifico su una scala e con modalità che non hanno precedenti, talvolta stravolgendo prassi consolidate, talaltra rafforzando e velocizzando processi di mutamento già in corso.

In via generale, gli avanzamenti della ricerca a livello globale sempre più di frequente beneficiano della "scienza aperta" e dalle pratiche di "open data"<sup>5</sup>. Nell'attuale crisi, la comunità

<sup>1</sup> Organization for Economic Co-operation and Development, *Regulatory Quality and COVID-19: Managing the Risks and Supporting the Recovery*, Note by the Secretariat in consultation with the Chairs and the Bureaus of the Regulatory Policy Committee and the Network of Economic Regulators, 29 aprile 2020, 3, online: <https://bit.ly/3d111SR>.

<sup>2</sup> European Commission, European Council, *Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures*, Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures, 2020/C 126/01, 17 aprile 2020, 6, online: <https://bit.ly/3d2j4rB>.

<sup>3</sup> Il riferimento è ai provvedimenti che, in alcuni ordinamenti, hanno bloccato le esportazioni di presidi medici fondamentali nella lotta all'epidemia. In risposta a tali comportamenti la Commissione europea ha

pubblicato una comunicazione che richiama l'importanza che tali beni siano messi nella disponibilità di chi è stato più colpito dalla crisi. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*, COM(2020) 112 final, 13 marzo 2020, 4, online: <https://bit.ly/36uq2DC>.

<sup>4</sup> European Commission, *Guidance on EU Emergency Assistance on Cross-Border Cooperation in Healthcare*, C(2020) 2153 final, 3 aprile 2020, online: <https://bit.ly/2LTeWyr>.

<sup>5</sup> Per una prospettiva su tali questioni, R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, in questo fascicolo della Rivista.

scientifico ha spontaneamente rafforzato e valorizzato tali meccanismi di “apertura”: gli archivi *online* mettono a disposizione gli studi con mesi di anticipo rispetto alle riviste scientifiche e i ricercatori hanno identificato e condiviso centinaia di sequenze di genomi del virus, fondamentali per lavorare allo sviluppo di un vaccino<sup>6</sup>. Grazie all'utilizzo di avanzate risorse *online*, come NextStrain, l'intero genoma del virus è stato pubblicato online in pochi giorni<sup>7</sup>, mentre nel 2003, con l'epidemia di coronavirus Sars, tale risultato era stato ottenuto dopo quasi tre mesi<sup>8</sup>.

Molte istituzioni europee hanno sottoscritto lo *Statement on Data Sharing in Public Health Emergencies*<sup>9</sup>, accettando di rendere liberamente accessibili tutte le ricerche relative al CoViD-19 e tutti i risultati ottenuti, anche se provvisori. Similmente, anche molte case editrici hanno aderito alla dichiarazione<sup>10</sup>, rinunciando anche ai propri *paywall*.

Un esempio concreto di queste forme di condivisione è dato da alcuni studi lanciati dall'OMS che coinvolgono ospedali e laboratori di numerosi paesi in tutto il mondo, con lo scopo di raccogliere i dati sulle terapie sperimentali contro CoViD-19 (studio Solidarity I) e di capire quante persone siano state infettate dal nuovo coronavirus (studio Solidarity II)<sup>11</sup>.

Il contraltare della chiusura dei confini nazionali, insomma, pare essere rappresentato da una collaborazione inedita a livello globale, che, per tagliare i tempi della ricerca e tenere il passo dell'emergenza, vede esperti e ricercatori in diversi Paesi convogliare gli sforzi verso un unico argomento e un comune obiettivo<sup>12</sup>.

Queste spinte alla solidarietà richiedono, in molti casi, una flessione del rigore delle norme giuridiche che, in condizioni normali, presidiano il funzionamento dell'ambito medico e lo sviluppo e i progressi della ricerca.

<sup>6</sup> I. LE GUILLOU, *Covid-19: How unprecedented data sharing has led to faster-than-ever outbreak research*, in *Horizon. The EU Research & Innovation Magazine*, 23 marzo 2020, online: <https://bit.ly/2LShKMe>.

<sup>7</sup> La ricerca è stata pubblicata su *The Lancet*: R. LU et al., *Genomic characterisation and epidemiology of 2019 novel coronavirus: implications for virus origins and receptor binding*, in *The Lancet*, 395, 2020, 565-574.

<sup>8</sup> I. LE GUILLOU, *CoViD-19: How unprecedented data sharing has led to faster-than-ever outbreak research*, cit.

<sup>9</sup> La dichiarazione (il cui testo è reperibile al link <https://bit.ly/2XsE1Wk>), è promossa dal Wellcome Trust, un ente di beneficenza, con sede nel Regno Unito, che si pone lo scopo di finanziare la ricerca per migliorare la salute umana e animale. In realtà, le origini dello Statement risalgono al 1 febbraio 2016, quando, nel contesto delle epidemie di Ebola in Africa e di Zika nelle Americhe, era emersa, per la prima volta, l'importanza della condivisione dei dati. Il medesimo punto era già stato portato all'attenzione della comunità scientifica nei mesi precedenti: l'Organizzazione mondiale per la Sanità aveva dapprima

incontrato gli *stakeholders* di BMJ, Nature, NEJM e PLOS, concordando con una dichiarazione che le riviste avrebbero dovuto «encourage or mandate public sharing of relevant data» e che la condivisione di tali dati – anche prima della pubblicazione – non avrebbero dovuto impedire alle riviste di accettare e pubblicare gli studi (<https://bit.ly/2ZvpgVn>). Successivamente, l'OMS ha pubblicato un comunicato in cui ha stigmatizzato le carenze nei meccanismi di condivisione dei dati e ha richiesto di condividere pubblicamente non solo i risultati degli studi clinici, ma tutti gli studi relativi alla malattia insieme a tutti i set di dati utilizzati in tali studi (<https://bit.ly/2WYczAv>).

<sup>10</sup> La lista degli aderenti è reperibile al link <https://bit.ly/2ZFasDL>. Si v. E. YASINSKI, *Journals Open Access to Coronavirus Resources*, in *The Scientist*, 13 febbraio 2020, online: <https://bit.ly/3gil2pz>.

<sup>11</sup> Tutte le informazioni sugli studi sono reperibili sul sito dell'OMS (<https://bit.ly/2A6kgvL>).

<sup>12</sup> M. APUZZO, D.D. KIRCKPATRICK, *Covid-19 Changed How the World Does Science, Together*, in *The New York Times*, 1 aprile 2020, online: <https://nyti.ms/3cVUQ2l>.

Si tratta di bilanciamenti noti fra interessi individuali e collettivi che, però, richiedono un vaglio costante. Senza attenzione e responsabilità, infatti, il rischio è questi movimenti producano cattiva scienza<sup>13</sup> e, per quanto qui più interessa, possano incidere sui diritti dei pazienti o dei partecipanti alle attività di ricerca.

Le considerazioni che seguono propongono alcuni casi in cui il moto verso la solidarietà ha prodotto flessioni virtuose degli standard di tutela (insieme giuridica ed etica), realizzando effetti generalmente positivi, e casi più discutibili, in cui le deroghe alle regole tradizionali rischiano di produrre conseguenze dannose per i soggetti coinvolti.

### 3. Tentativi “virtuosi” di bilanciamento

Il primo esempio riguarda l’arruolamento nelle sperimentazioni cliniche e l’adattamento delle relative regole ai tempi dell’emergenza. Il 20 marzo 2020 la Commissione Europea, la European Medicine Agency e la rete Heads of Medicines Agencies hanno approvato una guida per la gestione dei *trials* clinici nel contesto della pandemia<sup>14</sup>, riconoscendo, accanto ad altri aspetti, l’esigenza di prevedere modifiche alle procedure di raccolta del consenso informato. La Guida offre un insieme armonizzato di raccomandazioni a livello europeo sui cambiamenti dei protocolli

<sup>13</sup> L’incremento dell’ampiezza e della portata dei flussi informativi, infatti, rischia, da un lato, di produrre la diffusione di notizie non validate e, dall’altro, di mettere a disposizione dei ricercatori quantità di dati di difficile gestione. A questi rischi si fa riferimento in J. BRAINARD, *Scientists are drowning in COVID-19 papers. Can new tools keep them afloat?*, in *Science*, 13 maggio 2020, online: <https://bit.ly/36wQiwT>. L’organizzazione dei dati, peraltro, può beneficiare oggi delle tecnologie dell’intelligenza artificiale che, come evidenziato di recente dal Consiglio d’Europa, oltre a fornire un importante contributo nel colmare le lacune della conoscenza scientifica, possono rappresentare una «driving force in knowledge sharing» (Consiglio

standard che potrebbero essere necessari a causa, ad esempio, del fatto che i partecipanti allo studio siano in isolamento o delle limitazioni all’accesso dei luoghi pubblici, compresi gli ospedali.

In particolare, il documento conferma l’esigenza di attenersi al quadro normativo tracciato dal diritto dell’Unione e di ciascuno Stato membro (rilevando peraltro una situazione piuttosto disomogenea), ma riconosce al contempo la possibilità di introdurre alcune modificazioni alle procedure, previa approvazione da parte dei competenti comitati etici. Le deroghe, rispetto alle regole classiche, riguardano: i) la priorità assoluta che deve essere data alle sperimentazioni cliniche per la prevenzione o il trattamento di malattie legate a CoViD-19 (o altre malattie gravi per le quali non sia disponibile alcuna alternativa terapeutica); ii) la possibilità di derogare alle tradizionali procedure per l’acquisizione del consenso. Per esempio, è previsto che, nel caso in cui non sia possibile ottenere un consenso scritto (ad esempio a causa dell’isolamento fisico del paziente), il consenso potrebbe essere dato oralmente, in presenza di un testimone imparziale<sup>15</sup>. In ogni caso, però, un modulo di consenso informato correttamente firmato e datato dovrebbe

d’Europa, *AI and control of Covid-19 coronavirus*, online: <https://bit.ly/3d1iAC1>).

<sup>14</sup> European Commission, European Medicine Agency, Heads of Medicines Agencies, *Guidance on the management of clinical trials during the Covid-19 (coronavirus) pandemic*, la cui più recente versione è del 28 aprile 2020, online: <https://bit.ly/2WXIEK4>.

<sup>15</sup> La normativa europea di riferimento, in tema di consenso informato, è contenuta nell’art. 29 del Regolamento (UE) N. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE.

essere ottenuto dal partecipante al trial in un secondo momento, il più presto possibile<sup>16</sup>.

Analoghe indicazioni derogatorie sono state fornite negli Stati Uniti dall'FDA, la quale, con la *Guidance on Conduct of Clinical Trials of Medical Products during COVID-19 Public Health Emergency*, oltre a raccomandare l'attivazione delle attività di controllo da parte degli Institutional Review Boards rispetto alle deviazioni dai protocolli standard, promuove l'impiego di strumenti elettronici per la raccolta del consenso informato e, ove nemmeno questi siano applicabili, introduce la possibilità di raccogliere un consenso alla partecipazione agli studi prestato in forma orale e confermato da un testimone imparziale<sup>17</sup>. È interessante notare che, nella logica propria del bilanciamento, questo documento pone un significativo accento sulle procedure di puntuale e adeguata informazione, che comunque devono precedere l'acquisizione del consenso.

In Italia, l'AIFA ha ripreso le indicazioni europee chiarendo che, nei casi in cui sia necessario ottenere un consenso informato, le modalità consuete possano essere eccezionalmente sostituite da procedure alternative. In ogni caso, il ricorso a eventuali contatti telefonici, seguiti da e-mail di conferma o sistemi elettronici validati non esentano dall'ottenimento, non appena la situazione lo permetta, del consenso scritto. Per i soggetti che si trovano in condizioni di isolamento, si può far uso di telecamere o fotografie della documentazione utile a comprovare il consenso

che, se espresso verbalmente, deve essere confermato da un testimone imparziale<sup>18</sup>.

Accanto ai trials clinici, un altro fronte importante della lotta contro il CoViD-19 trae beneficio dalla raccolta e conservazione di campioni biologici e dati associati di soggetti malati e guariti, ma anche asintomatici, paucisintomatici o sani. Particolarmente importanti sono i dati collegati ai campioni raccolti e, più nello specifico, le varianti genetiche associate a tali dati che potrebbero fornire importanti indizi sulla severità della malattia, sui soggetti particolarmente esposti e su un efficace attacco terapeutico. Le infrastrutture che meglio rispondono a queste esigenze sono le biobanche per la ricerca, incaricate, appunto, della raccolta, del processamento, della conservazione e, eventualmente della distribuzione ad altri ricercatori di campioni biologici e dati rilevanti.

Per rispondere alle esigenze alle quali si è fatto riferimento, la rete europea di biobanche per la ricerca ha deciso di aprire tutte le raccolte per gli studi condotti nell'ambito del CoViD-19, e specifiche raccomandazioni sono state adottate per garantire forme di flessibilità. In Italia, importanti indicazioni in questo ambito sono sintetizzate nelle *Raccomandazioni per la raccolta, trasporto e conservazione di campioni biologici COVID-19*, redatte dal Gruppo di lavoro dell'Istituto Superiore di Sanità Ricerca traslazionale COVID-19<sup>19</sup>. Il documento, piuttosto articolato, ruota intorno all'idea di una accurata analisi dei rischi, che, per ogni fase del processo di biobancaggio e

<sup>16</sup> Si veda, in particolare, il Punto 8, *Changes to Informed consent*, 10.

<sup>17</sup> FDA, *Guidance on Conduct of Clinical Trials of Medical Products during COVID-19 Public Health Emergency. Guidance for Industry, Investigators, and Institutional Review Boards*, marzo 2020, aggiornata al 14 maggio 2020, online: <https://bit.ly/2ZA2hby>.

<sup>18</sup> AIFA, *Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza COVID-19 (Coronavirus disease 19)*,

pubblicato il 12 marzo e aggiornato il 7 aprile 2020, online: <https://bit.ly/2WXcb5n>.

<sup>19</sup> Gruppo di lavoro ISS Ricerca traslazionale COVID-19, *Raccomandazioni per la raccolta, trasporto e conservazione di campioni biologici COVID-19*, Rapporto ISS COVID-19, n.13/2020, versione del 15 aprile 2020, Roma, 2020, online: <https://bit.ly/3ggr3nf>.

per ogni tipologia di campione, consideri la reale probabilità dell'evento negativo e la gravità degli effetti che possono prodursi. Sulla base di queste valutazioni di rischio concreto, con particolare riferimento alla fase dell'emergenza, il documento prevede la possibilità di un biobancaggio in assenza di consenso, stabilendo peraltro che essa debba poi essere ottenuto nel momento in cui il paziente si sia ristabilito (pp. 9-10). La logica procedurale applicata dovrebbe consentire di intendere il consenso informato il consenso informato come un «processo dinamico, modulato a partire dal bisogno informativo della persona cui appartengono i campioni», uno «strumento vivo e vettore di ricerca responsabile e di massima tutela del partecipante» (p. 2).

Un ulteriore snodo interessante, che si lega a doppio filo a quanto detto sinora, che ha richiesto adattamenti nel contesto attuale, alimentando animati dibattiti, è quello del consenso al trattamento dei dati personali. La normativa europea di riferimento, incentrata nel GDPR, in effetti, definisce, in via generale, un contesto sufficientemente *research friendly*, che si rinforza, evidentemente, in condizioni come quelle designate dall'emergenza attuale. Orienta in questo senso la lettura del Recital 52, secondo il quale «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 [...] laddove ciò avvenga nell'interesse pubblico, [...] per finalità di sicurezza sanitaria, controllo e allerta, la prevenzione o il controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute». Il principio, poi, è

ripreso nell'art. 9.2, lett. i), in base al quale il trattamento dei dati particolari è consentito se necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. Il 19 marzo 2020, il Comitato Europeo dei Garanti, è intervenuto con una dichiarazione nella quale, pur riconoscendo che l'emergenza è una condizione giuridica idonea a legittimare limitazioni delle libertà personali, chiarisce che tali limitazioni devono essere proporzionate, temporalmente limitate e che, in ogni caso, i titolari e i responsabili del trattamento devono garantire la protezione dei dati personali degli interessati, in particolare garantendo l'informazione e la trasparenza e documentando i processi decisionali messi in campo per gestire l'attuale emergenza<sup>20</sup>.

Sulla base di queste linee direttrici, numerosi ordinamenti si sono dotati di normative emergenziali che consentono il trattamento di categorie particolari di dati per finalità di ricerca<sup>21</sup>.

Fra queste, uno dei primi interventi è quello condensato nell'art. 14 del dl 14/2020<sup>22</sup>, recante *Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*. Per effetto di questa disposizione, tutti i soggetti chiamati a operare in risposta all'emergenza sanitaria (in particolare la protezione civile, gli uffici del Ministero della salute e dell'ISS, strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del SSN) possono, «fino al termine dello stato di emergenza», «per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica e, in particolare, per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria a carattere

<sup>20</sup> Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB), *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19*, 19 marzo 2020, reperibile online, sul sito del Garante: <https://bit.ly/2ZxQdaN>.

<sup>21</sup> Si v. G. MALGIERI, *Data Protection and Research: A vital challenge in the era of Covid-19 Pandemic*, in

*Computer Law & Security Review*, 11 aprile 2020, online: <https://bit.ly/2A6o8Nj>.

<sup>22</sup> Decreto legge 9 marzo 2020, n. 14, *Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*, in G.U. n. 62 del 9 marzo 2020.

transfrontaliero determinata dalla diffusione del COVID-19 [...] anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati», effettuare trattamenti, compresa la comunicazione tra loro, di dati personali, anche rientranti nelle categorie speciali di dati previste dal GDPR, «che risultino necessari all'espletamento delle funzioni attribuite loro nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19».

L'articolo richiama i principi generali della normativa europea che orientano il trattamento dei dati personali e, in particolare, le categorie "speciali" di dati, fra le quali i dati relativi alla salute e i dati genetici, ma introduce due importanti deroghe: l'una, riguarda la possibilità di attribuire compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali anche oralmente, mentre l'altra, ancora più significativa, riguarda la possibilità di omettere o fornire con modalità semplificate l'informativa ex art. 13 GDPR, «previa comunicazione orale agli interessati della limitazione». Entrambe le deroghe evidenziano l'importanza attribuita alla salute collettiva nel bilanciamento degli interessi compiuto nella attuale situazione di emergenza sanitaria.

È però importante sottolineare come il co. 6 dell'art. 14 circoscriva l'ambito temporale di applicazione di tali norme derogatorie, prevedendo che, superata la situazione critica, sia necessario adottare misure «idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza, all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i *trattamenti di dati personali*».

Un ulteriore esempio di deroga alle regole tradizionali è contenuto nel dl. 10 maggio 2020, con il

quale sono stati autorizzati trattamenti di dati personali, anche genetici e relativi alla salute, per fini statistici e di studi scientifici svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, nell'ambito di un'indagine di sieroprevalenza condotta congiuntamente dai competenti uffici del Ministero della salute e dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), in qualità di titolari del trattamento e ognuno per i profili di propria competenza. Anche in questo caso, è interessante notare come la deroga sia puntualmente perimetrata, tanto dal punto di vista soggettivo, con riferimento a coloro che possano effettuare i trattamenti di dati, quanto oggettivo, poiché il trattamento di campioni e dati può essere effettuato per esclusive finalità di ricerca scientifica come indicate dal primo comma del primo dei due articoli dei quali è composto il decreto<sup>23</sup>.

Gli esempi che si sono riportati mettono in luce l'irrinunciabile esigenza di derogare alle regole generalmente vigenti, ridisegnando i bilanciamenti sottesi alle stesse e adattandole alle situazioni imposte dall'emergenza. Tuttavia, emergono con altrettanta chiarezza l'esigenza generale di non confondere la regola con l'eccezione, e i caratteri di temporaneità e proporzionalità delle misure derogatorie<sup>24</sup>. La tutela dell'interesse individuale, insomma, può essere modulata in risposta al richiamo alla solidarietà che pervade tutti i discorsi a diversi livelli, compreso quello scientifico, senza però che esso possa uscire compromesso nella sua essenza in nome del perseguimento di un interesse collettivo, pena l'indebolimento dei più elementari principi delle democrazie contemporanee. Tutti gli sviluppi ai quali stiamo assistendo ruotano intorno alla ricerca di un punto di equilibrio che si iscriva,

<sup>23</sup> Decreto legge 10 maggio 2020, n. 30, *Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2*, in G.U. n.119 del 10-5-2020.

<sup>24</sup> In riferimento ai profili della temporaneità e della proporzionalità si è espresso anche lo European Data Protection Board nella citata dichiarazione (cfr. *supra*).

mutuando il lessico costituzionale, fra i diritti inviolabili della persona umana e i doveri inderogabili della solidarietà sociale.

#### 4. I rischi di una solidarietà “asimmetrica”

Se gli esempi sino ad ora riportati paiono individuare dei punti di bilanciamento soddisfacenti fra la tutela dei diritti della persona e l’esigenza di apertura alle istanze della solidarietà, alcuni altri paiono decisamente più problematici.

Le conoscenze scientifiche attuali portano a considerare lo svolgimento di studi clinici randomizzati in doppio cieco come il *gold standard* per rispondere alla domanda scientifica relativa alla sicurezza e all’efficacia di un farmaco. Da tempo e in diversi contesti, però, il dibattito scientifico, accompagnato da quello etico e giuridico, si è concentrato sulle possibili alternative a questi meccanismi, che possono ormai essere considerati rodati ed efficienti, ma che richiedono un tempo che a volte non è nella disponibilità di chi attende risposte. Si tratta, in particolare, dei casi in cui la vita della persona sia in pericolo e non esista una valida alternativa terapeutica. Può capitare, in queste circostanze, che risulti nell’interesse razionale del paziente, che non abbia nulla da perdere, provare il farmaco, data l’impossibilità di attendere i risultati di una sperimentazione clinica.

Questa possibilità di accedere ai farmaci non approvati, anche al di fuori delle sperimentazioni, è

da tempo oggetto di discussione, in particolare negli Stati Uniti. In tale ordinamento, oltre al c.d. uso compassionevole (riconosciuto a talune condizioni anche nell’Unione europea<sup>25</sup>), è previsto, in seguito all’approvazione di una legge federale *ad hoc*, il cd. *right to try*<sup>26</sup>. In estrema sintesi, a differenza di quanto avviene nel primo caso, nel secondo, pazienti in gravissime condizioni e senza alternativa terapeutica alcuna possono accedere ai trattamenti, senza la supervisione dell’FDA e senza che esistano requisiti “significativi” per raccogliere e comunicare i dati sulla sicurezza, i quali andranno dispersi. La conseguenza, secondo molti autori<sup>27</sup>, sarebbe che tale massimizzazione del principio di autodeterminazione – lontana da qualunque logica solidaristica – finirebbe per esporre la persona a un rischio eccessivo e, al contempo, incrinerebbe il sistema della ricerca, rendendo impossibile l’ottenimento di dati relativi alla sicurezza e alla efficacia delle sostanze somministrate, essenziali per il suo sviluppo.

Anche in questa ipotesi, quindi, il bilanciamento deve essere attento e proporzionato e l’ammorbidimento delle regole relative al *design* dei trial clinici non deve cedere alla forza dell’urgenza. Secondo alcune recenti letture, esisterebbe comunque la possibilità di prendere in considerazione le preferenze individuali, senza compromettere le esigenze della ricerca<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Il quadro giuridico di riferimento è tracciato dall’art. 83(1) del Regolamento (CE) n. 726/2004. In via generale, l’uso compassionevole è una modalità di accesso a medicinali non autorizzati al di fuori degli studi clinici, da parte di singoli pazienti, ma in condizioni strettamente controllate. Ciò contribuisce a rendere disponibili ai pazienti medicinali ancora in fase di sviluppo.

<sup>26</sup> La legge federale, che consente l’uso di farmaci sperimentali, non approvati dalla FDA, come ultima risorsa per coloro che non possano partecipare ai *trials* clinici. È stata firmata il 30 maggio 2018.

<sup>27</sup> Si vedano, per una critica, A. BATEMAN-HOUSE, C.T. ROBERTSON, *The Federal Right to Try Act of 2017—A Wrong Turn for Access to Investigational Drugs and the Path Forward*, in *JAMA Internal Medicine*, 178(3), 2018, 321-322.

<sup>28</sup> In questo senso, una proposta è avanzata da R.M. VEATCH, *Clinical Trials vs. Right to Try: Ethical Use of Chloroquine for Covid-19*, in *The Hastings Center, Bioethics Forum Essay*, 29 aprile 2020, online: <https://bit.ly/2TzoMd5>.

Un ultimo spunto di riflessione emerge dalla questione delle vaccinazioni.

Dal momento in cui è stato chiaro che stavamo affrontando una pandemia globale, è stato altrettanto evidente che un vaccino sarebbe stato uno strumento cruciale per portare la pandemia verso una conclusione definitiva. Il suo sviluppo, tuttavia, richiede, oltre che denaro<sup>29</sup>, molto tempo<sup>30</sup>. E mentre assistiamo, anche su questo fronte, a una cooperazione senza precedenti tra ricercatori<sup>31</sup>, industria e autorità di regolamentazione, ci sono ancora alcune enormi sfide da superare in un lasso di tempo molto breve. Adeguare le regole ai tempi dell'emergenza, in questo caso, ha significato in prima battuta abbreviare i tempi per lo sviluppo di un vaccino, con la conseguenza che alcuni prodotti sono già in fase di sperimentazione clinica. Senza poter entrare nel dettaglio di complesse procedure tecniche, merita qui solo un richiamo l'imprescindibile esigenza di evitare che queste accelerazioni possano comportare rinunce in termini di informazione e consapevolezza in punto di sicurezza ed efficacia dei composti che si propongono per la commercializzazione. Per quanto possa apparire

contraddittorio, come è stato ben sintetizzato, «urgency demands patience»<sup>32</sup>.

Trovare un vaccino che funzioni, peraltro, è solo la prima fase di un processo complesso: a questa, perché l'obiettivo possa dirsi conseguito, devono necessariamente seguire una produzione su larga scala dello stesso e, poi, una distribuzione equa e globale. Il rischio principale connesso a questa seconda fase, è che i paesi ad alto reddito possano monopolizzare la fornitura globale di vaccini CoViD-19. Questo rischio non è meramente ipotetico: durante la pandemia di influenza A/H1N1 del 2009, i paesi ricchi hanno negoziato grossi ordini di anticipo per il vaccino, escludendo i paesi poveri. L'OMS, dopo aver rilevato la natura iniqua di tali accordi, ha avviato colloqui con i produttori e i governi dei paesi sviluppati al fine di garantire l'accesso al vaccino per i paesi in via di sviluppo, ottenendo promesse di donazioni per l'acquisto di vaccini e altre forniture. Queste, tuttavia, non si sono rivelate sufficienti a coprire il *gap*, lasciando comunque ai paesi in via di sviluppo scorte limitate, rispetto a quelle destinate ai paesi ad alto reddito, in dosi sufficienti a coprire le loro popolazioni<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> A febbraio 2020, la Banca Mondiale e la Coalition for Epidemic Preparedness Innovations (CEPI), hanno ospitato una consultazione globale che ha condotto alla formazione di una COVID-19 Vaccine Development Taskforce, impegnata nell'individuazione di strategie di finanziamento del vaccino in grado di garantire un accesso su scala globale. Si v. G. YAMEY, *Ensuring global access to COVID-19 vaccines*, in *The Lancet*, 395, 2 maggio 2020, online: <https://bit.ly/2WXOFFt>.

<sup>30</sup> Si pensi che le epidemie di SARS e Zika si sono concluse prima che lo sviluppo del vaccino fosse completato, i fondi che erano stati impegnati sono stati riassegnati, creando notevoli perdite e difficoltà per i produttori dei vaccini. Si v. N. LURIE et al., *Developing Covid-19 Vaccines at Pandemic Speed*, in *The New England Journal of Medicine*, 30 marzo 2020, online: <https://bit.ly/3egbY2X>.

<sup>31</sup> World Health Organization, *Public statement for collaboration on COVID-19 vaccine development*, 13 aprile 2020, online: <https://bit.ly/3gm15RN>.

<sup>32</sup> P.B. BACH, K.A. SEPKOWITZ, *The Science on Coronavirus Is Topsy-Turvy. That's Fine. Urgency demands patience, because advancement is always a product of missteps*, in *The New York Times*, 30 aprile 2020, online: <https://nyti.ms/2LYsp7Y>.

<sup>33</sup> Si v. D.P. FIDLER, *Negotiating Equitable Access to Influenza Vaccines: Global Health Diplomacy and the Controversies Surrounding Avian Influenza H5N1 and Pandemic Influenza H1N1*, in *Plos Medicine*, 2010, 7(5), e1000247, online: <https://bit.ly/2yAt9NK> e T.J. BOLLYKY et al., *The Equitable Distribution of COVID-19 Therapeutics and Vaccines*, in *Jama*, 7 maggio 2020, online: <https://bit.ly/3d5ih9u>.

Per evitare una allocazione irrazionale di una risorsa inizialmente scarsa, sarebbe necessaria una azione congiunta, che, grazie a una forte volontà politica condivisa<sup>34</sup> e a sufficienti finanziamenti pubblici, sia in grado di creare un sistema di distribuzione equo, che garantisca l'accessibilità gratuita a ciò che di recente è stato qualificato come un "bene pubblico"<sup>35</sup>, in primo luogo per le popolazioni fragili o maggiormente esposte<sup>36</sup>.

Si tratta di esercizi di "diplomazia sanitaria globale"<sup>37</sup> tutt'altro che semplici, che in passato hanno mostrato evidenti debolezze del sistema e che, anche nel caso del CoViD-19, sono tornati all'attenzione. In questo senso ha fatto molto discutere la notizia, poi parzialmente smentita, secondo la quale Sanofi avrebbe stretto un accordo preliminare con il governo degli Stati Uniti, riservando loro un consistente pre-ordine di dosi vaccinali, in quanto principale finanziatore dello studio<sup>38</sup>.

Episodi come questo e come gli altri descritti mettono in luce la fallacia del libero mercato in questi ambiti in cui, ai richiami istituzionali alla solidarietà individuale, devono fare eco quelli rivolti ad importanti attori che gestiscono settori chiave della sanità mondiale. Come è stato sostenuto di recente, «[i]t is more important than ever in this difficult time to uphold a form of

solidarity that is inclusive of everyone, which recognises that respect is due to everyone, and not exclusive to those that live in our own town, region, or country»<sup>39</sup>. E se nell'emergenza comportamenti inclini alla solidarietà possono essere normativamente imposti ai privati cittadini, tanto più essi potranno esserlo ai soggetti che rivestono ruoli chiave nei percorsi funzionali all'uscita dalla crisi.

## 5. La misura, il tempo e la forma della solidarietà

Questa epidemia rappresenta un test per lo spirito di solidarietà che permea numerose costituzioni occidentali e che, in effetti, è stato di frequente richiamato nelle sue declinazioni politiche, finanziarie e sociali come uno degli strumenti chiave per l'uscita dal confinamento e per l'individuazione di risposte condivise<sup>40</sup>.

Gli esempi che si sono riportati, seppure raccontati nei loro tratti essenziali, consentono di rilevare come questa emergenza sia stata in grado di incidere sulle prassi e le regole anche nel peculiare ambito della ricerca medica. Anche qui l'urgenza e l'esigenza prioritaria di trovare una soluzione valida per determinare la fine della

<sup>34</sup> Il 16 marzo 2020 il G7 si è impegnato a supportare progetti di ricerca per trattamenti e vaccini contro il CoViD-19. The White House, *G7 leaders' statement*, 16 marzo 2020, online: <https://bit.ly/3ghC6fH>.

<sup>35</sup> Così si è espressa la Presidentessa della Commissione europea a una conferenza stampa organizzata dall'OMS il 24 aprile 2020, secondo la quale «This vaccine will be our universal common good» (<https://bit.ly/2zv4DF>). A tal proposito, il 14 maggio 2020, 140 leader mondiali hanno firmato una lettera aperta per chiedere a tutti i governi di unirsi nello sviluppo di un vaccino contro il CoViD-19. Si veda l'appello di UNAIDS, *Uniting behind a people's vaccine against COVID-19*, pubblicato il 14 marzo 2020, online: <https://bit.ly/3efXhwR>.

<sup>36</sup> G. YAMEY, *Ensuring global access to COVID-19 vaccines*, cit., 1406-1407.

<sup>37</sup> Così D.P. FIDLER, *Negotiating Equitable Access to Influenza Vaccines*, cit.

<sup>38</sup> La notizia era stata oggetto di alcune dichiarazioni rilasciate dal CEO di Sanofi a Bloomberg: J. PATON, R. GRIFFIN, C. KOONS, *U.S. Likely to Get Sanofi Vaccine First If It Succeeds*, in *Bloomberg*, 13 maggio 2020, online: <https://bloom.bg/2ZzaOXj>. Sugli sviluppi della vicenda e la reazione del governo francese: H. ZIADY, P. BAIRIN, *France piles pressure on Sanofi over coronavirus vaccine plans*, in *CNN Business*, 15 maggio 2020, online: <https://cnn.it/2WZJ95f>.

<sup>39</sup> European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*, aprile 2020, online: <https://bit.ly/2zuNg01>.

<sup>40</sup> European Economic and Social Committee, *The EU's response to the COVID-19 outbreak and the need for unprecedented solidarity amongst Member States*, 6 aprile 2020, online: <https://bit.ly/2TBFpog>.

crisi, almeno sanitaria, hanno ridisegnato la forma del bilanciamento fra interessi individuali e collettivi, mettendone in luce, in sintesi, le intime connessioni.

Alcune regole, tradizionalmente poste a tutela del singolo individuo, trovano, quindi, in risposta a un richiamo alle logiche della solidarietà e ai doveri verso gli altri, allentamenti anche significativi. Queste deroghe, tuttavia, analogamente a quanto sostenuto in riferimento alle limitazioni alle libertà personali che ci sono state imposte nei mesi recentemente trascorsi, sono accettabili se e solo se proporzionate e temporanee<sup>41</sup>. Far convergere gli sforzi, agevolare gli scambi, tagliare i tempi, snellire le procedure, rimandare gli adempimenti: sono tutte strategie che consentono di non perdere il passo. Al contrario, la

sospensione di diritti *tout court* o la rinuncia ad attività di controllo e sorveglianza sono distorsioni che non si collocano nella logica della flessibilità, ma di una inaccettabile rottura.

L'ultimo punto, poi, oltre alla misura e al tempo, riguarda la forma delle deroghe necessarie, poiché queste, come visto, devono rispondere a una logica simmetrica, in base alla quale la solidarietà non è imposta, o almeno raccomandata, ai soli partecipanti alla ricerca, ma interessa anche gli attori istituzionali pubblici e privati che governano il mondo della sanità globale. Lo spirito di solidarietà, per essere una aspirazione vera, non può arrestarsi al livello individuale, ma deve – non solo retoricamente – permeare la società intera.

(22 maggio 2020)

---

<sup>41</sup> Su questi aspetti si è concentrata l'attenzione di ampia parte della più attenta dottrina costituzionalistica nelle ultime settimane, tanto che, oltre alle iniziative di questa Rivista, molte altre hanno attivato forum incentrati sulle tematiche del Coronavirus. All'interno di questi numerosi contributi si interrogano proprio sulle caratteristiche delle misure limitative delle libertà personali che sono state adottate, oltre che sulla natura delle fonti che le hanno introdotte. In

quest'ottica, si possono consultare, per citare alcuni esempi, il *Forum "Emergenza CoVID-19"* di Osservatorio AIC, l'*Osservatorio Emergenza Covid-19 di federalismi.it*, il *Forum. La gestione dell'emergenza sanitaria tra stato, regioni ed enti locali* di *Diritti regionali e*, nella prospettiva della comparazione, i contributi raccolti nel sito web <https://www.comparativecovid-law.it/>.



## **Salus rei publicae e salus animorum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del Coronavirus**

**Matteo Carrer**

Ricercatore RTDB in Istituzioni di diritto pubblico, Università di Bergamo,

Mail: [matteo.carrer@unibg.it](mailto:matteo.carrer@unibg.it).

Non vi è dubbio che la necessità sia fonte del diritto, poiché *salus rei publicae suprema lex*. Non vi nemmeno dubbio che il d.l. 6/2020 limiti o sospenda libertà costituzionalmente garantite.

Tra queste, vi è la libertà di culto, che l'art. 19 della Carta fondamentale riconosce a tutti e in particolare nel senso di garantire la libertà di «esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume». Tale norma, come noto, riguarda qualunque credo e confessione religiosa, anche se qui ci si concentrerà in particolare sulla religione cattolica nonché sui rapporti tra Stato e Chiesa cattolica.

L'art. 19 Cost., dunque, riguarda il lato del rapporto tra Stato e i propri cittadini, poiché per quanto riguarda il rapporto tra Chiesa cattolica e Stato, l'art. 7, co. 1° Cost. prevede che «sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani». La disciplina, come noto, è contenuta nei Patti lateranensi le cui modificazioni «accettate dalle due parti, non richiedono provvedimento di revisione costituzionale» (art. 7, co. 2° Cost.).

Ebbene, il d.p.c.m. 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 all'art. 2 "misure per il contrasto e il contenimento sull'intero territorio nazionale del diffondersi del virus CoViD-19"<sup>1</sup>, in particolare al co. 1, lett. v, dispone che «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».

Non è, quindi, impedito professare privatamente la religione (d'ora in poi si ometterà il riferimento, che qui va sempre al cattolicesimo), né si impedisce in via diretta l'accesso ai luoghi di culto. Vengono bloccate, tuttavia, le cerimonie e, dalla lettera della norma, non rileva in alcun modo il luogo in cui si possano svolgere, cioè se in chiesa, all'aperto o altrove.

Ebbene, è impossibile non rilevare l'antinomia che si crea tra la norma di cui all'art. 2, co. 1, lett. v d.p.c.m. 8 marzo 2020 e l'art. 19 della Carta fondamentale. Un ulteriore contrasto è tra la norma statale citata e l'art. 7 della Costituzione, che prevede l'indipendenza e la sovranità reciproca della Chiesa.

Le cerimonie, infatti, costituiscono il nucleo dell'attività della Chiesa. Il canone 834 del codice di diritto canonico prevede che «la Chiesa adempie la funzione di santificare in modo peculiare mediante la sacra liturgia» e al par. 4 specifica che «nella funzione di santificare hanno una parte loro propria anche gli altri fedeli [oltre ai presbiteri e ai diaconi] partecipando attivamente secondo modalità proprie alle celebrazioni

SARS-CoV-2 e la dizione CoViD-19 sia da riferirsi alla patologia.

<sup>1</sup> Sic, nonostante sia specificato anche da parte della comunicazione istituzionale sullo stesso sito del governo che il virus è stato denominato ufficialmente

liturgiche, soprattutto a quella eucaristica». Ovviamente, rivestono importanza anche altre attività: secondo il can. 839 «la Chiesa adempie la funzione di santificare anche con altri mezzi, sia con la preghiera, mediante la quale supplica Dio affinché i fedeli siano santificati nella verità, sia con le opere di penitenza e di carità».

Secondo la sintetica definizione proposta da Papa Francesco sui social network «la Messa domenicale è al centro della vita della Chiesa: lì incontriamo il Signore risorto, ascoltiamo la sua parola, ci nutriamo alla sua mensa e così diventiamo Chiesa»<sup>2</sup> o, se si vuole, riannodandosi a S. Paolo, «raccomando, prima di tutto, che si facciano domande, suppliche, preghiere e ringraziamenti per tutti gli uomini» (1 Tim. 2,1).

Ebbene, il can. 838 al paragrafo 1 prevede che «regolare la sacra liturgia dipende unicamente dall'autorità della Chiesa: ciò compete propriamente alla Sede Apostolica e, a norma del diritto, al Vescovo diocesano» nonché, al par. 4 è ulteriormente ribadito che «al Vescovo diocesano nella Chiesa lui affidata spetta, entro i limiti della sua competenza, dare norme in materia liturgica, alle quali tutti sono tenuti».

Pertanto, la disciplina statale citata – pur dettata in condizioni emergenziali, ed evitando nel commento di porre problemi sul rango della fonte utilizzata – si pone in contrasto con il diritto canonico e con l'art. 2 dell'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana che apporta modificazioni al Concordato lateranense, secondo il quale «la Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione [...]. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto» (co. 1) ed «è garantita ai cattolici e alle loro associazioni e organizzazioni la

piena libertà di riunione e di manifestazione del pensiero» (co. 3).

Il contrasto tra le norme, in realtà, non si è trasformato in contrasto tra Stato e Chiesa in quanto «la CEI – all'interno di un rapporto di confronto e collaborazione – in queste settimane ha fatto proprie, rilanciandole, le misure attraverso le quali il Governo è impegnato a contrastare la diffusione del “coronavirus”». La Conferenza Episcopale Italiana ha rilevato altresì che «l'interpretazione fornita dal Governo include rigorosamente le Sante Messe e le esequie tra le “cerimonie religiose”. Si tratta di un passaggio fortemente restrittivo, la cui accoglienza incontra sofferenze e difficoltà nei Pastori, nei sacerdoti e nei fedeli. L'accoglienza del Decreto è mediata unicamente dalla volontà di fare, anche in questo frangente, la propria parte per contribuire alla tutela della salute pubblica»<sup>3</sup>.

Parrebbe una collaborazione ottenuta *ob torto collo*, ma il card. Bassetti, Presidente della Cei, aveva già dichiarato alla stampa al primo insorgere del contagio che «certamente ci sarà qualche sacrificio da affrontare»<sup>4</sup>, anticipando la collaborazione da parte della gerarchia ecclesiastica che – anche a seguito della nota della CEI – ha sospeso le celebrazioni in ogni diocesi.

## 2. Sovranità e distinzione degli ordini tra salvezza dei corpi e salvezza delle anime.

Il contrasto, dunque, pur presente nelle norme, non si è concretizzato. Anzi, la gerarchia cattolica è stata se possibile ancor più restrittiva, disponendo ovunque la sospensione delle attività non liturgiche e persino la chiusura degli edifici di culto (come nella diocesi di Roma, ma, in ragione di un decreto del cardinale Vicario emanato e poi modificato, solo dal 12 al 13 marzo). Posto che la

<sup>2</sup> Tweeter, 4 novembre 2018, @Pontifex\_it.

<sup>3</sup> Nota della CEI, in *Avvenire.it*.

<sup>4</sup> D. MOTTA, *Messe sospese nel Iodigiano. Bassetti: pronti ad affrontare sacrifici*, in *Avvenire*, 22 febbraio 2020.

decisione è del singolo vescovo, la Presidenza della Cei ha segnalato (nota “una Chiesa di terra e di cielo”, in *chiesacattolica.it*) che può essere presa «anche la decisione di chiudere le chiese. Questo non perché lo Stato ce lo imponga, ma per un senso di appartenenza alla famiglia umana», indirizzando o comunque prevenendo le decisioni di ciascuna diocesi, mentre, a fronte del timore del virus, con comprensibile preoccupazione tutta umana, erano già rimaste «chiuse la piazza e la basilica di San Pietro»<sup>5</sup> e sostanzialmente tutto lo Stato Città del Vaticano tranne la farmacia e l’annona.

La mancata nascita di un contrasto non deve essere sopravvalutata. Di fatto, lo Stato è intervenuto in una materia che non gli è propria e, in un sol colpo, ha derogato a norme di livello costituzionale, di livello ordinario rinforzato (quanto a gerarchia delle fonti) e di importanza strutturale (quanto a contenuto).

Sul piano del rapporto tra Stato e cittadini, dunque in riferimento all’art. 19 Cost., è bene segnalare che il d.p.c.m. 8 marzo 2020 chiede di evitare di circolare «salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute». Pertanto, resta da dimostrare a carico del cittadino eventualmente interessato, anche attraverso lo strumento formale dell’autocertificazione prevista, che un semplice accesso a una chiesa sia dettato da “situazioni di necessità”. Onere della prova non facile se, una volta limitato l’esercizio del diritto di cui all’art. 19 Cost., l’unico dovere “sacro” che la Repubblica conosce è quello della difesa (in armi) della Patria (art. 52 Cost.) e considerato anche che il dovere di contribuire al progresso “spirituale” della società è legato a un’attività o una funzione (art. 4 Cost.),

quindi parrebbe ricadere nelle esigenze lavorative.

Dunque, indipendentemente dalla collaborazione attiva della gerarchia ecclesiastica, la compressione del diritto costituzionale di esercitare il culto è indubbia.

A questo proposito, domandarsi quali potrebbero essere le alternative è un errore metodologico. L’osservazione tale per cui “non potrebbe che essere così” o, appunto, “non ci sono alternative” è inconferente, sia perché non spetta alla dottrina costituzionalistica individuare soluzioni in un settore così delicato (ma, solo a titolo di esempio: «avrebbero potuto proporre che in ogni città venissero scelte almeno alcune chiese in cui poter celebrare messe continue (diciamo ogni due ore) [...] per permettere ai partecipanti di diluirsi» nonché «avrebbero potuto disporre l’adorazione permanente, per tutto il giorno, ancora una volta come preghiera costante»<sup>6</sup>) sia perché si andrebbe a nascondere, dal punto di vista giuridico, quella che è una distanza irrevocabile tra Stato e Chiesa: il primo, come si è detto, centrato sull’assunto *salus rei publicae suprema lex*, la seconda su «la salvezza delle anime, che deve essere sempre nella Chiesa la legge suprema» (can. 1752). Nel caso dell’emergenza sanitaria, si possono ben declinare come salute dei corpi e salvezza delle anime: nonostante la comune radice in lingua latina, la distanza di impostazione è limpida, presuppone una diversa gerarchia di valori e, di conseguenza, potrebbe richiedere soluzioni diverse, se non addirittura opposte.

In tema di rapporto Stato-Chiesa, dunque, si possono notare alcune ulteriori profonde antinomie.

*Cei e Vaticano. Ma senza l’aiuto di Dio sarà una catastrofe*, in *Liberio*, 9 marzo 2020.

<sup>5</sup> *La Repubblica*, 10 marzo 2020.

<sup>6</sup> A. Socci, *Contro il Covid19 dovevano bloccare l’Italia e invece hanno sospeso le messe, con la complicità di*

Innanzitutto, allo Stato del secondo decennio del XX secolo non interessa in alcun modo il supporto propagandistico della religione cattolica (e, in verità, di nessuna religione). In ogni tempo il ricorso alla divinità è stata un'istanza forte per la tenuta del sistema sociale, tanto più in momenti di difficoltà, sia per gli antichi sia per i moderni. Lo stesso S. Paolo, nel passo già citato, raccomanda «preghiere e ringraziamenti per tutti gli uomini, per i re e per tutti quelli che stanno al potere» (1 Tim. 2,1-2). È un dato di fatto: nella Storia il sentimento religioso collettivo e l'entità statale sono sempre stati ben legati e connessi, quali espressioni profonde del vivere insieme. Sono esistite anche eccezioni a questa regola, ma la completa limitazione della religione a fatto privato e individuale è comunque un atteggiamento da segnalare.

È, quella che si desume dalla normativa, una declinazione del principio di laicità dello Stato che postula la diretta supremazia dello Stato negli affari spirituali, mentre la Chiesa tradizionalmente non ammette di «essere giudicata inferiore al potere civile, né essere in alcun modo ad esso sottoposta»<sup>7</sup>. Posizione, questa, indirettamente confermata anche nel clima di collaborazione sopra esposto, dove la CEI fa notare che la scelta è propria, seppur conforme. Da nessuna delle due parti può dirsi in discussione l'impegno di cui all'art. 1 dell'Accordo citato, cioè la «collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese».

Lo Stato, tuttavia, ha declinato la laicità non solo nel senso di una irrilevanza del divino – o, se si vuole, di quella porzione fondamentale della religione che è il culto collettivo – nel discorso pubblico, non soltanto nella indifferenza dello Stato nei confronti dell'organizzazione religiosa, bensì

nella forma di una vera e propria proibizione. Nel vietare le funzioni religiose (sia pure non in assoluto come evento, ma con il concorso dei fedeli) lo Stato ha ritenuto che la tutela del sentimento religioso possa essere soddisfatta adeguatamente in forma esclusivamente privata e – come si è già rilevato – con un'oggettiva limitazione anche delle occasioni di frequentazione delle chiese.

In tempi di individualismo, la cosa non sorprende, ma deve essere rilevata e sottolineata: si tratta di una forma di laicità innovativa, i cui confini devono essere indagati e non semplicemente derubricati a normalità coerente con una generica percezione dello spirito dei tempi.

Nel contempo, se si concorda metodologicamente nella conclusione appena esposta, è evidente che, insieme all'art. 19 Cost., la normativa commentata ha inciso in profondità sull'art. 7 Cost.: quanto al co. 2°, si tratta di modificazioni dei Patti Lateranensi non accettate e nemmeno aventi la forma di revisione costituzionale; quanto al co. 1° la sovranità dello Stato prevale su quella della Chiesa, almeno nelle condizioni dettate dall'emergenza.

Il problema della separazione tra potere temporale e spirituale è antico quanto lo Stato moderno: «la realtà si è incaricata, e si incarica ancora oggi, di dimostrare quanto il problema non fosse soltanto quello di fissare sulla carta il principio della c.d. reciproca libertà, ma di attribuire alla norma la capacità di continuare a regolare un rapporto che è dinamico fra due istituzioni che vivono una profonda continua trasformazione»<sup>8</sup>. La realtà oggi s'incarica di dimostrare che la *suprema lex* dello Stato prevale su quella della Chiesa, con la conseguenza che la sovranità della seconda può subire una sostanziale limitazione

<sup>7</sup> Enciclica *Immortale Dei*.

<sup>8</sup> G. BARBERINI, *Ancora qualche riflessione sull'art. 7.1 della costituzione italiana per fare un po' di chiarezza, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, 3.

in caso di contrasto. E ciò nonostante lo spirito e la lettera dell'art. 7 Cost.

Davanti alla diretta intromissione *in spiritualibus* dello Stato ci si può domandare quali possano essere i confini di tale intervento. Nel frattempo, è dimostrato dai fatti che un'emergenza sanitaria può essere una causa: quali altre cause sono o sarebbero ammesse? E, in ogni caso, con quali limiti temporali? Con quale estensione?

Come si è visto, i comportamenti dei due attori istituzionali coinvolti sono stati compatibili tra loro e non hanno posto problemi, ma si tratta forse di un'eccezione che non può far dimenticare che il vero punto di scontro è nientemeno che la sovranità. Non appaia eccessivo, dunque, catalogare queste norme tra gli snodi più notevoli della disciplina, poiché le distinte sovranità di cui all'art. 7 Cost. si contendono non territori diversi, come abituale tra Stati, ma le medesime persone, ragion per cui i due aspetti che si sono tenuti separati – la tutela del sentimento religioso in forma collettiva e la disciplina della liturgia – tornano ad unità. Le domande appena enunciate potrebbero trovare risposta in altri casi in

cui potere spirituale e potere temporale possono contendersi l'adesione dei consociati. E, nonostante i reciproci tentativi di condizionamento tra Stato e Chiesa, non è difficile trovare esempi di possibili ambiti di contrasto. In quest'ottica, persino la dichiarata collaborazione per «la promozione dell'uomo e il bene del Paese» (art. 1 Accordo) potrebbe condurre a giustificare scelte e comportamenti diversi se non opposti, proprio in considerazione delle opzioni fondamentali in tema di cosa sia la "promozione" e di cosa sia il "bene": aspetti su cui si può tanto più facilmente dissentire quanto sono affrontati in dettaglio, mentre sulla statuizione generale l'accordo è sempre più semplice.

Ecco, dunque, che come tutte le circostanze che fanno da precedente e come tutti i momenti d'eccezione che svelano il funzionamento dei meccanismi profondi, anche il caso appena descritto merita attenzione e soprattutto analisi delle modifiche di sistema che apporta o può apportare nel prossimo futuro.

(16 marzo 2020)



## La scuola ai tempi del CoViD-19. Una prima lettura del decreto-legge n. 22 del 2020

Paolo Maci

Professore a contratto di Legislazione Scolastica. Università telematica Pegaso.

Mail: [paolo.maci@unipeqaso.it](mailto:paolo.maci@unipeqaso.it).

### 1. Premessa: il decreto-legge 22 del 2020. Oggetto del provvedimento e delimitazione dell'analisi

Era atteso da giorni e finalmente l'otto aprile è stato pubblicato sulla G.U il decreto-legge n. 22 del 2022 intitolato *Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato*<sup>1</sup>. Il rincorrersi di indiscrezioni sulle modalità con cui affrontare aspetti significativi legati all'ultima parte dell'anno scolastico, bruscamente interrotto – almeno nelle modalità canoniche di svolgimento – già dal mese di febbraio per alcune aree del Paese, erano ormai all'attenzione degli operatori del settore ma anche e soprattutto di milioni di famiglie che attendevano di sapere quando e con quali modalità si sarebbe chiuso l'anno scolastico, in che modo si sarebbe proceduto alla valutazione finale degli studenti e se e con quali modalità si sarebbero svolti gli esami di Stato conclusivi del primo e del secondo ciclo. Problemi di grande rilievo che, seppure posti sullo sfondo rispetto ad altri provvedimenti di carattere generale diretti a contenere la pandemia da CoViD-19 di cui il Governo ed il Presidente del Consiglio si sono fatti carico, nondimeno assumono, per le nuove generazioni, un'importanza

straordinaria, poiché in grado di incidere direttamente sul loro futuro prossimo e sulle loro aspettative, soprattutto per coloro i quali si avviano in quest'anno scolastico alla conclusione del primo o del secondo ciclo di studi. Il D.L. 22 del 2020 non si occupa tuttavia soltanto di dettare misure urgenti per disciplinare la regolare conclusione dell'anno scolastico in corso e per garantire l'ordinato avvio di quello successivo, previste dai primi tre articoli, ma anche della «sospensione delle prove concorsuali per l'accesso al Pubblico Impiego» (art. 4), della «sospensione delle procedure concorsuali e degli esami di abilitazione per l'accesso alle professioni vigilate dal Ministro della Giustizia» (art. 5), di dettare «misure urgenti per lo svolgimento degli esami di Stato di abilitazione all'esercizio delle professioni e dei tirocini professionalizzanti e curricolari» (art. 6) e per «assicurare la continuità della gestione delle università e delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica» (art. 7). Questo studio limita la sua analisi, tuttavia, alla prima parte del decreto, quella che riguarda propriamente le istituzioni scolastiche.

### 2. La ricognizione delle norme sulla scuola all'interno del D.L. 22 del 2020. L'analisi della conformità allo "statuto costituzionale dell'Istruzione". La valutazione degli alunni e lo svolgimento degli esami di Stato conclusivi del primo e del secondo ciclo di istruzione.

Ciò che si prefigge di verificare questa analisi è se vi siano, all'interno del D.L. 22 del 2020, disposizioni non aderenti a quello che comunemente suole definirsi lo "Statuto Costituzionale dell'istruzione"<sup>2</sup> anche rispetto alle condizioni di

<sup>1</sup> DPR n. 22 del 2020, GU serie speciale n. 93 dell'8 aprile 2022, entrato in vigore il 9 aprile del 2020.

<sup>2</sup> Sul tema vedi tra i tanti F. ANGELINI, M. BENVENUTI, *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2012;

R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e Istruzione, Scritti di*

particolare necessità ed urgenza determinate dal COVID-19. Al fine di tentare di dare un approccio per quanto possibile sistematico all'analisi, si possono individuare, all'interno del D.L., le norme che riguardano i diversi ambiti in cui il D.L. interviene, a cominciare da quello che riguarda la «valutazione degli alunni» e lo «svolgimento degli esami di Stato conclusivi del primo e del secondo ciclo di istruzione». Non vi è dubbio, in primo luogo, che le norme finalizzate ad indicare i criteri di valutazione degli alunni rientrano tra le «norme generali sull'istruzione» e che quindi che la relativa disciplina spetti allo Stato in via esclusiva. Da tempo, infatti, la Consulta ha precisato che la previsione contenuta nell'art. 117, co. 2, lett. n), «acquista la funzione ulteriore di chiarificazione-specificazione della formula "Repubblica" utilizzata all'art. 33, di guisa che non vi è incertezza alcuna riguardo all'individuazione soggettiva del potere-dovere di dettare le norme generali sull'istruzione, dovendosi ritenere lo Stato titolare esclusivo della relativa potestà legislativa»<sup>3</sup>. E quindi può ritenersi che legittimamente il D. L. 22 del 2020 possa disporre una deroga rispetto alla disciplina vigente<sup>4</sup> in ordine ai criteri da tenere presenti per l'ammissione alla classe successiva per le scuole secondarie di primo e secondo grado. Il problema potrebbe porsi rispetto alla lesione dell'autonomia dei consigli di classe, ai quali il processo di valutazione viene – da quelle stesse norme – rimesso, lesione che tuttavia deve escludersi, atteso che

agli stessi consigli viene lasciato un margine di valutazione del rendimento scolastico degli alunni collegandolo al percorso fatto durante l'anno, anche se prescindendo dal numero delle assenze e soprattutto non prevedendo alcuna bocciatura. Ritenere che tutti debbano essere comunque ammessi all'anno successivo solleva semmai un dubbio sulla valenza attribuita dallo stesso Governo alla somministrazione della didattica a distanza – le cui criticità sono emerse in tutta la loro evidenza<sup>5</sup> – la cui previsione è ribadita – e con maggiore forza – anche nel D.L. in esame e che rischia, per questo, di perdere rilevanza sia agli occhi degli studenti che degli insegnanti. Previsione che sconta anche una scelta di collocazione piuttosto dubbia all'interno del D.L. unitamente a quella – complementare alla prima – secondo cui le attività dei dirigenti e del personale scolastico «possono svolgersi nelle modalità del lavoro agile»<sup>6</sup>: entrambe le norme, infatti, sono state inserite non già tra quelle dettate «per gli esami di Stato e la regolare valutazione dell'anno scolastico 2019/2020» (art. 1) come ci si sarebbe aspettato, ma tra quelle previste «per l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2020/2021» (art. 2) quando il tenore delle disposizioni fa presumere che l'anno scolastico debba ricominciare regolarmente – e quindi in presenza – già dal primo settembre del 2020. Altre perplessità suscita la norma che prevede – nel caso in cui la didattica in presenza non riprenda dopo il 18 maggio – «la sostituzione dell'esame di Stato

*Diritto Pubblico*, Milano, 2016, G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura, Arte, Scienza e Costituzione*, Torino, 2014

<sup>3</sup> Cfr. Sent. Corte Cost., n. 200 del 2009 ma anche Corte Cost., n. 279 del 2005, con note di M. MICETTI, *La Corte, le Regioni e la materia istruzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 5117 ss.; di S. NICODEMO, *L'istruzione tra "principi fondamentali" e "norme generali"*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 128 ss.; di G. SCACCIA, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla*

*ricerca di un criterio discrezionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 2716 ss. e, più di recente, M. DRIGANI, *L'istruzione tra Stato e Regioni. Un difficile riparto di competenze*, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *op. cit.*

<sup>4</sup> Cfr. D.Lgs. n. 62 del 2017 e D.Lgs. n. 122 del 2009.

<sup>5</sup> Cfr. sul punto la riflessione a firma G.B. *Il pericolo è ciò che salva? Epidemia coronavirus, scuola e rivoluzione digitale*, in *La nuova secondaria*, 8, 2020.

<sup>6</sup> Art. 2 comma 3 D.L. 22 del 2020.

conclusivo del primo ciclo di istruzione con la valutazione finale da parte del consiglio di classe che tiene conto altresì di un elaborato del candidato». <sup>7</sup> Mentre la previsione di una disciplina “diversa” nello svolgimento dell’esame di Stato rispetto a quella vigente può essere considerata una prerogativa del legislatore, la sua “sostituzione” con una valutazione di un elaborato da parte del Consiglio di Classe appare chiaramente in contrasto con la Carta fondamentale la quale, come è noto, prescrive «un esame di Stato per l’ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi». <sup>8</sup> Si tratta, evidentemente, di un errore quantomeno di ordine sintattico se sol si pensi che nello stesso articolo, a proposito dei candidati esterni si parla comunque di “esame”, di cui si deve salvaguardare «l’omogeneità di svolgimento rispetto all’esame dei candidati interni» e alla successiva lettera d), a proposito della prova conclusiva del secondo ciclo di studi, si usa il termine “esame di Stato” anche nella ipotesi in cui dopo il 18 maggio non si rientri in classe, nonostante anch’esso venga fortemente ridimensionato con «l’eliminazione delle prove scritte e la sostituzione con un unico colloquio», demandando al Ministro di emanare una ordinanza che ne articoli «contenuti, modalità anche telematiche e punteggio per garantire la completezza e la congruità della valutazione». Al proposito, la Ministra Azzolina, definiti i criteri per la nomina delle commissioni (sei membri interni ed il solo Presidente esterno) <sup>9</sup> ha già anticipato l’ipotesi che il colloquio possa tenersi in presenza, a partire dal 17 giugno <sup>10</sup>.

### 3. Gli altri poteri di ordinanza del Ministro dell’Istruzione: La decisione sulla ripresa delle attività in presenza

Altra questione – sempre legata alle previsioni contenute nel primo articolo – è invece quella della scelta di conferire al Ministro anche il potere di decidere su uno dei punti di snodo del decreto, e cioè se la scuola ripartirà o meno con le modalità in presenza entro il 18 maggio. In realtà il D.L. nulla dice sul soggetto a cui spetti tale decisione e tuttavia proprio questa circostanza sembra suggerire che sia il Ministro, nell’adottare le ordinanze che regolamentano le diverse ipotesi previste nell’uno o nell’altro caso, a dover decidere anche questa circostanza. Si tratta, a ben vedere, quindi, di un impianto che sul punto lascia un grande potere nelle mani del Ministro dell’Istruzione senza tuttavia agganciare formalmente lo stesso ad alcun criterio in base al quale prendere le decisioni se non quello molto generico – e per certi versi sottointeso – legato all’evolversi del contagio da CoViD-19 nel nostro Paese. Infatti, né il terzo né il quarto comma dell’articolo 1 collegano la decisione di riprendere o non riprendere entro il 18 maggio – come pare ormai certo – l’attività in presenza a condizione alcuna né la stessa data del 18 maggio appare corredata da una giustificazione plausibile. E quindi la decisione del Ministro non sembra, nemmeno latamente, poter essere collegata, almeno dal punto di vista formale, ad una sorta di riserva di «scienza» <sup>11</sup> cui quanto meno il D.L. n. 19 del 2020 – nel disporre la chiusura progressiva delle istituzioni scolastiche – faceva riferimento <sup>12</sup> con un richiamo esplicito «per i profili

<sup>7</sup> Art. 1, comma 4 lett. d) D.L. 22 del 2020.

<sup>8</sup> Art. 33 comma 4 Cost.

<sup>9</sup> Art. 2 D.M. 197 del 17 aprile 2020.

<sup>10</sup> Cfr E. BRUNO, *Maturità, solo orale in classe e già a giugno*, [www.scuola24.ilsole24ore.com](http://www.scuola24.ilsole24ore.com) (consultato il 23.04.2020).

<sup>11</sup> Sulla c.d. riserva di scienza nelle decisioni pubbliche in ambito sanitario D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019, 214 ss.

<sup>12</sup> Art. 2 comma 2 D.L. 19 del 2020.

tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» al parere del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630.<sup>13</sup> Neppure il parere del CSPI sembra possa essere di conforto: l'art. 3 prevede infatti che esso debba essere reso nel termine di sette giorni dalla richiesta da parte del Ministro dell'istruzione e che, decorso detto termine, il Ministro possa prescindere,<sup>14</sup> mentre il Comitato dei 18 esperti, nominato dalla Ministra Azzolina il 21 aprile 2020, ha solo il compito di formulare proposte ai vertici del Ministero.<sup>15</sup> Sarebbe stato opportuno, probabilmente, rimettere la possibilità di scelta sulla data di riapertura dell'anno scolastico in presenza al Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'Istruzione. E questo per mantenere l'impostazione più strutturata del D.L. 19, che assegnava proprio al Capo del Governo la decisione di emanare ordinanze relative alla chiusura – e alla conseguente riapertura – delle scuole ed in genere di tutte le istituzioni formative sulla base dell'impianto normativo già ricordato.

#### 4. Ancora sui poteri di ordinanza del Ministro dell'Istruzione: la decisione sulla data di inizio dell'anno scolastico 2020-2021

Ancora più stringenti appaiono i problemi relativi alla fissazione della data di inizio delle lezioni per l'anno scolastico 2020-2021, anche in questo caso rimessa al potere di ordinanza del Ministro dell'Istruzione, che – come recita l'art. 2 primo comma – decide «d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, anche tenendo conto dell'eventuale necessità di recupero degli apprendimenti quale ordinaria attività didattica e della

conclusione delle procedure di avvio dell'anno scolastico». In questo caso il D.L. n. 22 si ingerisce direttamente della materia "istruzione" attribuita alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni, concernente – *latu sensu* – l'organizzazione della rete scolastica regionale che copre, con il suo cappello, anche l'adozione dei provvedimenti normativi di secondo grado con le quali le regioni sono solite regolare l'inizio dell'anno scolastico ed il suo calendario, tenendo conto delle esigenze e delle peculiarità di ciascun territorio.<sup>16</sup> Ed in effetti, mentre tra le norme contenenti le norme generali sull'istruzione può ritenersi rientrare la disciplina prevista dal T.U. in materia di Istruzione<sup>17</sup> che all'art. 74, comma 3, prescrive che le attività didattiche si svolgano nel periodo compreso tra il 1° settembre e il 30 giugno, con eventuale conclusione nel mese di luglio degli esami di Stato, l'art. 138 comma 1 del D.Lgs 112 del 1998 prevede, tra le competenze regionali, le funzioni amministrative concernenti la determinazione annuale del calendario scolastico, funzioni che la riforma del Titolo V della Costituzione ha radicato ormai in capo alle Regioni. Per questo non sembra sufficiente giustificare con una "deroga" alla legislazione vigente la possibilità che sia il Ministro a poter decidere la data di inizio dell'attività didattica sul territorio nazionale. Una interpretazione costituzionalmente orientata, allora, vorrebbe che siffatta disposizione, che ha sollevato una immediata levata di scudi delle Regioni, valesse come indicazione di massima per l'inizio dell'attività di integrazione e recupero degli apprendimenti degli alunni e degli studenti delle classi prime e intermedie promossi con debiti che potrebbe attivarsi – come previsto dal secondo comma dell'art. 1 – a partire dal 1 di

<sup>13</sup> Art. 2 comma 1 D.L. 19 del 2020.

<sup>14</sup> Art. 3 comma 1 D.L. 22 del 2020.

<sup>15</sup> Cfr. Coronavirus, Azzolina: *Istituto Comitato di esperti. Metteremo rapidamente a punto il nostro*

*piano per la Scuola*, in [www.miur.gov.it](http://www.miur.gov.it) (ultima consultazione 21/04/2020).

<sup>16</sup> Cfr. nota n. 2.

<sup>17</sup> D.Lgs 16 aprile 1994, n. 297.

settembre 2020 e dovrebbe svolgersi non già mediante corsi di recupero ma attraverso attività didattica ordinaria, lasciando libere le regioni di disporre della data di inizio dell'anno scolastico in ciascun territorio, tenendo conto delle peculiarità dello stesso<sup>18</sup> e, nella situazione attuale, anche dell'incidenza del rischio da CoViD-19, in alcuni casi molto differente, (dai 67.931 contagi della Lombardia ai 282 del Molise)<sup>19</sup> e quindi secondo quei criteri di adeguatezza e proporzionalità che dovrebbero essere alla base del sistema normativo dell'emergenza.

### 5. I poteri di ordinanza relativi alle modalità di reclutamento degli insegnanti

Per altri versi, priva di giustificazione appare la norma con cui viene posticipata l'attuazione delle graduatorie provinciali per le supplenze e la costituzione delle graduatorie di istituto all'anno scolastico 2021/2022 e quella, analoga, relativa all'aggiornamento e alla efficacia delle graduatorie ad esaurimento<sup>20</sup>. In questo caso le disposizioni appaiono prive della copertura offerta dalla Delibera del C.d.M. del 31 gennaio 2020 con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza e non è dato rinvenire, all'interno del D.L., una giustificazione rispetto a questo differimento se non quella – piuttosto generica – relativa alla necessità di consentire l'ordinato avvio del prossimo anno scolastico<sup>21</sup>. In effetti, una differente previsione in fase di conversione, sulla quale la Ministra Azzolina si è rimessa alla volontà parlamentare,<sup>22</sup> eviterebbe una ingiusta penalizzazione

per quegli insegnanti che nel frattempo avessero maturato nuovo punteggio da far valere in graduatoria e risulterebbe omogenea con la norma, prevista alla lettera b) del primo comma dello stesso articolo, che prevede invece il completamento delle procedure per l'immissione in ruolo, per le assegnazioni provvisorie e per l'attribuzione dei contratti a tempo determinato anche in deroga al termine del 31 luglio.<sup>23</sup> Viene fatto salvo anche il periodo di formazione e prova del personale docente ed educativo, per il quale le attività di verifica ordinarie possono essere sostituite da un parere consultivo reso dal dirigente tecnico.<sup>24</sup> Una norma prevede, infine, la precisazione che la sospensione dello svolgimento delle prove concorsuali per l'accesso al pubblico impiego prevista dall'art. 87 comma 5 primo per. D.L. 18 del 2020 si riferisce esclusivamente allo svolgimento delle prove concorsuali delle medesime procedure. Una norma, evidentemente, "spuria" rispetto all'oggetto del D.L. che invece non contiene più, al contrario delle bozze circolate in precedenza la previsione – del resto pleonastica – che il Ministro avrebbe potuto bandire i concorsi per l'assunzione di personale docente ed educativo. Prova ne sia il fatto che è proprio del 21 aprile la pubblicazione del bando per i concorsi per il reclutamento di docenti per posti comuni e di sostegno per la scuola secondaria di primo e secondo grado<sup>25</sup> le cui date di svolgimento attendono però di essere fissate da altro D.M.

<sup>18</sup> In questo senso Cristina Grieco, coordinatrice degli Assessori regionali alla Scuola, in [www.orizzonte-scuola.it](http://www.orizzonte-scuola.it) (ultima consultazione 20/04/2020).

<sup>19</sup> Dati aggiornati al 21 aprile 2020. [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it) (ultima consultazione 21/04/2020).

<sup>20</sup> Art. 2 comma 4 D.L. 22 del 2020.

<sup>21</sup> Art. 2 comma 1 D.L. 22 del 2020.

<sup>22</sup> F. DE ANGELIS, *Aggiornamento graduatorie istituto, Azzolina: "Il Parlamento può intervenire"*, in [www.tecnicaldella scuola.it](http://www.tecnicaldella scuola.it) (ultima consultazione 20.04.2020).

<sup>23</sup> Previsto dall'articolo 4, commi 1 e 2, del D.L. n. 255 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 333 del 2001.

<sup>24</sup> Art. 2 comma 5 D.L. n. 22 del 2020.

<sup>25</sup> D.M. 201 del 20 aprile 2020 (GU Serie Generale n.104 del 21.04.2020).

## 6. Con il D.L. 22 del 2020 un “decisore” unico e senza vincoli

Il D.L. 22 del 2020 appare frutto della stessa modalità – caratterizzata a tratti da imprecisione e scarsa chiarezza – che sembra connotare l’impianto normativo dell’emergenza. Quello in esame, inoltre, sembra accentuare la tendenza ad avvalersi dello schema verticistico che ha già contraddistinto i D.L. 6 e 19 del 2020, che in questo caso vede nel Ministro dell’Istruzione un decisore unico e per lo più slegato da vincoli di sorta, con l’attribuzione di un potere di ordinanza che in alcune ipotesi dovrebbe essere

giustificato da una situazione emergenziale che tuttavia non affiora nel disposto normativo con la forza e la nettezza che anche dal punto di vista formale sarebbero state necessarie per conferire alle norme in cui è strutturato una maggiore solidità nell’ottica della copertura costituzionale. In sede di conversione, quindi, alcune criticità – di forma e di sostanza – da cui è con ogni evidenza affetto, dovrebbero essere sanate, al fine di restituire serenità al mondo della scuola che, nella sua complessità, non merita di soffrire di scorciatoie normative che neppure la situazione di emergenza giustifica.

(27 aprile 2020)

## Diritti individuali e doveri di solidarietà: la *new economy* durante l’emergenza. Brevi spunti di riflessione

**Massimiliano Baroni**

PhD in diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Parma e Tutor a contratto in diritto costituzionale presso l’Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

Mail: [massimiliano.baroni@unipr.it](mailto:massimiliano.baroni@unipr.it).

### 1. Introduzione

È ormai indubbio che l’attuale stato di crisi – sanitaria, nonché economica – abbia evidenziato ed esacerbato le preesistenti criticità del sistema giuridico italiano, inevitabilmente dispiegando i propri effetti sulle fasce più deboli della popolazione (con ciò intendendosi una debolezza fisica, dovuta all’età avanzata; ovvero psicologica – ed il pensiero non può che correre a coloro, sovente donne, per cui il *lockdown* è divenuto sinonimo di permanenza “h24” in una situazione familiare particolarmente difficoltosa quando non addirittura indesiderata<sup>1</sup> – o, infine, una debolezza puramente reddituale: l’elevatissimo numero di domande presentate dalle Partite Iva per il c.d. “reddito di ultima istanza” ne è una triste testimonianza).

Siamo di fronte ad una crisi dotata di un’estensione geografica<sup>2</sup> ma anche – e soprattutto –

sociale, che indubbiamente si pone quale occasione per rispolverare l’annosa questione del «primato dell’etica» sull’economia<sup>3</sup>. Ponendo mente – insomma – alla ricerca di un equilibrio (*rectius*: di un *giusto* equilibrio) tra l’interventismo della macchina statale e i possibili risvolti degenerativi di libertà e liberismo, tra cui è da ritenersi certamente annoverabile la (mancata) tutela dei soggetti più svantaggiati.

### 2. E-commerce ed etica nella crisi sanitaria.

Ebbene, la situazione scaturita dalla seconda<sup>4</sup> pandemia del XXI secolo ha reso impossibile non notare come vi sia una categoria di lavoratori sulla cui attività il CoViD-19 ha impattato con modalità ed effetti assolutamente *sui generis*. Se infatti il principale riverbero – a livello macroeconomico – delle misure di *lockdown* adottate dai governi è il sostanziale arresto della quasi totalità delle realtà industriali e di consumo, con conseguente alterazione e contrazione del ciclo produttivo e finanziario, vi è tuttavia un ordine di attività per le quali la descritta situazione ha causato (non tanto una diminuzione, quanto piuttosto) un aumento esponenziale della relativa mole di lavoro (pur con effetti, parziali e ciononostante rilevanti, indesiderati): così è avvenuto, infatti, per la massa dei lavoratori a diverso titolo impiegati nella *supply chain* del commercio online, siano essi impiegati nei centri Amazon – che nell’ultimo periodo ha assistito ad un’impennata del proprio volume di vendite<sup>5</sup> – o *free riders* per

<sup>1</sup> «Tra il 2 marzo e il 5 aprile, in piena emergenza coronavirus, le richieste d’aiuto delle donne ai centri anti violenza della rete D.i.Re sono aumentate del 75% rispetto all’anno precedente», come ricordato dal Ministro Bonafede. In particolare, i centri anti violenza hanno registrato ad aprile 1.039 telefonate e segnalazioni, contro le 397 dello stesso periodo del 2019.

<sup>2</sup> A. MANGIA, Intervento nel corso della sessione *Emergenza Covid-19 e fonti del diritto*, nell’ambito del

Webinar *Il diritto dell’emergenza nella crisi da Coronavirus*, 8-9 aprile 2020.

<sup>3</sup> Einaudi, L. *Lezioni di politica sociale*, Torino, 2004.

<sup>4</sup> Prima pandemia del XXI secolo è quella causata dal virus A H1N1, c.d. “influenza suina”.

<sup>5</sup> *Coronavirus, vincitori e vinti tra miliardari: Bezos (Amazon) superstar*, in *Corriere della Sera*, 17 aprile 2020, che riporta come negli Stati Uniti Amazon, con l’incremento degli ordini, abbia dovuto assumere 170

le piattaforme di *food delivery*. È nota, ormai, la politica lavorativa del gigante americano dell'*e-commerce* (che – non a caso – è stata sovente causa, negli anni passati, di scioperi e proteste di vario tipo e genere), come è nota altresì la condizione lavorativa dei *riders*, costituenti una categoria ormai numericamente ingente (secondo le ultime stime, circa 1 milione di lavoratori sono impiegati annualmente nella *gig economy*)<sup>6</sup> ed il cui difficile inquadramento (nonostante la recentissima sentenza della Corte d'Appello di Torino, infatti, la vicenda appare tutt'altro che giunta ad un punto fermo) li eleva al ruolo di indesiderati protagonisti in un limbo caratterizzato dall'indeterminatezza – quando non dall'assenza – di adeguate tutele.

Quello appena menzionato costituisce un primo profilo problematico, emerso negli ultimi anni con disarmante chiarezza, cui si deve – se così può dirsi – l'aver (di)mostrato l'inadeguatezza delle categorie giuridiche tradizionali al cospetto delle strade diseguate dell'economia 4.0, novella *lex mercatoria* capace – come e più della tradizionale antesignana – di imporre la propria voce prescindendo dalle legislazioni nazionali (nonché, spesso e volentieri, muovendosi all'interno delle zone grigie di queste ultime).

Le criticità di natura giuslavoristica imposte all'attenzione degli addetti ai lavori per effetto della proteiforme *gig economy* sono innumerevoli, e non è di certo questa la sede idonea a ripercorrerle analiticamente. Interessa ricordare, piuttosto, come in Italia si sia giunti, nel maggio 2018, alla "Carta dei diritti fondamentali del lavoro nel contesto urbano", firmata dal Comune di Bologna, Riders Union Bologna (sigla che

---

mila persone in più, aumentare gli stipendi e autorizzare straordinari.

<sup>6</sup> *Dai rider ai servizi cloud, un milione gli addetti della gig economy*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 giugno 2018.

riunisce alcuni *riders* e attivisti sociali operanti nel capoluogo emiliano-romagnolo), CGIL CISL UIL, Snam e Mymenu (all'epoca, due tra le varie *startup* operanti nel business delle consegne a domicilio, oggi riunite sotto la sigla dell'unica Mymenu). Il tutto con lo scopo, è presto detto, di introdurre, riconoscere, e comunque garantire una serie di standard minimi di tutela nei confronti della pleora dei lavoratori del *food delivery*, offrendo al contempo un contributo «alla crescita e all'occupazione cittadina, nazionale e europea, se promossa e sviluppata in modo responsabile e sostenibile»<sup>7</sup>. Trattasi, quindi, di documento che non solo si candida innegabilmente – anche ad una lettura *prima facie* – a rivestire il ruolo di primo concreto risultato del confronto tra le inedite istanze sociali dei nuovi lavoratori occasionali e il sistema normativo tradizionale, ma anche – sul piano simbolico e dignitario – avente l'innegabile merito di utilizzare la forza dell'associazionismo per evidenziare la dimensione individuale delle necessità.

Oggi, però, al primo profilo problematico – quello lavorativo appunto – se ne accosta un secondo, ovverosia, come facilmente intuibile, quello sanitario (non è un caso che l'ultimo sciopero in ordine di tempo dei dipendenti Amazon abbia avuto quale causa scatenante il timore di diffusione del virus nei luoghi di lavoro, dovuto principalmente alla mancata distribuzione da parte dell'azienda dei DPI sanitari in funzione anticontagio)<sup>8</sup>. Come sovente accade, necessità che pur sarebbero di per sé estemporanee riverberano negativamente i propri effetti sulla situazione preesistente, acuendone le criticità e ridestando l'interesse degli addetti ai lavori.

<sup>7</sup> Così recita la Premessa della citata Carta dei diritti fondamentali del lavoro nel contesto urbano.

<sup>8</sup> *Amazon, sciopero all'hub di Castel San Giovanni. I sindacati "Non tutelata la salute dei lavoratori"*, in *La Repubblica*, 17 marzo 2020.

Ed allora, la pandemia ben può assumere le fattezze di un Giano bifronte: se è vero che le situazioni emergenziali si prestano ad una potenziale degenerazione in «occasioni di sopraffazione»<sup>9</sup>, essendo quelle che permettono allo strumento normativo una più facile penetrazione della sfera giuridica individuale (i cui capisaldi di libertà possono, come in questo caso, andare incontro ad una temporanea sospensione)<sup>10</sup>, può esser utile e finanche doveroso – *a fortiori* in ottica costituzionale – trattare la crisi quale positiva occasione di riflessione.

Nella specie, con riferimento ai risvolti – si è detto, inediti – prodotti dal Coronavirus sul mondo dell'*e-commerce*, visto l'acuirsi delle pregresse problematiche lavoristiche e di tutela del singolo, non appare peregrino chiedersi se possa dirsi eticamente corretto, in tempi di pandemia, effettuare acquisti online.

Domanda che può *prima facie* apparire non di estrema rilevanza, ma che in realtà è rivelatrice di un tema non più suscettibile di essere ulteriormente ignorato e, comunque, dotato di risvolti pratici non indifferenti, non fosse altro che ponendo mente alla frequenza con cui si è soliti ricorrere a tali pratiche, ormai divenute parte della quotidianità di chiunque.

All'atto dell'acquisto, stiamo (anche inconsapevolmente, o superficialmente) scegliendo di aggravare il pericolo che qualcun altro dovrà inevitabilmente sopportare? I primi dati sul pericolo di contagio per i corrieri, oltre alle considerazioni sul punto di parte del mondo scientifico<sup>11</sup>, non sono per nulla confortanti, svelando anzi – com'era pronosticabile – una realtà in cui il

rischio di contagio si attesta su livelli particolarmente alti.

In quel momento, stiamo dunque comprimendo – magari, per un'esigenza superflua – l'altrui diritto alla salute?

Di più: non deve dimenticarsi quell'*obiter dictum* della Corte costituzionale (si noti, pronunciato proprio con riferimento al tema delle malattie infettive) che individua nella portata dell'art. 32 Cost. non solo il più "semplice" diritto alla salute, ma anche un diritto – collettivo oltre che individuale – «alla generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale»<sup>12</sup>. Tesi, quest'ultima, che trova riscontro anche nella Corte europea dei diritti dell'uomo, che interpretando estensivamente le relative disposizioni della Convenzione si è spinta sino a riconoscere diritti di ben più ampia portata<sup>13</sup>.

Il punto è reale, e non può essere sottovalutato. Non è necessario infatti ricorrere all'imperativo categorico kantiano («agisci in modo che la massima della tua volontà possa sempre valere come principio di una legislazione universale») per accorgersi che, ipoteticamente regolando la propria condotta sulla base di esigenze esclusivamente individuali, si rischierebbe inevitabilmente di derogare all'impronta fondamentalmente solidaristica propria della stessa Carta costituzionale, di cui è nota e chiarissima esemplificazione l'art. 2 Cost.

Duplici, in questo caso, è l'effetto dell'avvento della *new economy* nel sistema di equilibrio dei diritti.

<sup>9</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.

<sup>10</sup> E. C. RAFFIOTTA, *Coronavirus/Limitare la libertà per ragioni di sicurezza, la Costituzione dice sì*, in *Il sussidiario*, 25 marzo 2020.

<sup>11</sup> Doct. Thomas Tsai, in *The Guardian*, 18 marzo 2020.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 218 del 1994.

<sup>13</sup> Corte europea dir. uomo, sent. 19 Febbraio 1998, in cui la Corte, interrogata sull'esistenza di un diritto dei cittadini a conoscere dei rischi corsi in seguito a disastro ambientale, si spinge, presupponendo ovviamente un diritto ad un ambiente salubre in cui vivere, fin verso il riconoscimento di un divieto di inquinamento atmosferico.

In *primis*, infatti, l'affermazione sul mercato di tecnologie ed algoritmi vari ha la capacità di scardinare i paradigmi fondamentali dell'esperienza economica, rendendo possibili nuove forme di imprenditorialità. Le trasformazioni industriali, però, tendono inevitabilmente al prosperare del capitale, motore del ciclo macroeconomico: l'industria 4.0 non fa eccezione, e così – forte del difficile inquadramento normativo dei nuovi modelli imprenditoriali – l'affermazione di questi sovente si permette di prescindere dalle esigenze di tutela dei lavoratori, creando un sistema di «responsabilità liquide»<sup>14</sup>, nell'interesse proprio (specie con riferimento a problematiche – e conseguenti risparmi di spesa – previdenziali– assistenziali) ed a vantaggio del consumatore finale (in termini, ovviamente, di prezzo). Completa il quadro la dimensione a-territoriale delle piattaforme elettroniche, il cui effetto è quello di elevare il gioco della concorrenza nello scenario transnazionale, con conseguente possibilità di attingere ad una forza-lavoro in potenza inesauribile, in tal modo consolidando e rafforzando il proprio potere contrattuale tanto nei confronti dei singoli lavoratori quanto nei rapporti con gli Stati. Con riferimento a questi ultimi, nel rapporto tra *Big techs* e compagini statali, deve sottolinearsi la progressiva erosione del ruolo tradizionalmente ascrivibile alle fonti di *hard law*, divenute eccessivamente lente e – ironia della sorte – “macchinose”, incapaci di cogliere le istanze sociali connesse ad un mondo sempre più virtuale, per questo soccombenti rispetto alla dinamicità di un diritto la cui genesi ricorda il concetto di «ordine spontaneo»<sup>15</sup>. Lo stato costituzionale diviene quindi vittima della

deterritorializzazione, a discapito della propria forza normativa (con l'unica, parziale, eccezione rivestita dai sistemi di *common law*, notoriamente espressivi di una maggiore capacità – oltre che velocità – di adattamento e modifica, e per questo maggiormente idonei ad assicurare un ambiente legale di favore per l'andamento del mercato)<sup>16</sup>.

Quanto, invece, al rapporto tra Compagnie e lavoratori, basti ricordare la tesi secondo cui la c.d. «retorica della “gente comune” che condivide il proprio tempo e i propri beni» (come molti definiscono le innovative *app* della *sharing economy*) non darebbe conto del potere accumulato dalle piattaforme grazie alla capacità di «raccolgere, analizzare e mettere in relazione tra loro un'enorme mole di dati, in modo tale da porsi in una posizione di vantaggio rispetto ai propri utenti, siano essi fruitori o fornitori di servizi». Situazione da cui deriverebbe una profonda disparità di potere contrattuale fra gli agenti economici in campo, dato che «sia gli utenti-consumatori, sia i fornitori-lavoratori finiscono per subire le condizioni imposte dalle piattaforme»<sup>17</sup>.

Dall'altro lato, e questo è elemento caratteristico dell'*online* e dunque assolutamente inedito rispetto al passato, le piattaforme elettroniche e le “*app*” favoriscono il distacco sociale, contribuendo a rendere più difficoltosa un'eventuale presa di coscienza, da parte del singolo, della concatenazione di effetti derivanti dalla propria scelta. Come nell'utilizzo militare dei droni, in cui il “pilota” è più distaccato e meno emotivamente coinvolto di quanto lo sarebbe un militare a diretto contatto con la realtà, similmente accade (con i dovuti distinguo, s'intende)

<sup>14</sup> A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy tra nuove forme di potere e libertà virtuali* in *il Mulino*, 4,18.

<sup>15</sup> L'espressione si deve come noto a Friedrich August von Hayek.

<sup>16</sup> E. MOSTACCI, A. SOMMA, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra Common Law e Civil Law*, Milano, 2016.

<sup>17</sup> R. VOZA, *Nuove sfide per il welfare: la tutela del lavoro nella gig economy*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 4, 18.

nell’utilizzo di un’app per gli acquisti online o per il *food delivery*: l’immediatezza e l’impersonalità la fanno da padroni, contribuendo a dare l’immagine secondo cui tutto si deve al “sistema”, facendoci dimenticare che l’algoritmo non sostituisce i prestatori di lavoro e che quando ordiniamo un Blu-ray su Amazon quel disco – prima di arrivarci a casa nel giro di poche decine di ore – deve essere cercato all’interno dei magazzini, imballato, spedito, trasportato e consegnato, con buona pace degli eventuali e maggiori rischi per la salute del lavoratore a pandemia ancora in corso. Una sorta, dunque, di estraniamento sociale, il cui effetto è quello di allontanare l’utente dalle implicazioni pratiche del proprio “ordine”. Tornando all’interrogativo cui si accennava poco sopra, la “rivoluzione copernicana” avutasi con l’avvento dello Stato costituzionale ha progressivamente accresciuto il ruolo dell’individuo, del singolo, nella comunità, mentre contemporaneamente il “catalogo dei diritti” ha conosciuto un successo dirompente, a discapito anche del “catalogo dei doveri”. Prospettiva, quest’ultima, che potrebbe tuttavia portare a risultati fuorvianti allorché – sbagliando – si considerassero i doveri individuali *in toto* sovrastati dagli omologhi diritti. D’altronde, è bene ricordare<sup>18</sup>, “il primato del diritto non implica affatto l’eliminazione del dovere” (pur con una precisazione necessaria: se alle voci sui diritti viene riconosciuta una portata estensiva, capace di portare alla “scoperta” di diritti non enumerati in Costituzione, così non può invece accadere per i doveri,

i quali non possono che conoscere un’interpretazione restrittiva. Sulla base di questo assunto, invero, è da escludersi<sup>19</sup> la possibilità di enucleare nuovi e generici “doveri di solidarietà”).

### 3. (segue) Non per profitto

L’equilibrio, insomma, tra diritti e doveri è cosa complessa, che – in particolare quando si tratta di libertà individuali e doveri di solidarietà, per loro stessa natura votati ad una dimensione (non individuale bensì) sociale – rischia di sfociare in una prevaricazione, costituzionalmente inammissibile, degli uni o degli altri<sup>20</sup>. L’importanza che nell’ordinamento riveste il bilanciamento di interessi in conflitto si comprende altresì appieno volendo richiamare la tesi dei “valori” costituzionali, suscettibili per loro stessa natura di venir relativizzati, divenendo gli elementi di una gerarchizzazione votata alla risoluzione del caso concreto.

Lungi, quindi, dal ritenere gli acquisti online come esemplificativi di una generale mancanza di solidarietà tra cittadini, è comunque possibile ipotizzare che sarebbe un comportamento socialmente preferibile non approfittare delle possibilità offerte dalle piattaforme online, ricorrendovi quando necessario o – comunque – senza abusarne, cercando un equo temperamento tra le differenti esigenze ed interessi in gioco. Ragionando a contrario, attraverso l’assolutizzazione della regola della «massima espansione

<sup>18</sup> N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1989.

<sup>19</sup> Così P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, in cui l’A. specifica come prevedere ulteriori e non meglio specificati doveri andrebbe inevitabilmente a porsi quale limite inaccettabile alla *regola iuris* di espansione delle libertà.

<sup>20</sup> Non è un caso che già in sede di elaborazione del testo costituzionale fu espresso il timore che i doveri inderogabili di solidarietà potessero, all’occorrenza,

fungere da strumento di negazione di quelle libertà personali che invece erano (e dovevano rimanere) il fine della Carta.

Più approfonditamente G. TREVES, *La difesa della libertà individuale nella nuova Costituzione*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1947, come efficacemente ed opportunamente riportato da R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 17.

delle libertà costituzionali»<sup>21</sup> si produrrebbe, infatti, una negazione delle libertà stesse: è, questo «il paradosso delle libertà»<sup>22</sup>, che rende *ictu oculi* evidente e manifesto il rischio, qualora si procedesse in tale direzione solamente individuale ed individualista, di giungere ad un «soggettivismo etico foriero di disgregazione sociale»<sup>23</sup>.

Ogni bilancia, tuttavia, è tale perché ha due piatti. Se da un lato pesa il diritto alla salute del lavoratore, con le possibili implicazioni del rapporto tra questi e le possibilità di acquisto collettive, dall'altro lato non v'è chi non veda che se il mercato online per assurdo si arrestasse, chi ne risulterebbe maggiormente danneggiato sarebbero i lavoratori, ed anzi proprio quei lavoratori costituenti le fila del precariato e delle tutele inadeguate (“*weakest and most helpless class*”)<sup>24</sup>, in quello che diverrebbe dunque un vero e proprio cortocircuito della precauzione<sup>25</sup>.

Tali fattori, dunque, certamente impongono di considerare, nelle pieghe della questione, anche i risvolti in tema di libera iniziativa economica e di dignità reddituale. Ciononostante, non vengono meno quelle esigenze di “misura” cui prima si accennava: è del tutto evidente, infatti, come trattasi di tema che impone la ricerca di una soluzione, e non di una giustificazione (in cui invero si incapperebbe, se ci si limitasse a sacrificare aprioristicamente le menzionate criticità sull'altare del libero mercato). Né, tantomeno, sembra essere sufficiente invocare l'autodeterminazione dei singoli lavoratori, sulla base del presupposto per cui essi (in particolare, per quanto riguarda i

*free riders* del *food delivery*) avrebbero consapevolmente scelto di rendersi disponibili per l'effettuazione delle consegne, accettando dunque anche i rischi da ciò derivanti. Al di là, infatti, di considerazioni di opportunità (anche qui, sembrerebbe di trovarsi davanti più ad un semplicistico e comodo “*escamotage*” che non ad una reale e ponderata riflessione), deve ricordarsi che spesso e volentieri dietro la “libera” scelta di messa a disposizione dei *riders* si cela – in realtà – una subordinazione fittizia, che tanto condivide con il mondo degli *spot-contract* quanto poco con quello dell'imprenditoria individuale. Particolarmente sensibile al problema si è dimostrata la piattaforma *Deliveroo*, cui si deve la recente implementazione – nell'app nativa del “canguro” – di un'opzione di “consegna senza contatto” il cui valore aggiunto è rappresentato dalla possibilità di evitare ogni interazione tra cliente e fattorino, assumendo quale linea direttrice la sicurezza di *riders* e clienti.

Al netto, tuttavia, di pur validi tentativi pratici, è evidente come il problema, più profondo e complesso, non possa ridursi a questo, trattandosi anzi di un'occasione per ripensare il sistema di tutele individuali ed essendo altrettanto chiaro come la nostra impronta umanistica ci imponga – prendendo in prestito un'espressione altrui – di ragionare «non per profitto»<sup>26</sup>. Una decisione basata unicamente su interessi e considerazioni egoistiche (semplicisticamente, «ordino online perché mi è consentito farlo»), così come una decisione collettiva che assuma l'elemento economico quale fattore determinante e primario

<sup>21</sup> P. BARILE, *Op. cit.* in cui si precisa come la regola che vuole un'interpretazione estensiva delle norme relative sia «inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura».

<sup>22</sup> K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1996.

<sup>23</sup> A. BARBERA, citando l'Autore in Amato, G. *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2014, 168.

<sup>24</sup> V. JUDGE, *Chhabria nel caso Cotter v. Lyft Inc.*

<sup>25</sup> A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, in questo fascicolo.

<sup>26</sup> M. C. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2011.

(ancora semplicisticamente, «lasciamo liberi i *ri- ders* di assumersi il rischio di contagio, se dipende da una loro scelta individuale», per cui *supra*), sono entrambe destinate a fallire davanti alla prova dell’etica<sup>27</sup>.

Per questo, assumendo come ancora valido il brocardo per cui *ex facto oritur ius*, la crisi in atto dovrebbe necessariamente (o, quantomeno, auspicabilmente) fungere da leva per riportare l’attenzione sulla portata unitaria del diritto garantito dall’art. 32 Costituzione (nel caso specifico, al di là dei formalismi contrattualistici del caso; ben potendo il lavoro in quanto tale assumere differenti forme di manifestazione)<sup>28</sup>, nonché – ed *a priori* – sul significato di dignità individuale, declinata in tutte le sue possibili sfumature (ivi comprese, dunque, quelle attinenti l’attività economica e lavorativa, di cui gli artt. 36 e 41 Cost. rappresentano unicamente la punta dell’iceberg), con le quali il diritto deve necessariamente confrontarsi, anche nonostante un Parlamento che – proprio nel momento di massimo stress – test delle libertà costituzionali – risulta spesso e volentieri assente.

Solo così potrà elaborarsi una «politica delle libertà»<sup>29</sup> che tenga conto della persona come di un *unicum*, centro di interessi e valori complessi e capace, anche tramite le formazioni sociali<sup>30</sup>, di servirsi del ruolo attivo del legislatore quale non

solo garante ma anche promotore delle tutele individuali.

#### 4. Conclusioni. Solidarietà, misura, dignità *de iure condendo*

Deve insomma arginarsi la tentazione di prescindere dalla politica, alla quale anzi non può che riconoscersi un ruolo di prim’ordine nell’educazione e nella prevenzione. Ne deriva una duplice natura dell’attività al cui perseguimento l’attenzione del legislatore dovrebbe essere rivolta, e verso la quale (anche dopo la L. 128/2019) si richiede un maggiore impiego di risorse e di investimento in termini temporali ed economici. Innanzitutto, il versante solidaristico e dignitario, imprescindibile per una corretta attuazione dei paradigmi costituzionali in materia di salute e lavoro.

In secondo luogo, non può mancare di sottolinearsi ancora il ruolo della sfera educativa. Trattasi comunque e sempre, in fin dei conti, di problematiche che ben potrebbero essere agevolmente ridimensionate in caso di un’adeguata – e scevra da ideologie – attività di informazione. Si noti bene: non per inseguire un modello di “cittadino probò” idealizzato in ottemperanza a volontà e credenze personali dei decisori, bensì piuttosto dal punto di vista dell’interesse pubblico e, *in primis*, dell’individuo stesso<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> S. BOWEN, *Organizational Factors Encouraging Ethical Decision Making: An Exploration into the Case of an Exemplar*, in *Journal of Business Ethics*, 2004.

<sup>28</sup> M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica su lavoro*, in *ADL*, 3, 2010.

<sup>29</sup> A. BARBERA, *Commento all’art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione italiana*, Bologna, 1975, 93.

<sup>30</sup> Sul ruolo delle formazioni sociali nell’ordinamento, esemplificativamente Barbera ancora nel *Commento* (109-110) in cui l’A. precisa come queste vengano «riconosciute e garantite a livello costituzionale [...] nella misura in cui consentano e favoriscano il libero

sviluppo della persona [...]», specificando inoltre come le medesime possano essere «un ostacolo allo sviluppo della persona» qualora non tutelino adeguatamente gli interessi della stessa. Così già anche V. CRISAFULLI, *Individuo e Società nella Costituzione italiana*, Ed. del Diritto del lavoro, Roma, 1954.

<sup>31</sup> «Le libertà devono essere finalizzate allo sviluppo della persona e non essere rese funzionali allo sviluppo di un regime, sia esso lo stesso regime democratico», così A. BARBERA, *Ibid.* Corsivo aggiunto. Sottolinea invece G. AMATO, *Libertà: involucro del tor-naconto o della responsabilità individuale?* in *Politica del diritto* 1990, 56, che l’ordinamento, anche laddove riconosce ampi margini di autonomia

Esortando il legislatore a non fuggire ed anzi a fronteggiare le richieste – di qualunque natura esse siano – provenienti dall’evoluzione sociale, è necessario riuscire ad individuare una *lata μετρίότης*, la sola a poter garantire il soddisfacimento degli interessi individuali in un contesto (che è, e deve rimanere) improntato al

pluralismo: invero, anche senza voler riesumare l’argomento della inattuazione costituzionale, non appare più sufficiente riconoscere determinate tutele o determinati diritti, dovendosi invece porre il cittadino «in condizione di potersene praticamente servire»<sup>32</sup>.

(20 aprile 2020)

---

all’individuo, deve alimentare modalità di esercizio della stessa che favoriscano la necessaria ponderazione nelle scelte da compiere.

<sup>32</sup> P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Milano, 2016.

## La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?

Laura Palazzani\*

THE PANDEMIC AND THE ETHICAL DILEMMA OF LIMITED RESOURCES: WHO TO TREAT?

**ABSTRACT:** The pandemic and the ethical dilemma of limited resources: who to treat? The article assesses the issue of the allocation of health care resources in conditions of scarcity in the context of the bioethical discussion in relation to the CoViD-19 pandemic and the question of access to treatment. The following are analyzed: libertarian theory, utilitarian theory and theories that focus on equality between human beings, comparing conceptual premises and arguments critically, and analyzing the main documents of national and international scientific societies and bioethics committees.

**KEYWORDS:** CoViD-19; pandemic emergency; distribution of resources; quality adjusted life years; equality

**SOMMARIO:** 1. Dalla macro-distribuzione alla micro-distribuzione: problemi di giustizia – 2. Teorie bioetiche a confronto nella discussione su CoViD-19 – 2.1. Teoria libertaria – 2.2. Teoria utilitarista – 2.3. Teorie che pongono al centro l'uguaglianza degli esseri umani – 3. La voce bioetica internazionale.

### 1. Dalla macro-distribuzione alla micro-distribuzione: problemi di giustizia

La questione della distribuzione delle risorse sanitarie non è certo un tema nuovo in bioetica. Da tempo l'etica medica si è posta il problema a diversi livelli ed in diversi ambiti. È un problema di "macro-distribuzione" delle risorse, ossia di decisioni nel contesto delle politiche sanitarie in senso lato (quanto investire nella sanità e in quali settori prioritariamente, rispetto ad altri investimenti). Tali decisioni assumono una specifica declinazione nei diversi Paesi del mondo, nei differenti contesti politici, economici e sociali. Ed è anche un problema di 'micro-distribuzione', ossia di decisioni che le strutture sanitarie e i medici devono prendere quando le risorse sono limitate rispetto alla quantità delle richieste dei pazienti.

La questione della distribuzione delle risorse in sanità apre molti problemi, estremamente complessi sul piano teorico (il problema del rapporto tra pubblico e privato, tra individuo e società), al punto da presentarsi in talune circostanze come veri e propri dilemmi, sul piano concreto ed operativo. I livelli delineati, dalla macro-allocazione alla micro-allocazione, sono strettamente connessi gli uni con gli altri. Ciò significa che se la scelta di una certa politica sociale sanitaria (*planning decisions*) ha successo, tenderanno a diminuire i problemi di selezione dei pazienti (*rationing healthcare*); ma se la politi-

\* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto, Università Lumsa di Roma. Mail: [palazzani@lumsa.it](mailto:palazzani@lumsa.it). Il presente lavoro è aggiornato al 25 aprile 2020.

ca sanitaria e sociale non sono sufficienti ed evidenziano criticità, i dilemmi di giustizia sanitaria tenderanno ad aumentare ed intensificarsi<sup>1</sup>.

Di qui l'emergere di un problema, al centro del dibattito bioetico: come distribuire le risorse scarse? In una situazione ideale di disponibilità sufficiente di risorse per tutti, il problema non sussiste: ma la realtà ci mostra, in modo inesorabile, l'inevitabilità del problema. Si pensi agli scenari di medicina di guerra e di medicina delle catastrofi; all'accesso per coloro che sono in attesa di organi da trapiantare; alla definizione di priorità nella gestione "quotidiana" del pronto soccorso, dei ricoveri, dell'uso di farmaci o di tecnologie costose.

Oggi, la pandemia CoViD-19 ci rende evidente, in modo drammatico e urgente, l'esistenza del problema. Da un lato la crescita rapida e crescente della infezione (l'alta percentuale di pazienti che necessitano di ricoveri, l'accesso e permanenza anche prolungata nei reparti di terapie intensive con uso di ventilazione assistita), dall'altro il limite delle risorse (numero di posti letto, disponibilità di farmaci e tecnologie, presenza di personale medico ed infermieristico), fanno emergere l'allarmante e drammatica necessità di tali scelte.

Si stanno facendo tutti gli sforzi possibili per ampliare le risorse distribuibili per evitare di trovarsi di fronte alla tragica decisione di chi curare e non curare: aumentando i posti letto in terapia intensiva, trasformando e allestendo nuovi reparti, trasferendo pazienti in altre strutture, comprando le tecnologie necessarie, incrementando il personale, predisponendo nuove strutture, sollecitando i cittadini ad essere responsabili nei loro comportamenti per evitare di ammalarsi e di trasmettere il contagio.

Ma se e quando ci si trova di fronte alla scelta di chi includere e di chi escludere dal ricovero, dall'accesso alla terapia intensiva o alla ventilazione, si può scegliere? E su che basi si sceglie? Queste le domande inquietanti che emergono.

È importante, sul piano concettuale, approfondire i diversi concetti e modelli di giustizia nel dibattito attuale. Il problema dell'allocazione delle risorse in sanità è destinato a restare inevitabilmente aperto: il compito della bioetica al riguardo è quello di indicare e giustificare i criteri etici di riferimento su un piano inevitabilmente astratto rispetto alla concretezza della drammaticità di chi si trova in prima linea, nella concretezza delle scelte. L'importante è che la scelta sia ponderata e razionalmente giustificata. È inaccettabile la 'lotteria casuale' o sorteggio come criterio per risolvere un dilemma distributivo: anche se, a volte, a fronte dell'impossibilità di decidere, sembrerebbe essere l'unica soluzione.

Si registra un accordo sul fatto che la distribuzione debba essere "giusta", secondo il significato condiviso di giustizia come "non danneggiare l'altro" e "dare a ciascuno il suo". Ma, nell'ambito della discussione pluralista esistono modi diversi di concepire sul piano teorico la giustizia e di applicarla sul piano pratico. E queste teorie si stanno riaffacciando nella discussione oggi, con maggiore o minore intensità, o con diverse formulazioni, anche nel contesto di pronunciamenti di società scientifiche (in particolare di intensivisti e anestesisti, direttamente coinvolti nella questione) e di Comitati nazionali e internazionali di bioetica.

<sup>1</sup> Per una attenta analisi del rapporto tra macroallocazione e microallocazione cfr. L. D'AVACK, *CoViD-19: criteri etici*, in questo fascicolo.

## 2. Teorie bioetiche a confronto nella discussione su CoViD-19

### 2.1. La teoria libertaria

La teoria del libertarismo, a partire da una antropologia individualistica e da un'etica soggettivista (secondo la quale i valori individuali sono privati ed equivalenti), pone al centro della riflessione bioetica la difesa dei diritti individuali di libertà<sup>2</sup>.

In questo contesto la giustizia coincide con la tutela dell'autodeterminazione individuale: "non danneggiare" assume il significato di non impedire o restringere la libertà dell'"altro". In questo ambito assume un particolare rilievo la giustizia commutativa, che si limita a controllare la correttezza dei contratti tra individui liberi. La giustizia distributiva si riduce al minimo, in quanto lo Stato ha l'obbligo di astenersi da ogni intervento che interferisca con la libertà soggettiva. "Dare a ciascuno il suo" assume il significato di attribuire ad ogni individuo libero risorse e beni secondo i meriti, le capacità, il contributo che fornisce, la libera iniziativa: in questo senso la minimizzazione delle funzioni dello Stato (*minimum State*) deve lasciare spazio al libero mercato (*maximal market*)<sup>3</sup>.

L'argomento alla base di questo modello di giustizia è la considerazione secondo la quale la società non è responsabile delle disuguaglianze: l'assenza della responsabilità sociale deriva dal fatto che i risultati della "lotteria naturale" (ossia dei cambiamenti imprevedibili della sorte di un individuo a causa di forze naturali, danni naturali o malattie, come il caso della pandemia) e della "lotteria sociale" (ossia dei cambiamenti imprevedibili dovuti ad azioni sociali, dunque la distribuzione di vantaggi/svantaggi nella società) sono "sfortunati", non iniqui o ingiusti. Ne consegue che la società non è tenuta a compensare le differenze o a riparare i danni, non essendoci un obbligo diretto di aiutare i bisognosi. Semmai rimane possibile avere un atteggiamento filantropico, meramente volontario, verso chi è più emarginato: ma resta fermo il principio di autonomia, per il quale il bisogno degli altri non deve vincolare o condizionare la libertà individuale. In questa prospettiva i diritti di autonomia degli individui prevalgono sui doveri sociali di beneficenza.

A livello micro-allocativo, nelle scelte di selezione dei pazienti si tende a preferire il giovane rispetto all'anziano, il ricco rispetto al povero, l'individuo che riveste importanti cariche sociali rispetto a chi è ai margini nella società, chi è più autonomo rispetto a chi lo è meno o non lo è più, ossia chi ha perso la capacità cognitiva ed è in condizione di dipendenza da altri. Si tratta di un approccio economicistico, secondo il quale la selezione dei pazienti per il trattamento avviene in base alla libera scelta individuale e alla capacità di pagare (*ability to pay*). In tale senso si parla di diritti "negativi" all'assistenza sanitaria: ha diritto all'assistenza sanitaria chi se lo può permettere, che non deve subire interferenze o ostacoli da parte dello Stato o di terzi.

Questa teoria presente sul piano del dibattito teorico, e che ha ispirato alcune politiche sanitarie, è scarsamente menzionata nell'ambito della discussione sulla pandemia CoViD-19. Anche i sistemi sanitari dei Paesi ispirati a tale modello hanno cercato e stanno cercando soluzioni non individualistiche comprendendo la priorità della tutela della salute pubblica. Per certi aspetti la proposta basata sulla

<sup>2</sup> M. CHARLESWORTH, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, Roma, 1996, 92; H.T. ENGELHARDT jr., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999, 391 ss.

<sup>3</sup> È la teoria che si ispira al pensiero di R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia. I fondamenti dello Stato minimo*, Firenze, 2000.

“herd immunity” (o immunità di gregge) segue questo approccio, che si basa sull’idea di non imporre restrizioni ma lasciare la spontaneità dei comportamenti individuali responsabili, nella convinzione che l’epidemia si fermi nel momento in cui si sarà raggiunto un sufficiente numero di persone sopravvissute alla infezione. Un approccio liberale-libertario che si ispira alla strategia del “*laissez-faire*” tende a non intervenire nella pandemia, lasciando l’esposizione ai rischi (delle persone più vulnerabili) con l’obiettivo di immunizzare la comunità (i “più forti” si salvano dalla patologia e sopravvivono immunizzati, assicurando la protezione della comunità), con benefici complessivi e costi in termini economici più contenuti.

Si tratta di un approccio che garantisce un successo nell’ambito delle vaccinazioni, ma non provato e non condiviso dagli scienziati nell’applicazione alle pandemie in generale e alla pandemia CoViD-19 in modo specifico, data la virulenza e la rapidità della diffusione del virus e date le incertezze rispetto alle immunizzazioni. A ciò vanno aggiunte le prevedibili conseguenze negative per gli individui e la società al livello delle singole nazioni ma anche al livello internazionale (il non contenimento in un Paese diviene pericoloso per gli altri), con l’inevitabile aumento delle diseguaglianze, senza la garanzia del risultato. Un approccio che porta inevitabilmente al sovraccarico del Sistema sanitario, mettendo a repentaglio la vita e la salute di tantissimi cittadini.

Il Comitato Nazionale di Bioetica della Germania (Deutscher Ethikrat), nel parere *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis, Ad Hoc Recommendation* (27 marzo 2020)<sup>4</sup>, affronta esplicitamente la questione prendendo le distanze dal modello libertario, nel contesto specifico di CoViD-19: «Date le caratteristiche del nuovo virus, la distribuzione dei rischi, e le aspettative delle ricadute sul sistema sanitario, in modo particolare sul sistema ospedaliero, la strategia del “*laissez-faire*” sembra irresponsabile».

In questa direzione si è pronunciato anche il Comitato Internazionale di Bioetica dell’Unesco (IBC), che insieme alla Commissione Mondiale per l’Etica della Conoscenza Scientifica e delle Tecnologie (COMEST) con il documento *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective* (26 marzo 2020)<sup>5</sup>, che ha espresso una posizione contro la nozione di “herd immunity”, ritenendo che «necessita di una cauta revisione etica, considerando l’impatto sul numero di vite esposte a minacce e condizioni mediche di insostenibilità data la mancanza di disponibilità di strutture per cure intensive anche in Paesi sviluppati. In un contesto di incertezza con possibili conseguenze negative devastanti per la salute e la vita di individui e comunità rende le politiche basate su questa nozione “pratiche non etiche» perché agiscono nella direzione individualistica, contro lo sforzo di costruire una risposta comune globale alla pandemia.

Il modello libertario è dunque oggetto di critica per le implicazioni umane e sociali che ne conseguono, in particolare nei confronti dei più deboli, dei poveri e degli emarginati. Tale modello non tiene in adeguata considerazione gli effetti sociali delle azioni individuali, nella falsa speranza che una “mano invisibile” risolva i problemi, accentuando l’egoismo soggettivo, la logica fredda del calcolo e l’indifferenza ai bisogni, negando la dimensione costitutiva della responsabilità sociale verso se stessi e verso gli altri.

<sup>4</sup> <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/englisch/recommendation-coronavirus-crisis.pdf> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>5</sup> <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

## 2.2. La teoria utilitarista

Nell'ambito della teoria utilitarista, basata sull'etica consequenzialista nella versione collettivista della ricerca del miglior saldo di piacere sul dolore (inteso come massimizzazione dei benefici e minimizzazione dei danni) per il maggior numero di individui, la giustizia assume il significato di "non danneggiare" nel senso di non procurare o aumentare la sofferenza dell'"altro" riferito all'individuo avente interessi. La giustizia secondo l'utilitarismo coincide con la garanzia di un certo livello di qualità della vita, intesa come benessere nel bilanciamento piacere e dolore: la distribuzione mira a dare al maggior numero possibile di individui la soddisfazione dei loro interessi, per garantire la convenienza e l'efficienza, ossia il prevalere di benefici sui costi. L'assegnazione delle risorse va orientata al raggiungimento, a parità di spesa, del miglior risultato pragmatico possibile in rapporto alla produttività sociale<sup>6</sup>. Ogni obbligazione sociale è giustificata in vista del raggiungimento del vantaggio collettivo: se i trattamenti sono inutili o futili, ossia il potenziale beneficio è poco probabile o comunque molto limitato a fronte di elevati costi (in termini di sofferenza e di costi economici), essi non sono dovuti, anzi è obbligatorio non attivarli o sospenderli per il vantaggio sociale.

In questa prospettiva, si privilegia il paziente con migliore prospettiva in termini di recupero, misurato sulla quantità e qualità di vita, giustificando il non trattamento per chi si trova in condizione di scarsa qualità di vita. Tale strategia è espressa dalla formula "quality adjusted life years" (QALY), ossia numero di anni di vita tenuto conto della qualità e dei costi, per il maggior numero di individui. L'assegnazione delle risorse limitate in termini di accesso alle cure è ritenuta giusta quando raggiunge, a parità di spesa, il miglior risultato pragmatico possibile in rapporto alla convenienza, dunque al numero di pazienti che sopravvivono con la prospettiva di anni di vita da vivere, con qualità. Tale scelta, se espressa in termini radicali, porta inevitabilmente alla emarginazione dei soggetti più deboli, considerati "marginali" (anziani, malati terminali, persone con disabilità).

La teoria utilitarista è al centro della discussione nella pandemia CoViD-19. È in questo contesto che è emerso il dibattito sul c.d. "ageismo" (*ageism*), ossia la discriminazione in base all'età: l'approccio utilitarista inevitabilmente, in modo esplicito o implicito, correla il massimo beneficio ottenibile in contesti di risorse limitate con il privilegio delle persone più giovani rispetto alle persone più anziane, che hanno meno aspettativa di vita (in termini di numero di anni da vivere oltre che di livello presumibile di qualità) e hanno già vissuto anni di vita. Nell'ambito della pandemia CoViD-19 questo aspetto è particolarmente rilevante, essendo colpite dal virus in modo particolare le persone anziane. Anche la discussione sulla discriminazione delle persone con disabilità, sia fisiche che psichiche, è emerso in modo forte in questo contesto, con esplicite politiche o pronunciamenti di esclusione dall'accesso di persone con un certo livello di disabilità, anche con esplicito riferimento all'assenza o riduzione di capacità cognitive<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, 1991; J. HARRIS, *Qualifying the Value of Life*, in *Journal of Medical Ethics*, 13, 1987, 117-123; J. HARRIS, *The Value of Life*, London, 1985. Secondo l'autore la qualità della vita (in termini di aumento del benessere e riduzione della sofferenza) è l'unità di misura della salute e del valore della vita (ossia della vita degna di essere vissuta).

<sup>7</sup> Office for Civil Rights at the U.S Department of Health and Human Services, *Bullettin: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 March 2020 con riferimento alle politiche di esclusione dall'accesso alle cure di persone con disabilità.

L'orientamento utilitarista è presente, seppur con toni mitigati, nel documento della Organizzazione Mondiale della Sanità, prima di CoViD-19, con riferimento in generale alle pandemie *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks* (2016)<sup>8</sup>, ove si fa riferimento al «numero totale di vite salvate, numero totale di anni di vita salvati, o numero totale di “quality-adjusted life years saved”», anche se bilanciato con il riferimento alla equità e al dovere di non abbandonare i pazienti vulnerabili.

Su questa linea, la Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias e la Sociedad Española de Enfermería Intensiva y Unidades Coronarias, *Plan de Contingencia para los Servicios de Medicina Intensiva frente a la pandemia COVID-19* (marzo 2020)<sup>9</sup>, con esplicito riferimento al limite dei trattamenti per persone anziane (con indicazione anche dell'età) e persone con disabilità cognitive.

Tale discussione è emersa in Italia con riferimento al documento alla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI), *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio* (13 marzo 2020)<sup>10</sup>. Nel contesto di un documento apprezzabile per la linearità argomentativa, emergono alcuni elementi che, seppur non esplicitamente utilitaristi, presentano alcuni elementi interpretabili in questa logica. In particolare in due passaggi. Il primo passaggio riguarda la possibilità di «porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva», al fine di consentire l'accesso «a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone». Va riconosciuto che primario rimane il principio della «probabilità di sopravvivenza», ma a parità di condizioni il criterio anagrafico viene introdotto (numero di anni di vita salvata)<sup>11</sup>. In un altro punto il documento afferma: «la presenza di comorbidità e lo status funzionale devono essere attentamente valutati, in aggiunta all'età anagrafica», sembrerebbe riportare il criterio anagrafico come primario, a cui si aggiunge il criterio clinico e prognostico. La ragione che giustifica questa scelta nel documento è spiegata con riferimento al fatto che le stesse risorse potrebbero essere usate per un tempo più breve per un paziente meno grave risparmiando rispetto all'uso per pazienti anziani e fragili. Si tratta di un approccio che, pur nella comprensibilità della situazione drammatica di eccezionalità della pandemia, rischiano di introdurre nella prassi criteri d'impostazione utilitarista. Il secondo passaggio riguarda il «non dover necessariamente seguire un criterio di accesso alle cure intensive di tipo *first come, first served*»: qui non si tratta solo di negare l'ordine di arrivo come criterio di distribuzione nelle risorse (definendo diverse priorità cliniche), ma anche di ammettere la possibilità di non fare accedere un paziente

<sup>8</sup> <https://apps.who.int/iris/handle/10665/250580> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>9</sup> <https://semicyuc.org/2020/03/la-semicyuc-presenta-el-plan-de-contingencia-para-los-servicios-de-medicina-intensiva-frente-a-la-pandemia-de-covid-19/> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>10</sup> <https://bit.ly/2LWqq3X> (ultima consultazione 25 aprile 2020). Il gruppo di lavoro composto da: Marco Vergano, Guido Bertolini, Alberto Bertolini, Giuseppe Gristina, Sergio Livigni, Giovanni Mistraretti, Flavia Petrini.

<sup>11</sup> Questo elemento è emerso nelle dichiarazioni di Lorenzo d'Avack, Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha affermato: «Non dobbiamo dimenticare che il punto di riferimento deve restare la carta costituzionale, che riconosce lo stesso diritto per tutti i cittadini a ricevere le cure necessarie alla tutela della salute» (ansa, 13 marzo 2020).

“presente” al pronto soccorso o in reparto lasciando aperta la possibilità di cura per un successivo paziente “futuro” che potrebbe avere migliore prognosi, in termini di quantità e qualità di vita.

Il criterio utilitarista dei QALY è suscettibile di obiezioni sul piano scientifico e filosofico. Una prima obiezione riguarda l'incertezza e la difficoltà a calcolare la predizione probabilistica del numero di anni di vita da vivere; inoltre la soggettività del modo di intendere e vivere la qualità di vita, non oggettivabile e non proiettabile su altri e la variabilità individuale rispetto alla “media” generalizzata riferita a gruppi di individui. È difficile applicare il criterio utilitaristico a causa della impossibilità di misurare e comparare la qualità di vita di persone diverse in differenti circostanze, anche rispetto a pazienti non ancora clinicamente valutati. L'approccio utilitarista introduce distinzioni estrinseche tra vite con dignità o senza dignità, tra vite con più o meno dignità, in base a condizioni di vita di qualità, numero di anni da vivere, recuperabilità (in termini di guarigione della malattia e di benessere), negando il riconoscimento della dignità intrinseca di ogni essere umano e del suo diritto fondamentale alla cura della salute.

### 2.3. Le teorie che pongono al centro l'uguaglianza tra gli esseri umani

Vi sono teorie che, sulla base di diversi fondamenti e argomenti, condividono, nel contesto della questione della distribuzione di risorse scarse, la centralità dell'uguaglianza tra gli esseri umani nell'accesso alle cure.

La teoria dell'egualitarismo sociale, a partire da un'antropologia individualistica moderata, riconosce la priorità del valore dell'uguaglianza. L'intervento dello Stato (o Stato del benessere) è considerato rilevante per evitare gli inconvenienti del libero mercato. In questo contesto la giustizia, che è concepita come avente origine da un accordo pratico convenzionale, esprime l'esigenza di tutelare i diritti di libertà di tutti e l'equità nell'accesso alle risorse. È la teoria che si ispira a J. Rawls che, immaginando l'ipotesi fittizia di una «posizione originaria» dietro un «velo di ignoranza», ritiene che si possa raggiungere un accordo intersoggettivo razionale sulla giustizia<sup>12</sup>, articolato in due principi: il principio di uguaglianza nell'assegnazione dei diritti/doveri, ove la protezione della libertà è limitata dal riconoscimento dell'uguale libertà a tutti, e il principio di differenza o compensazione delle ineguaglianze sostanziali mediante la regola del «maximin», secondo la quale la distribuzione è giusta se produce benefici compensativi per i meno avvantaggiati. Su tali basi, se ognuno ignorasse chi è (quale è la sua condizione alla nascita, la sua età, la sua condizione personale e sociale) non potrebbe che accogliere il criterio egualitario di giustizia come il criterio «più giusto»<sup>13</sup>. È la teoria del «mercato minimo» e dello «Stato massimo», che, riducendo gli spazi della libera iniziativa, intende garantire standard minimi di cura e assistenza come diritti “positivi”. L'argomento alla base di questa prospettiva è la necessità che la società si faccia carico delle disuguaglianze derivanti dalla «lotteria naturale» e dalla «lotteria sociale»: le disuguaglianze naturali e sociali vanno corrette e riparate in quanto

<sup>12</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982; Id., *La giustizia come equità (saggi 1951-1969)*, Napoli, 1995.

<sup>13</sup> Nella versione del «*welfare egalitarianism*» sono riconosciute le «pari opportunità» (a prescindere dalla situazione psico-fisica e socio-economica, ognuno deve avere le stesse chance: i meno avvantaggiati devono poter competere in termini eguali con chi è in condizione più favorevole) e nella versione del «*socialist egalitarianism*» si ritiene che si debba «dare all'indigente ciò di cui ha bisogno», anche nel senso di risorse materiali, con il riconoscimento particolare e il sostegno delle situazioni di debolezza e fragilità.

ritenute ingiuste, nel continuo sforzo di compensazione delle differenze. Cura ed assistenza sanitaria sono considerati bisogni fondamentali che vanno garantiti al cittadino, “massimizzando il minimo”, ossia aumentando la possibilità e l’opportunità di accesso alle cure e all’assistenza per i meno avvantaggiati, considerando tali condizioni “immeritate limitazioni di opportunità” che vanno ristabilite<sup>14</sup>.

È la prospettiva condivisa in bioetica dalla teoria del «principalismo», che ammette la possibilità di trovare un consenso, pur nella differenza delle teorie etiche, sul diritto ad un «minimo decente di cure» e di assistenza sanitaria come un aspetto della tutela sociale contro minacce esterne dalle quali l’individuo non può proteggersi da solo, considerando la malattia in generale – in questo caso specifico della pandemia – una condizione analoga alla guerra, alla criminalità e alle calamità naturali<sup>15</sup>. L’equa opportunità prevede che le possibilità di accesso ai benefici sanitari e sociali siano aperte a tutte le persone, a prescindere dagli svantaggi immeritati da cui possono essere afflitte.

La teoria comunitaria, nella convinzione che l’etica si incarni nelle pratiche o azioni sociali delle comunità, che definiscono i valori collettivi condivisi di “vita buona”, è una prospettiva che rivaluta cooperazione e responsabilità del gruppo per l’individuo e dell’individuo per il gruppo, affermando la giustizia come bene comune nella solidarietà. È l’approccio che si interseca con la teoria della virtù, che riconosce la doverosità del trattamento in funzione dei valori buoni condivisi nell’ambito della comunità e della virtù intrinseca dell’agire medico, come responsabilità a curare e prendersi cura del malato. In questo senso l’etica biomedica, basata su valori comunitari, porta a ritenere che nella distribuzione di risorse scarse non si debba tenere conto solo della durata della vita di qualità e l’efficacia tecnologica, ma anche del dovere di “umanizzazione” della cura con una medicina equa e sostenibile che sappia combinare il mercato con le cure necessarie a tutti<sup>16</sup>. In particolare la teoria della virtù, che pone al centro la responsabilità deontologica del medico nei confronti di chi è più bisognoso, si basa sulla priorità del principio di beneficenza nella relazione medico-paziente, sull’affidamento fiducioso del paziente al medico e sull’obbligo etico (oltre che deontologico) del medico di curare la malattia. La virtù è l’obbligazione etica che scaturisce dall’“atto della professione” e dall’“atto medico” di fronte al “fatto della malattia”<sup>17</sup>.

Sulla stessa linea, la teoria personalista che pone al centro il riconoscimento della dignità intrinseca dell’essere umano<sup>18</sup>, intende la giustizia nel significato di «non danneggiare alcuno», come protegge-

<sup>14</sup> N. DANIELS, *Health Care Needs and Distributive Justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, 146-179; R. GREEN, *Health Care and Justice in Contract Theory Perspective*, in R. VEATCH, R. BRANSON (eds.), *Ethics and Health Policy*, Cambridge, 1976, 111-126.

<sup>15</sup> J.F. CHILDRESS, *Priorities in Biomedical Ethics*, Philadelphia, 1981.

<sup>16</sup> La visione comunitaria è esemplificata in un documento della President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical Research, *Securing Access to Health Care*, ove si scrive: «la profondità della sollecitudine di una società per l’assistenza sanitaria può essere vista come misura del senso di solidarietà di fronte alla sofferenza e alla morte» (Washington D.C., 1983).

<sup>17</sup> E.D. PELLEGRINO, *Rationing Health Care: Inherent Conflicts within the Concept of Justice*, in W.D. BONDESON, J.W. JONES (eds.), *The Ethics of Managed Care: Professional Integrity and Patient Rights*, Dordrecht, 2002, 1-18.

<sup>18</sup> Cfr. E. SGRECCIA, *Economia e salute: considerazioni etiche*, in *Medicina e Morale*, 1, 1986, 31-46; A. BOMPIANI, *Economia ed etica nello sviluppo del sistema sanitario italiano*, in *Medicina e Morale*, 5, 1996, 923-932; A.G. SPAGNOLO, D. SACCHINI, A. PESSINA, M. LENOCI (a cura di), *Etica e giustizia in sanità: questioni generali, aspetti metodologici e organizzativi*, Milano, 2004; L. PALAZZANI, *Teorie della giustizia e allocazione delle risorse sanitarie*, in *Medicina e Morale*, 5, 1996, 901-921; Id., *Teorie della giustizia e allocazione delle risorse sanitarie*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Valori giuridici fondamentali*, Roma, 2012, 111-131.

re (in senso negativo) e rispettare (in senso positivo) la vita di ogni essere umano e nel significato di «dare a ciascuno il suo», come riconoscere ad ogni essere umano ciò che gli “spetta” ontologicamente, in forza della stessa natura umana. Secondo questo modo di intendere la giustizia, ogni essere umano ha sostanzialmente gli stessi diritti di qualsiasi altro essere umano pur nella diversità di condizioni. In questo ambito si riconosce il dovere diretto della società di salvaguardare il bene comune, come l'insieme delle condizioni che promuovono e difendono la dignità umana: in tal senso le disuguaglianze naturali e sociali sono considerate inique, e alla società spetta il compito di ristabilire, per quanto possibile, un equilibrio sociale, operando attraverso il bene delle singole persone.

Pur nella diversità argomentativa, tali teorie, applicate alla selezione dei pazienti per l'accesso alle cure, riconoscono come unico criterio applicabile quello della valutazione medica oggettiva, caso per caso, della condizione clinica del paziente, dell'urgenza e della gravità della condizione (considerando la condizione della malattia o la eventuale presenza di altre malattie) e della presumibile efficacia prognostica del trattamento in termini di probabile guarigione, secondo i criteri di proporzionalità ed appropriatezza. Qualsiasi deviazione dalla logica della uguaglianza e della equità (come giustizia del caso singolo), introduce elementi arbitrari di discriminazione. Il criterio dell'età o della preferenza della vita meno vissuta e aperta al futuro rispetto alla vita più vissuta, della qualità di vita probabile, della disponibilità finanziaria, del ruolo sociale, della disabilità o dipendenza, della capacità o efficienza produttiva, del costo sociale, della responsabilità rispetto alla patologia contratta, della nazionalità, dell'etnia, sono criteri inaccettabili in quanto extra-medici, che stabiliscono arbitrariamente ed estrinsecamente disuguaglianze tra gli individui umani.

Il punto di partenza è il riconoscimento “di principio” che tutti devono essere curati. Se “di fatto” le circostanze (quali la scarsità di risorse) costringono inevitabilmente a non potere curare tutti, ma a curare alcuni e non altri, il criterio non può essere definito su basi soggettive o sociali (non mediche), ma dovrebbe essere definito solo su basi oggettive (mediche), ossia sulla base delle condizioni cliniche del paziente. È evidente che le risorse scarse non possono essere usate male e sprecate, ma devono essere efficaci, ossia usate per salvare vite umane. Ma non bisogna dimenticare che al centro vanno posti i bisogni di ogni persona malata. Nel caso della pandemia, va anche ricordato che tale criterio va applicato per tutti i pazienti: la selezione non deve portare ad un trattamento differenziato tra malati di infezione e malati di altre patologie, essendo eticamente dovuta la vigilanza sulla continuità della presa in cura degli altri pazienti. Proprio coloro che sono più vulnerabili, come le persone anziane o con disabilità, le persone povere, non devono essere emarginate da logiche selettive ispirate all'individualismo o alla convenienza sociale. Questo non significa comunque trattare “ad ogni costo” o attuare pratiche di accanimento clinico, che devono essere sempre doverosamente sospese quando sproporzionate, inefficaci e gravose, così come va rispettata l'autonomia del paziente di rifiuto o rinuncia a trattamenti, con la verifica della consapevolezza e della piena informazione delle conseguenze.

È questa la posizione espressa da molte società scientifiche<sup>19</sup> e da Comitati di bioetica, nazionali ed internazionali. In particolare si ricorda il Comité Consultative National d'Etique in Francia nel docu-

<sup>19</sup> Su questa linea si orientano, seppur con alcune differenze, alcune linee guida di società scientifiche. La Belgian Society of Intensive Care Medicine *Ethical Principles concerning Proportionality of Critical Care during the 2020 Covid-19 Pandemic in Belgium: Advice* (2020) afferma: «nonostante l'età avanzata sia associata a peggiori

mento *Enjeux éthiques face à une pandémie* (13 marzo 2020)<sup>20</sup>, che ritiene nel quadro dei principi etici del rispetto della dignità e giustizia, l'esigenza che l'epidemia non aggravi una situazione di ingiustizia che già esiste; la giustizia va declinata in senso egualitario e di equità, considerando i bisogni del singolo nella circostanza, prendendo le distanze dall'utilitarismo.

Il Nuffield Council on Bioethics in Inghilterra nel documento *Ethical Considerations in Responding to the Covid-19 Pandemic* (2020)<sup>21</sup>, pur soffermandosi in prevalenza su questioni di politica sociale, ribadisce la necessità di un criterio "imparziale" per la micro-distribuzione che riconosca un uguale valore morale ad ognuno (*equal moral worth*). Il *Deutscherethikrat* in Germania nel documento citato, ritiene il criterio della dignità umana l'unico garante dell'uguaglianza contro ogni forma di discriminazione (di genere, origine etnica, età, ruolo sociale, disabilità), affermando che ogni differenziazione, diretta o indiretta, con riferimento alla protezione della vita sia inaccettabile. In particolare si distingue tra "triage ex ante", che può anche "lasciare morire" alcuni pazienti data la scarsità di risorse e l'impossibilità fattuale di salvarli (ammettendo che nessuno può essere obbligato a fare l'impossibile) e "triage ex post" affermando che non è mai legittima la discontinuità del trattamento, ossia la sospensione di un trattamento proporzionato, per salvare un altro paziente mediante ri-assegnazione delle risorse. Il Comitato sammarinese di Bioetica ha ribadito per CoViD-19 un principio espresso nel documento *Bioetica delle catastrofi* (2017) della «priorità dei trattamenti calcolata sulla base di una corretta applicazione del triage, nel rispetto di ogni vita umana, indipendentemente dall'età, dal genere, dall'appartenenza sociale o etnica, dall'abilità»; nel documento *Risposta alla richiesta di parere urgente su aspetti etici legati all'uso della ventilazione assistita in pazienti di ogni età con gravi disa-*

---

esiti in CoViD-19, l'età isolatamente non può essere usata per decisioni di triage, ma dovrebbe essere integrata con altri parametri»; «molti pazienti di CoViD-19 sono anziani, ma l'età in sé non è un buon criterio per decidere sulla sproporzionalità delle cure. Le priorità dovrebbero essere decise sulla base della urgenza medica». Su questa linea anche il documento *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (Covid-19), Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to Covid-19. Managing Uncertainty, Safeguarding Communities, Guiding Practice* dell'Hastings Center (17 marzo 2020), che richiama la rilevanza dei comitati di etica clinica a sostegno delle decisioni complesse, e richiama il principio di uguaglianza ed equità nella distribuzione di risorse scarse. Il Department of Health Ireland, *Ethical Considerations Relating to Critical Care in the Context of Covid-19* (2020) afferma, nell'ottica della minimizzazione della perdita di vite e massimizzazione del beneficio, l'accesso per pazienti sulla base dell'urgenza, gravità e con prognosi favorevole. Netta la posizione di Malta, *Managing the Covid-19 Pandemic in Malta, Prudential Clinical Judgments in the Allocation of Healthcare Resources* (2020) che riconosce l'uguaglianza morale di tutti i pazienti senza discriminazione. L'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse* (2020) sottolinea l'equità necessaria e riconosce come inaccettabile la disparità di trattamento legate a età, sesso, luogo di residenza, nazionalità, confessione religiosa, posizione sociale, situazione assicurativa o invalidità cronica. Il criterio determinante a livello di triage è la prognosi a breve termine: vengono accettati in via prioritaria i pazienti che, se trattati in terapia intensiva, hanno buone probabilità di recupero, la precedenza viene data ai pazienti che possono trarre il massimo beneficio dal ricovero in terapia intensiva.

<sup>20</sup> [https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/reponse\\_ccne\\_-\\_covid-19\\_def.pdf](https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/reponse_ccne_-_covid-19_def.pdf) (ultima consultazione 25 aprile 2020). Il documento riprende principi enunciati nel documento precedente *Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale*, 2009.

<sup>21</sup> <https://www.nuffieldbioethics.org/news/responding-to-the-covid-19-pandemic-ethical-considerations> (ultima consultazione 25 aprile 2020).



bilità in relazione alla pandemia di Covid-19 (16 marzo 2020)<sup>22</sup> il comitato ribadisce che la disabilità non può mai essere un criterio di esclusione, sulla base del principio di uguaglianza tra ogni essere umano a prescindere dalle differenze.

Su una posizione analoga il Comitato di Bioetica della Spagna, *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus* (25 marzo 2020)<sup>23</sup>, che introduce un modello misto<sup>24</sup>, della utilità sociale (nel senso di massimizzare i benefici, nell'ambito di risorse limitate), tenendo presente i principi di uguaglianza e vulnerabilità come prioritari. La Commissione di Bioetica dell'Austria, nel parere *Zum Umgang mit knappen Ressourcen in der Gesundheitsversorgung im Kontext der Covid-19-Pandemie* (marzo 2020)<sup>25</sup> definisce il criterio del triage con riferimento al criterio clinico e prognostico. Il Conselho Nacional de Etica para as Ciências da Vida in Portogallo nel documento *The Public Health Emergency caused by the Covid-19 Pandemics, Relevant Ethical Issues* (April 2020) sottolinea necessità, efficacia e proporzionalità come i criteri della selezione delle priorità di cura. Nel documento del Comitato Nazionale del Lussemburgo *Repères éthiques essentiels lors de l'orientation des patients dans un contexte de limitation des ressources thérapeutiques disponibles due à la crise pandémique du COVID-19* (31 mars 2020)<sup>26</sup> si parte del principio della dignità umana intangibile, per dedurre i principi di equità e giustizia.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica in Italia nel parere *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* (8 aprile 2020)<sup>27</sup> partendo dai principi Costituzionali (in particolare l'art. 32 sulla tutela della salute, l'art. 2 sui doveri di solidarietà e l'art. 3 sull'uguaglianza) e dalla Legge 833 (1978), istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, ribadisce che «è doveroso fare sempre tutto il possibile per garantire a tutti, nessuno escluso», rispettando «i principi di giustizia, equità e solidarietà, per offrire a tutte le persone eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito». Il criterio clinico è considerato il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse, sottolineando che «ogni altro criterio di selezione definito aprioristicamente, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità<sup>28</sup>, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile». Con riferimento al triage in emergenza pandemica, il documento esplicita i criteri di "appropriatezza clinica", intesa come valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento all'urgenza e alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di

<sup>22</sup><http://www.sanita.sm/on-line/home/bioetica/comitato-sammarinese-di-bioetica/pareri-csb.html> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>23</sup><https://bit.ly/2ZsqoJ7> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>24</sup> E.J. EMANUEL ET AL., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 23 March 2020.

<sup>25</sup><https://bit.ly/2ZqvvcY> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>26</sup><https://cne.public.lu/dam-assets/fr/publications/avis/Prise-de-position-COVID-19.pdf> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>27</sup> Cfr. anche precedenti documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica: *Etica, sistema sanitario e risorse* (1998) e *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute* (2001). <https://bit.ly/3ecTArE> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>28</sup> Cfr. Office for Civil Rights (OCR) at the U.S Department of Health and Human Services (HHS), *Bulletin: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 March 2020.

guarigione e il criterio di “attualità”, che include, oltre ai pazienti «fisicamente presenti», anche la «comunità dei pazienti» (non solo ammalati di CoViD-19), ammettendo la revisione di liste di attesa includendo anche i pazienti che sono stati valutati e osservati da un punto di vista clinico, collocati temporaneamente in reparti subintensivi o a domicilio, ma che si aggravano improvvisamente. Una decisione e programmazione, quella del triage, che deve sempre «evitare la formazione di categorie di persone che poi risultino svantaggiate e discriminate».

### 3. La voce bioetica internazionale

Il tema è stato affrontato anche da comitati internazionali di bioetica, essendo l’argomento strettamente connesso ai diritti umani fondamentali, tra cui va riconosciuto il diritto alla tutela della salute<sup>29</sup>, espresso nelle costituzioni e nelle normative internazionali.

Il Comitato di Bioetica del Consiglio d’Europa (DH-BIO) nello *Statement in the Context of the Covid-19 Crisis* (aprile 2020)<sup>30</sup> afferma, richiamando la base della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (1007), il principio di equità di accesso alle cure, senza discriminazione. L’European Group on Ethics in Science and New Technologies della Commissione europea, nello *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the Covid-19 Pandemic* (2020)<sup>31</sup>, anche se non affronta il problema specifico della distribuzione delle risorse, afferma i principi di dignità, giustizia e solidarietà. Il Comitato internazionale di bioetica e il Comitato mondiale dell’Etica della Conoscenza scientifica e delle Nuove Tecnologie dell’Unesco nella dichiarazione *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective*<sup>32</sup>, sottolinea che la fondazione etica della macro e microallocazione debba basarsi sui principi di giustizia, beneficenza, equità; «in caso di selezione di pazienti nell’ambito di scarsità di risorse, il bisogno clinico e l’efficacia del trattamento dovrebbero essere di prioritaria considerazione». Il richiamo è ai diritti umani e alla protezione della salute (art. 14 of the UNESCO *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights* (2005) che afferma «the highest attainable standard of health» come diritto umano fondamentale. Le persone vulnerabili «diventano ancora più vulnerabili nel periodo della pandemia», in particolare a causa della povertà, discriminazione, genere, malattia, perdita di autonomia, età, disabilità, etnia, carcere, migrazione e pertanto devono essere adeguatamente protette nei loro bisogni di salute.

<sup>29</sup> Per una accurata ricostruzione del dibattito e una critica ai modelli libertari e utilitaristi cfr. C. PETRINI, *Triage in Public Health Emergencies: Ethical Issues*, in *Internal Emergencies Medicine*, 5, 2010, 137-144.

<sup>30</sup> <https://www.coe.int/en/web/bioethics/dh-bio> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>31</sup> [https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/support-policy-making/scientific-support-eu-policies/eg\\_e\\_en](https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/strategy/support-policy-making/scientific-support-eu-policies/eg_e_en) (ultima consultazione 25 aprile 2020).

<sup>32</sup> <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/ibc> (ultima consultazione 25 aprile 2020).

## CoViD-19: criteri etici

Lorenzo D'Avack\*

COVID-19: ETHICAL CRITERIA

ABSTRACT: The article focuses on the ethical question of the macro-allocation of healthcare resources and the problems of public health, strictly related to the micro-allocation problem and the patients' access to care. The author criticizes the utilitarian criteria and argue in favour of the clinical criteria, in the framework of the ethical values of responsibility and solidarity.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; allocation of resources; responsibility; solidarity

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I valori fondamentali – 3. Il diritto di cura e la distribuzione delle risorse – 4. La solidarietà collettiva – 5. La responsabilità dei medici – 6. Conclusioni.

### 1. Premessa

In queste settimane di emergenza CoViD-19 molto si è documentato e scritto di ospedali e strutture sanitarie vicine al collasso, specialmente al Nord dell'Italia, e della difficoltà di trovare operatori sanitari e posti letto in terapia intensiva e subintensiva.

Forse è necessario evidenziare innanzitutto che la crisi non è solo legata al rapido sviluppo del virus, ma anche alle precedenti carenze politiche sanitarie. Nel nostro paese questa vicenda pandemica evidenzia una questione generale di macro responsabilità legata a una lunga catena di scelte fatte in passato e di cui oggi si vedono le conseguenze. La sanità messa alla prova da una improvvisa emergenza ha dovuto constatare di non avere un servizio sanitario in grado di reggere alle necessità, quando queste diventano necessità multiple e non facili da contenere. Il CoViD-19 ha fatto toccare con mano il fatto che, a fronte di una pandemia, i nostri ospedali mancano delle attrezzature necessarie e nella quantità necessaria e questo vuol dire anche che non siamo in realtà di fronte ad una vicenda definibile come crisi meramente clinica, bensì anche prevalentemente sanitaria. D'altronde per decenni invece di occuparci, anche a costi contenuti ma mirati, a migliorare le condizioni dell'assistenza e degli ospedali, e di assicurare ai pazienti cure in tempi adeguati, le classi di governo di diverse Regioni hanno fatto uso delle risorse in altro modo.

Oggi a fronte della carenza di mezzi per la prevenzione e il trattamento della vicenda pandemica, viene fatto il possibile per mettere a disposizione strutture supplementari e predisporre strategie di azione nell'ambito della sanità pubblica. E se necessario si dovranno drenare investimenti da altri settori prioritari per la vita. Forse andava fatto prima e con minore danno per i cittadini, anche sotto il profilo economico.

---

\* *Professore emerito di Filosofia del diritto nell'Università di Roma3 e Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica. Mail: [lorenzo.davack@tin.it](mailto:lorenzo.davack@tin.it). Il presente lavoro è aggiornato al 23 marzo 2020.*

## 2. I valori fondamentali

Il CoViD-19 è una malattia potenzialmente mortale, che può colpire ampie fasce della popolazione. E poiché la vita umana è il bene primario da cui dipendono tutti gli altri beni, la sua protezione ha il massimo della priorità che un paese ha il dovere etico, sociale e giuridico di garantire. In questo senso è necessario adottare tutte le disposizioni opportune per poterla tutelare anche nella pratica. Strettamente collegati alla protezione della vita, entrano in gioco, quando si verifica una pandemia sul genere di quella attuale, valori etici fondamentali: la libertà, l'equità, la responsabilità, la proporzionalità, l'informazione e la solidarietà. La libertà di decisione dell'individuo va considerata come un diritto fondamentale che può essere limitato unicamente a condizioni molto specifiche: ad esempio quando non vi siano alternative per raggiungere degli obiettivi importanti di prevenzione e limitazione di una vicenda pandemica; non dobbiamo mentalmente e culturalmente abituarci alla fine della libertà, tanto più che in epoche ordinarie con la tracciabilità dei dati stiamo già rinunciando a un valore fondamentale: la libertà della vita privata; l'equità implica le modalità con cui si intendono distribuiti mezzi destinati alla prevenzione e alla cura dei pazienti e ciò significa tra l'altro che i privilegi e gli svantaggi sociali non devono influenzare la distribuzione delle risorse; la responsabilità si traduce nella necessità di agire in modo affidabile, coscienzioso nei confronti degli altri e di sé stessi; la proporzionalità che implica che l'incidenza dei provvedimenti adottati debba essere direttamente proporzionale al rischio e ai benefici attesi; l'informazione che compete agli operatori del sistema, necessaria per rendere consapevole la popolazione in maniera esauriente circa i provvedimenti che possono limitare, impedire in particolare il pericolo di contagio e la diffusione della malattia; la solidarietà, infine, sottintende coesione a sostegno delle persone bisognose di aiuto. Su alcuni di questi valori sentiamo l'opportunità di avanzare delle riflessioni<sup>1</sup>.

## 3. Il diritto di cura e la distribuzione delle risorse

Fra le diverse problematiche etiche sollevate al CoViD-19, a fronte di denunciate carenze sanitarie, viviamo con maggiore drammaticità quella della distribuzione delle risorse, sapendo che viene messa

<sup>1</sup> Di recente sulle problematiche etiche del coronavirus cfr. in Belgio: Belgian Society of Intensive Care Medicine, *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the 2020 COVID-19 pandemic in Belgium: advice* (2020); in Francia: Comité Consultatif National d'Éthique, *Covid-19 Contribution du Comité Consultatif National d'Éthique: Enjeux éthiques face à une pandémie*, 2020; in Irlanda: Department of Health, *Covid-19 (Corona virus.). Health advice*, 2020; in Inghilterra: Nuffield Council on Bioethics, *Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic*, 2020; cfr. anche European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the Covid-19*, 2020; Consiglio d'Europa, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the Covid-19 sanitary crisis*, 7 aprile 2020; Unesco International Bioethics Committee, Unesco World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective*, 2020. Recentemente hanno suscitato ampia attenzione 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* (6.03.2020), proposte dalla Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia intensiva (Siaarti). Il Comitato Sammarinese di Bioetica, richiamandosi ad un suo precedente parere, *Bioetica delle catastrofi*, 2017, ha criticato le raccomandazioni della Siaarti in *Bioetica nell'emergenza*, 19 mar 2020; cfr. anche *Parere Covid-19 e disabilità*, 16 marzo 2020.

in discussione la possibilità di curare tutti e sapendo che queste difficoltà portano di frequente a delle disuguaglianze (tra chi accede alle cure e chi non accede, tra chi ha possibilità di vivere e chi non ne ha) e a dei criteri di selezione da parte dei medici sia giustificati da necessità pratiche, sia prospettati come scelte etiche.

La Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia intensiva (Siaarti) è la prima associazione di medici ad esplicitare pubblicamente nelle proprie *Raccomandazioni di etica clinica*<sup>2</sup> modi e tempi del ragionamento etico, clinico e organizzativo, per arrivare a delle scelte che potessero prescindere dal criterio ordinario “first come, first served” per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili.

Il documento Siaarti muove da uno scenario incontestabile in cui si stimano un aumento dei casi di insufficienza respiratoria acuta di tale entità da determinare un enorme squilibrio tra le esigenze cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di cure intensive. Ne consegue, secondo la Siaarti, la necessità di applicare scelte nella estensione del principio di proporzionalità delle cure e si osserva che «l’allocazione in un contesto di grave carenza (*shortage*) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico». Per la società si tratta, dunque, di privilegiare «la maggior speranza di vita», tenendo in considerazione elementi di «idoneità clinica» alle cure intensive quali: «il tipo e la gravità della malattia, la presenza di altre patologie, la compromissione di altri organi e l’età». E ancora: privilegiare la speranza di vita significa anche che: «può rendersi necessario porre un limite di età all’ingresso in terapia intensiva. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un’ottica di massimizzazione di benefici per il maggiore numero di persone». Per la Siaarti, dunque, «i criteri di accesso alla terapia andrebbero discussi e definiti per ogni paziente in modo possibile e anticipato, creando idealmente per tempo una lista di pazienti che saranno ritenuti meritevoli di terapia intensiva nel momento in cui avvenisse il deterioramento clinico, sempre che le disponibilità in quel momento lo consentano». Ad ogni modo, «per i pazienti per cui viene giudicato “non appropriato” l’accesso a un percorso intensivo, la decisione di porre una limitazione alle cure (*ceiling of care*) dovrebbe essere comunque motivata, comunicata e documentata».

Fra i modelli etici di riferimento nell’ambito dell’allocazione delle risorse sanitarie è dunque evidente che la Siaarti si richiami a quello “utilitarista”, fatto proprio dai paesi anglosassoni (*quality adjusted life years c.d. Qaly*) e di recente, in considerazione della pandemia CoViD-19, dal gruppo di lavoro di bioetica della Società spagnola di medicina Intensiva, Critica e Unità Coronarie (Semicyuc). Secondo questo modello chi prende una decisione di politica sanitaria, quando deve stabilire come distribuire un bene sanitario scarso per curare un certo numero di persone, dovrà stabilire un ordine di priorità, tra queste, sulla base di un indice che tiene conto da una parte dell’età della persona (criterio oggettivo), del numero di anni di vita attesa e della presumibile qualità di vita futura dell’individuo (criterio statistico) e dall’altra la presenza di comorbidità e dello stato di salute complessivo che si aggiunge all’età anagrafica. In pratica, il bene sanitario in questione verrà distribuito a coloro che maggiormen-

<sup>2</sup> Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia intensiva (Siaarti), *Raccomandazioni*, cit.

te se ne potranno avvantaggiare, nel senso di conseguire, sulla base di questo intervento, un maggior numero di anni di vita in condizioni di salute migliore.

Questo modello non è in linea con la nostra Costituzione<sup>3</sup>, con diverse leggi dell'ordinamento<sup>4</sup>, con il Codice deontologico dei medici (2014), artt. 2, 6, 8, 32, 39<sup>5</sup>, con normative internazionali<sup>6</sup> che portano a ritenere che, anche in situazioni straordinarie, quando sono in gioco la vita o la salute, tutti gli individui sono di pari valore e tutti possono vantare un diritto incontestabile alla salute. La vita di ciascuno, che sia giovane o vecchio, uomo o donna, ricco o povero, stimato o marginalizzato, ha la stessa dignità e lo stesso valore. Selezioni di tal genere sono eticamente discutibili, in quanto introducono una gerarchia tra vite degne e non degne e una violazione dei diritti umani fondamentali.

Se mancano le risorse per curare adeguatamente tutti i malati, per proteggere preventivamente le persone non ancora malate, l'obbligo dello Stato è mettere in sicurezza il servizio sanitario con provvedimenti eccezionali (come avviene in questi giorni), aumentando i posti nelle terapie intensive, acquisendo le apparecchiature necessarie, assumendo personale. Certo può risultare difficile decidere una distribuzione delle risorse del tutto equa. Ma si deve pur muovere dalla piena consapevolezza che circostanze straordinarie non possono travolgere valori etici fondamentali che regolano abitualmente la nostra vita sociale. Le esigenze sanitarie, qualora anche carenti, non possono assumere un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute, elemento irrinunciabile della dignità umana.

Ed è in queste situazioni, in cui risulta difficile trattare o proteggere tutte le persone colpite, secondo i loro bisogni, che occorre cercare soluzioni e criteri che siano il più equi possibile, orientandosi verso alcuni obiettivi.

- 1) Arginare l'infezione, vale a dire fare in modo che venga colpito il minor numero possibile di persone, ciò anche a costo di limitare la libertà individuale.
- 2) Le persone contagiate dalla pandemia e le altre persone bisognose di cure intensive devono essere messe sullo stesso piano e valutate secondo gli stessi criteri, vale a dire che i pazienti affetti da CoViD-19 non devono ricevere un trattamento privilegiato rispetto a chi soffre di malattie acute, ma nemmeno un trattamento peggiore.
- 3) Nella distribuzione delle risorse si deve cercare di realizzare il massimo dell'uguaglianza, che non si valuti mai quanto vale la vita delle persone, ma piuttosto che tutti debbano essere curati allo stesso modo e abbiano pari opportunità di accesso alle strutture sanitarie, così da garantire ad ogni singola persona il rispetto dei medesimi diritti.

<sup>3</sup> Artt. 2,3,13 e 32. V. il contributo di C. COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in questo fascicolo.

<sup>4</sup> L. n. 833/1978; L. n. 24/2017 e L. 219/2017.

<sup>5</sup> Il presidente della federazione nazionale degli ordini dei medici (Fnomceo), Filippo Anelli, replicando al documento Siaarti, ha dichiarato che «la nostra guida, prima di qualunque documento che subordini l'etica a principi di razionamento, e che dovrebbe in ogni caso essere discusso collegialmente dalla professione, resta il codice di deontologia medica. E il codice parla chiaro: per noi tutti i pazienti sono uguali e vanno curati senza discriminazioni», dichiarato in TGCOM24, 8/03/20, 12:21.

<sup>6</sup> ONU, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, 1948, art. 25; *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2000, art. 35.

Non va, tuttavia, trascurato che in situazioni ordinarie e, a maggior ragione, in situazioni di grave emergenza, è comunque doveroso utilizzare il criterio decisionale di appropriatezza clinica e scientifica per valutare l'efficacia, la proporzionalità del trattamento (che non deve essere sprecato). Vi deve essere la valutazione in scienza e coscienza da parte dei medici delle condizioni cliniche effettive del malato (urgenza e gravità del manifestarsi della malattia e presenza di altre patologie). Ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età, il sesso, l'appartenenza sociale o etnica, la disabilità, la condizione e il ruolo sociale, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è eticamente inaccettabile, in quanto introduce una gerarchia tra vite degne e non degne e una inaccettabile violazione dei diritti umani fondamentali.

È questa una linea etica per garantire equità nelle cure, valutate caso per caso e basate sul consenso informato del soggetto, sul rifiuto o interruzione del trattamento sanitario, sul divieto dell'accanimento clinico date le reali condizioni di salute del paziente, sulla pianificazione delle cure, su eventuali dichiarazioni anticipate di trattamento<sup>7</sup>. Anche in questa situazione di emergenza il consenso del paziente è fondamentale, ma va valutato e considerato dai medici con particolare attenzione, trattandosi di interventi sanitari urgenti su soggetti obbligati a fare scelte in merito ad un virus dalle conseguenze ignote e ad affidarsi a trattamenti medici prevalentemente sperimentali.

Il razionamento deve, dunque, rispondere a criteri ragionevoli in grado di garantire la dignità di vita del paziente e nel contempo soddisfare i requisiti medico-sanitari. I criteri decisionali devono essere sempre spiegati e ben motivati dal punto di vista dell'adeguatezza e per tradursi in benefici per la salute devono poggiare su conoscenze scientifiche. L'efficienza e l'applicabilità, che implicano provvedimenti che devono consentire di raggiungere il maggior numero possibile di persone, devono poter essere riviste, adattate in funzione delle nuove esperienze e conoscenze e questo si traduce nell'adattabilità e nell'adeguamento della situazione. A tal fine andrebbe prevista una discussione bioetica collegiale interna alle professioni sanitarie e l'istituzione di organi specifici, multidisciplinari, dotati delle necessarie conoscenze, competenze e capacità.

#### 4. La solidarietà collettiva

Non si deve trascurare il fatto che nel caso di una crisi sanitaria e clinica potenzialmente pericolosa per la vita umana, è tangibile il rischio che la paura, il trauma o l'istinto di sopravvivenza intacchino il senso di 'solidarietà'. Occorre, dunque, prestare continuamente attenzione all'equilibrio tra il principio di rafforzamento della solidarietà e l'obbligo di rispettare l'autonomia.

Per evitare di ridurre le motivazioni del cittadino a mostrare solidarietà è necessaria una informazione che deve sempre essere concepita nell'ottica di mantenere o di creare un clima di fiducia tra pazienti e medici, il che presuppone che le decisioni prese siano trasparenti e capaci di creare un consenso sociale. Il timore che una determinata informazione possa inquietare la popolazione è un problema reale<sup>8</sup>. Il CoViD-19, come qualsiasi altra epidemia, rende la popolazione fortemente impaurita

<sup>7</sup> Legge 219/2017.

<sup>8</sup> A seguito delle notizie che circolano sul CoViD-19 negli Stati membri del Consiglio d'Europa è prevista l'adozione di misure restrittive per evitare di alimentare le preoccupazioni dell'opinione pubblica. Tuttavia, il Comitato di esperti del Consiglio d'Europa sull'ambiente dei media e la riforma dei media (MSI-REF) ha ricordato in

da tutto ciò che sta accadendo e i nostri cittadini sono anche composti da persone di età avanzata, persone vulnerabili (sieropositivi per HIV, immunodepressi per chemioterapie o tumori, persone con polimorbilità, asmatici, ecc) e allora non pare che sia tranquillizzante far conoscere loro che in caso di infezione virale o di altre malattie acute questi potrebbero non ricevere alcuna assistenza sanitaria e si presupponga una assenza di protezione e di cura sul criterio della massima utilità<sup>9</sup>.

Per altro una particolare attenzione va rivolta proprio alle persone più vulnerabili che, rispetto al resto dei cittadini, possono sentirsi a rischio di isolamento dai propri familiari in caso di ricovero ospedaliero e a rischio di abbandono. E una particolare attenzione, assolutamente carente in questi giorni, deve essere data alle Residenze sanitarie assistenziali (RSA), alle Residenze sociosanitarie assistenziali per anziani (Rssa) e alle strutture che ospitano persone non autosufficienti che hanno bisogno di cure specifiche da parte dei medici specialisti e di una assistenza sanitaria. In situazioni di epidemia va evitata ogni forma di disuguaglianza di trattamenti a fronte del rischio legato allo sviluppo del virus e pertanto queste strutture ed altre dedicate agli anziani devono ottenere dispositivi di protezione appropriati per il CoViD-19 (mascherine, guanti, camici, ecc.), con indagini tempestive ( tamponi) per isolare i pazienti affetti dal virus dagli altri degenti, evitare le trasmigrazioni dagli ospedali alle residenze con la conseguenza che le residenze per anziani si trasformino in “cluster chiusi”, focolai che fanno vittime, con un evidente ad oggi disinteresse collettivo.

Sembra quasi inutile ricordare che ai pazienti CoViD-19 terminali, come a qualsiasi paziente terminale, debbono essere garantiti l'accesso alle cure palliative, attivando le reti regionali e locali, affinché non muoiano nell'affanno, nell'agitazione, nella sofferenza e nella solitudine, senza un volto amato che possa accompagnarli, in quanto isolati da un necessario protocollo sanitario.

Si aggiunga che si deve una particolare attenzione alle popolazioni precarie. L'epidemia porta con frequenza ineguaglianze sociali. Le condizioni di vita e di lavoro, le condizioni sanitarie, la fragilità delle persone povere, che spesso vivono e dormono nelle strade, i detenuti nelle carceri, tutte categorie che vedono aumentati i rischi del contagio in un contesto dove le misure di precauzione non possono essere materialmente applicate. Ed esiste ugualmente il pericolo di stigmatizzazione di certi gruppi sociali. Bisogna, dunque, che il potere pubblico tenga conto di queste situazioni di discriminazione nel momento in cui predispone strategie di azione che rischiano di aumentare le difficoltà che incontrano questi gruppi sociali.

In tale contesto, per promuovere la solidarietà nel suo complesso, occorre sempre pensare a un plurilinguismo allargato, qualora non sia possibile raggiungere in modo più affidabile tutti gli abitanti soggiornanti con una delle lingue nazionali.

Occorre infine attirare l'attenzione della popolazione in modo adeguato sul fatto che un comportamento non solidale pregiudica fortemente l'efficacia della lotta contro la pandemia. E la solidarietà

---

una dichiarazione del 21 marzo 2020 che «La situazione di crisi non dovrebbe essere usata come pretesto per limitare l'accesso del pubblico alle informazioni. Né gli Stati dovrebbero introdurre restrizioni alla libertà dei media, oltre i limiti consentiti dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

<sup>9</sup> Sul tema della giustizia, dell'integrità e della dignità nei confronti degli anziani cfr. Comitato Nazionale per la Bioetica, *Bioetica e diritti degli anziani*, 2006 e *Le condizioni di vita delle donne nella terza e quarta età: aspetti bioetici nella assistenza socio sanitaria*, 2010, dove tra l'altro si sottolinea la necessità di contrastare il pregiudizio etico dell'“ageismo”. Per il tema delle “risorse” e della “equità della salute” cfr. anche del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute*, 2001; *Etica, sistema sanitario e risorse*, 1998.

non si deve fermare davanti ai confini nazionali, ragione per cui con riguardo tra gli altri, alle frontaliere ai frontalieri, come pure sull'onda della crescente collaborazione internazionale occorre imperativamente pianificare assieme e coordinare specifici provvedimenti di prevenzione e se del caso di trattamento.

In questa solidarietà un ruolo lo gioca la responsabilità delle industrie farmaceutiche europee e del nostro Paese che devono partecipare allo sforzo di ricerca accademica, mettendo a disposizione eventuali medicinali o eventuali vaccini e le ricerche in corso. Le compagnie farmaceutiche, come ricorda il *Comité Consultative National d'Étique Pour Les Sciences De La Vie Et De La Santé* devono acquisire nelle loro pratiche una visione collettiva, che, tenendo conto del contesto della pandemia, superi le considerazioni strettamente economiche<sup>10</sup>.

## 5. La responsabilità dei medici

Va tenuto conto che comunque il documento degli anestesisti e palliativisti, condivisibile o meno, è un grido di dolore, una richiesta di non essere lasciati soli, che non gli venga loro attribuita una responsabilità collettiva o personale di fronte alle situazioni drammatiche che si trovano ad affrontare quotidianamente, rischiando la vita. A loro deve andare la nostra infinita riconoscenza. Se gli operatori sanitari hanno pur sempre il dovere deontologico di continuare il proprio lavoro durante la pandemia, dal canto suo la società non solo deve garantire loro una protezione ottimale e condizioni di lavoro sostenibili (cosa che fino ad oggi non è avvenuta), ma anche assumersi la responsabilità per le conseguenze che potrebbero derivare da tale obbligo deontologico (malattia, invalidità, decesso).

Si aggiunga che tra le preoccupazioni per il futuro a breve, vi è la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti di medici, infermieri, operatori sanitari che hanno lavorato con modalità da medicina da guerra, con un peso fisico di turni e carico psicologico, senza linee guida, senza buone pratiche clinico-assistenziali riconosciute come tali dalla nostra comunità scientifica<sup>11</sup> contro un virus per lo più ignoto e che in “tempi di pace” potranno essere aggrediti con l'accusa di malsanità.

Sarebbe allora necessario da parte del legislatore adottare provvedimenti finalizzati a salvaguardare il lavoro svolto dagli operatori sanitari impegnati contro il CoViD-19 e che gli organi giudicanti, nell'interpretare le norme vigenti in merito alla responsabilità professionale, tengano conto del contesto emergenziale sopra denunciato.

## 6. Conclusioni

Non sappiamo come finirà questa tragedia sociale che ci tocca vivere. Se vogliamo fare un confronto con gli 'eventi di guerra' sappiamo che diversamente da allora il nemico non è fuori di noi, ma drammaticamente dentro di noi: il portatore del virus può essere un genitore, un figlio/a, un familiare, un amico/a e ognuno di noi nei loro confronti. Si auspica, tuttavia, che l'emergenza pandemica venga

<sup>10</sup> Comité Consultatif National d'Éthique, *Enjeux éthiques*, cit.

<sup>11</sup> A tutt'oggi linee guida non risultano essere state date dagli organi istituzionali competenti quali il Consiglio Superiore della Sanità (CSS) e l'Istituto Superiore della Sanità (ISS), soprattutto nell'esplicitare pubblicamente, acquisendone la responsabilità, modi e tempi per arrivare in carenza sanitaria a dei criteri chiari in merito alle scelte operative da adottare.

rielaborata come un impegno collettivo per la promozione della sanità e di una reciproca solidarietà sia a livello nazionale che universale. Sappiamo anche che con il rispetto delle misure di contenimento, circoscritte ad un periodo limitato allo stato di necessità, con la garanzia del diritto alla salute fisica e psichica ad ogni persona, giovane o anziana che sia, sarà possibile conservare i nostri diritti costituzionali, accrescere la fiducia dei cittadini oggi disorientati, conservare la nostra dignità anche in epoche particolarmente tragiche.

## Pandemia da CoViD-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio della foresta

Giuseppe R. Gristina, Luciano Orsi, Marco Vergano\*

COViD-19 PANDEMIC AND TRIAGE: PHILOSOPHY AND THE LAW SOMETIMES LOOK AT THE TREE WHILE MEDICINE TRIES TO PUT OUT THE FOREST FIRE

ABSTRACT: On February 21st, 2020, the first case of severe acute respiratory failure due to the coronavirus 2 (SARS-CoV-2), was identified in Italy. As of March 8th, 2020, Italy was the 2nd most affected country in the world. As of March 6th, 2020, the Italian Society of Anesthesia and Intensive Care (SIAARTI) published the clinical ethics Recommendations for the allocation of intensive care treatments in exceptional, resource-limited circumstances, in order to support the clinicians involved in the care of critically-ill CoViD-19 patients and facing a scenario of imbalance between supply and demand of ICU beds. The SIAARTI Recommendations have raised stir within the medical-scientific community, and also among legal experts, philosophers, and in the media. The aims of this paper are: 1) to summarize the ethical foundations of the SIAARTI recommendations; 2) to report the scientific evidence on which the recommendations are grounded; 3) to describe the economic, organizational and epidemiological context; 4) to reply to some of the criticisms.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; allocation of resources; triage; intensive care unit

SOMMARIO: 1. Background – 2. I fondamenti delle Raccomandazioni SIAARTI – 3. Le prove scientifiche – 4. Gli eventi e le loro premesse – 5. Alcune risposte alle critiche – 6. Conclusioni.

*«Out in the heartland  
I looked into your eyes  
And I asked "Are you ready?  
Ready for this life?»*

Beach House – "PPP", from the album "Depression Cherry", 2015

---

\* Giuseppe R. Gristina, Medico anestesista-rianimatore, Roma; Comitato Etico Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI). Mail: [geigris@fastwebnet.it](mailto:geigris@fastwebnet.it). Luciano Orsi, Medico palliativista, Crema; Direttore scientifico della Rivista Italiana di Cure Palliative. Mail: [orsiluciano@gmail.com](mailto:orsiluciano@gmail.com). Marco Vergano, Medico anestesista-rianimatore Servizio di Anestesia e Rianimazione, Ospedale San Giovanni Bosco, Torino; Coordinatore del Gruppo di Studio di Bioetica Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI). Mail: [m.vergano@gmail.com](mailto:m.vergano@gmail.com). Il presente lavoro è aggiornato al 2 maggio 2020.

## 1. Background

Il 9 gennaio 2020 un'epidemia di Coronavirus 2 (SARS-CoV2) è stata segnalata ufficialmente per la prima volta nella città di Wuhan, provincia di Hubei in Cina<sup>1</sup>.

Il virus, altamente contagioso, è in grado di causare, nelle forme più gravi, una polmonite (CoViD-19) che può complicarsi con una grave forma d'insufficienza respiratoria acuta.

In Italia il primo caso è stato ufficialmente dichiarato il 21 febbraio 2020.

Oggi la malattia è diffusa ovunque nel mondo e l'Organizzazione Mondiale della Sanità, l'undici marzo 2020, ha dichiarato lo stato di pandemia<sup>2</sup>.

Da allora, in Italia, per tutto il mese di marzo e la prima metà di aprile il numero di casi è andato aumentando progressivamente (Figura 1)<sup>3</sup>.

L'incontrollata diffusione del contagio e la mancanza di un'adeguata risposta organizzativa in termini di sanità pubblica (mancato controllo sanitario del territorio, approccio ospedale e intensivo-centrico)<sup>4</sup>, hanno fatto sì che in Lombardia, in breve tempo, un numero elevatissimo di pazienti sottoponesse a una pressione drammatica gli ospedali, e in particolare i reparti di Terapia Intensiva (TI) (Figura 2). Questo afflusso senza sosta, per più giorni, ha fatto diventare veri e propri focolai di contagio gli ospedali e, dall'altro, ha determinato ben presto nelle TI una disproporzione tra domanda di assistenza (insufficienza respiratoria acuta) e risorse disponibili (personale formato, posti-letto, ventilatori meccanici). I clinici si sono così trovati nella condizione di dover decidere quali pazienti ammettere in TI e quali escludere<sup>5</sup>.

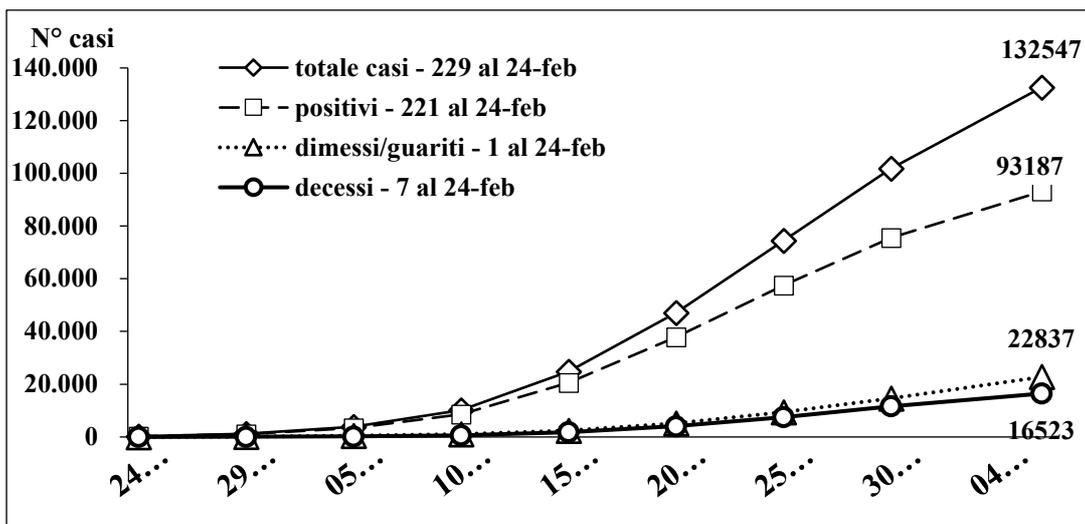
<sup>1</sup> Istituto Superiore di Sanità, *Epicentro. L'epidemiologia per la sanità pubblica – Focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2*, <https://bit.ly/3bJ1HeD> (ultimo accesso 30 marzo 2020).

<sup>2</sup> World Health Organization. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020*, <https://bit.ly/3aJz8gl> (ultimo accesso 30 marzo 2020).

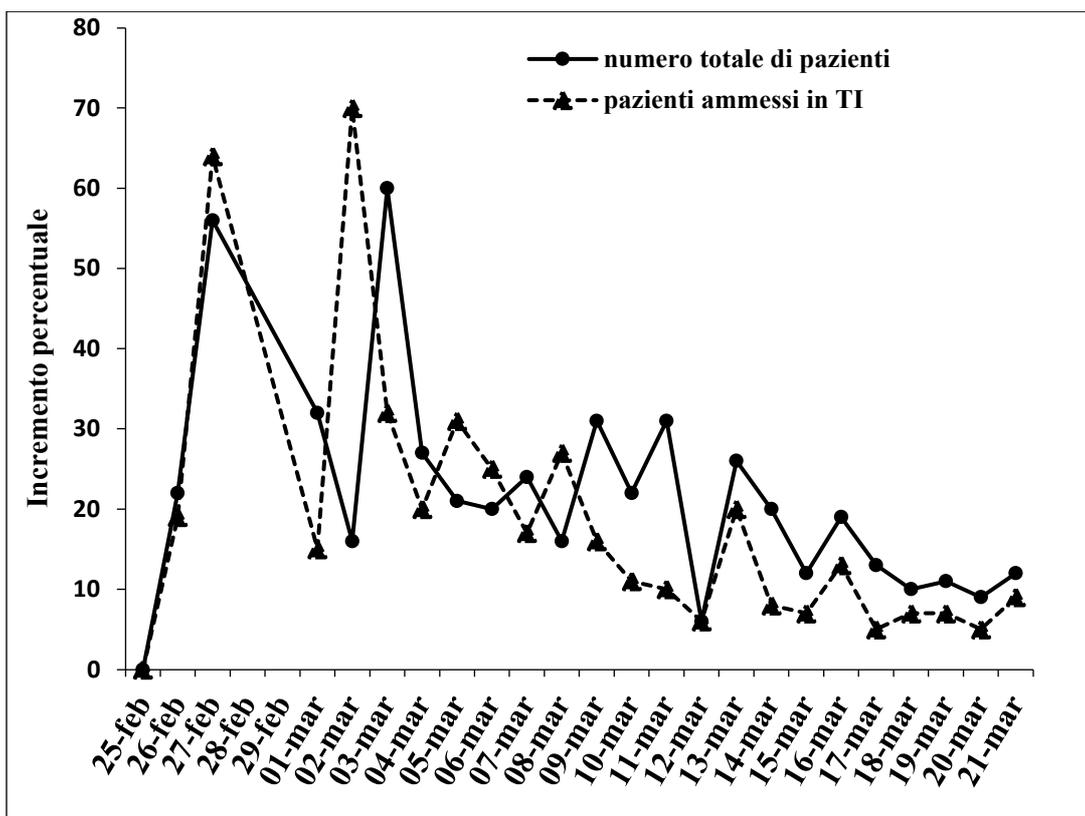
<sup>3</sup> *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. (20G00028)*, GU Serie Generale n.61 del 09-03-2020.

<sup>4</sup> In argomento v. M. NACOTI, A. CIOCCA, A. GIUPPONI, P. BRAMBILLASCA, F. LUSSANA, M. PISANO ET AL. *At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation*, in *catalyst.nejm.org*, April 1, 2020, <https://bit.ly/341ZKHm>; FROMCEO Lombardia. *Nuova lettera indirizzata ai vertici della sanità lombarda – I presidenti degli ordini provinciali della Regione Lombardia* (FROMCeO, 06.04.2020, <https://bit.ly/2XjuCBL>).

<sup>5</sup> In argomento v. R.D. TRUOG, C. MITCHELL, G.Q. DALEY. *The toughest triage: allocating ventilators in a pandemic*, in *New England Journal of Medicine*, March 23, 2020; M. FERRARESI. *A coronavirus cautionary tale from Italy: don't do what we did*, in *Boston Globe*, March 13, 2020, <https://bit.ly/2UZxh1Y>; P. CORRIAS. *Claudia sola in trincea, costretta a decidere chi poteva salvarsi*, in *La Repubblica*, 11.04.2020, <https://bit.ly/2JXUStF> (ultimo accesso 12 aprile 2020).



**Figura 1:** Incremento numerico (dal 200<sup>mo</sup> caso in poi) dei pazienti totali, positivi, dimessi/guariti, deceduti per complicanze da infezione da Coronavirus 2 (SARS-CoV-2) in Italia tra il 25 Febbraio 2020 e il 6 Aprile 2020. I dati sono derivati dai report quotidiani del Dip. di Protezione Civile disponibili al link: <https://bit.ly/2QH5AZq>.



**Figura 2:** Incremento percentuale di pazienti ammessi in TI con insufficienza respiratoria acuta da CoViD-19 in Lombardia correlata al numero totale di pazienti ammessi negli ospedali tra il 25 Febbraio 2020 e il 21 Marzo 2020. I dati sono derivati dai report quotidiani del Dip. di Protezione Civile e sono disponibili al link: <https://bit.ly/2QH5AZq>.

Questa drammatica situazione ha generato nei professionisti sanitari coinvolti un pesante “moral distress” che si è andato ad aggiungere alla già enorme fatica richiesta per fronteggiare una situazione mai fino a oggi sperimentata<sup>6</sup>.

## 2. I fondamenti delle Raccomandazioni SIAARTI

In questo contesto la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) ha ritenuto necessario redigere delle Raccomandazioni<sup>7</sup> con tre obiettivi: 1) fornire uno strumento per compiere scelte clinicamente appropriate e eticamente lecite (rispetto del consenso e della proporzionalità), omogenee e condivise, basate su criteri scientificamente consolidati; 2) sollevare i clinici da una parte della responsabilità etica nelle scelte, emotivamente gravose, compiute nei singoli casi; 3) rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di eccezionale scarsità, comunicando la straordinarietà delle misure in atto, per dovere di trasparenza e di mantenimento della fiducia dei cittadini nel servizio sanitario pubblico.

Non è qui d’interesse una spiegazione puntuale di ciascuna delle 15 Raccomandazioni, può essere invece utile sintetizzare i fondamenti dell’approccio etico.

L’eccezionale scenario caratterizzato da uno squilibrio tra domanda e offerta di assistenza può richiedere criteri di accesso alle cure intensive non soltanto di appropriatezza clinica e di proporzionalità etica, ma anche ispirati a un principio condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate.

Come estensione dei due suddetti principi, l’allocazione delle risorse sanitarie in una situazione di grave carenza deve puntare a garantire i trattamenti, in questo caso intensivi e sub-intensivi, ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di privilegiare la “maggior speranza di vita”.

Questo scenario è assimilabile a quelli propri della “medicina delle catastrofi”, con una sostanziale differenza: nelle maxi-emergenze in cui l’evento inizia e si conclude in un tempo definito di ore o, al massimo, di qualche giorno (terremoti, incendi, crolli etc.) il numero dei pazienti, per quanto elevato, può essere rapidamente definito permettendo un rapido adattamento delle risorse alle necessità. Nel caso della pandemia in corso, lo stato di maxi-emergenza si prolunga invece per un tempo non definibile apriori, caratterizzato da un flusso di pazienti continuo con picchi legati alla diffusione incontrollata del contagio<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> In argomento v. M. NACOTI ET AL, *op. cit.*; FROMCEO Lombardia, *op. cit.*; M. IMARISIO, *Coronavirus, il medico di Bergamo: «Negli ospedali siamo come in guerra. A tutti dico: state a casa»*, in *Corriere della Sera*, 09.03.2020, <https://bit.ly/2UyNg77> (ultimo accesso 30 marzo 2020); I. DOMINIONI, *Mario Riccio: «Ogni giorno devo decidere chi deve essere intubato e chi no, chi deve vivere o morire»*, in *Linkiesta*, 27.03.2020, <https://bit.ly/3bNOhhv> (ultimo accesso 30 marzo 2020); L. ROSENBAUM, *Facing Covid-19 in Italy — Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic’s Front Line*, March 18, 2020, <https://bit.ly/3bKvFyy> (ultimo accesso 30 marzo 2020).

<sup>7</sup> 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*. 06.03.2020, <https://bit.ly/3dNkE1y> (ultimo accesso 30 marzo 2020).

<sup>8</sup> In argomento v. J.L. ZIMMERMAN, C.L. SPRUNG, *Medical procedures. Recommendations and standard operating procedures for intensive care unit and hospital preparations for an influenza epidemic or mass disaster*. *European Society of Intensive Care Medicine’s Task Force for intensive care unit triage during an influenza*

Il giudizio sull'appropriatezza clinica delle cure intensive e sub-intensive deve pertanto essere integrato, caso per caso, con altri elementi di "idoneità clinica" che comprendono: il tipo e la gravità della malattia, l'età biologica, la presenza di comorbidità, la compromissione di altri organi e apparati e la loro reversibilità. Questo comporta di non dover necessariamente seguire un criterio di accesso alle cure intensive di tipo "first come, first served".

L'applicazione di criteri di razionamento è giustificabile soltanto dopo che da parte di tutti i soggetti coinvolti è stato compiuto ogni sforzo per aumentare la disponibilità di risorse e dopo che è stata valutata ogni possibilità di trasferimento verso centri con maggiore disponibilità di risorse.

Nel nostro Paese<sup>9</sup> le Raccomandazioni hanno suscitato un vivo dibattito rispetto al quale, ora che la pandemia in Italia ha assunto un andamento più controllato, riteniamo necessari alcuni chiarimenti.

### 3. Le prove scientifiche

Nei Paesi occidentali, in particolare in Italia, la proporzione di anziani nella popolazione generale è in continua crescita, tuttavia l'aumento dell'aspettativa di vita che caratterizza oggi le classi di età più

---

*epidemic or mass disaster*, in *Intensive Care Medicine*, 36, 1, 2010, 65-69; M.D. CHRISTIAN, G.M. JOYNT, J.L. HICK, J. COLVIN, M. DANIS, C.L. SPRUNG ET AL. *Critical care triage. Recommendations and standard operating procedures for intensive care unit and hospital preparations for an influenza epidemic or mass disaster*. European Society of Intensive Care Medicine's Task Force for intensive care unit triage during an influenza epidemic or mass disaster, in *Intensive Care Medicine*, 36, 1, 2010, 55-64; C. SANDROCK. *Manpower. Recommendations and standard operating procedures for intensive care unit and hospital preparations for an influenza epidemic or mass disaster*. European Society of Intensive Care Medicine's Task Force for intensive care unit triage during an influenza epidemic or mass disaster, in *Intensive Care Medicine*, 36, 1, 2010, 32-37.

<sup>9</sup>. In argomento v. F. ANELLI. *Coronavirus. FNOMCeO sul documento anestesisti: "Nostra guida resta Codice deontologico. Non dobbiamo metterci nelle condizioni di applicare questi inaccettabili triage di guerra"*, in *Quotidiano Sanità*, 08.03.2020, <https://bit.ly/2K5UoJq> (ultimo accesso 14 aprile 2020); G. GRISTINA. *Gli anestesisti-rianimatori rispondono alla FNOMCeO: "Già oggi siamo costretti a scegliere chi curare. Ora, questo è ammissibile in tempo di 'pace' e non lo è in tempo di 'guerra'?"*, in *Quotidiano Sanità*, 09.03.2020. <https://bit.ly/3ciP0Ye> (ultimo accesso 14 aprile 2020); D. RODRIGUEZ. *Dagli anestesisti-rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto*, in *Quotidiano Sanità*, 09.03.2020, <https://bit.ly/2RzhUuX> (ultimo accesso 14 aprile 2020); L. CRAXI, D. NERI. *Il documento degli anestesisti-rianimatori non è in contrasto con il Codice deontologico*, in *Quotidiano Sanità*, 10.03.2020, <https://bit.ly/3aEbDFj> (ultimo accesso 14 aprile 2020); M. COZZOLI. *A chi dare la precedenza? Riflessioni etiche sulle Raccomandazioni della Siaarti*, in *Quotidiano Sanità*, 19.03.2020, <https://bit.ly/2yazGhs> (ultimo accesso 14 aprile 2020); F. BRESSAN. *La posizione della Siaarti è scomoda, ma realistica e giusta*, in *Quotidiano Sanità*, 11.03.2020, <https://bit.ly/34GUp8L> (ultimo accesso 14 aprile 2020); B. RAVERA. *Nel documento degli anestesisti nessun darwinismo sociale*, in *Quotidiano Sanità*, 20.03.2020, <https://bit.ly/3b8UBjD> (ultimo accesso 14 aprile 2020); M. MORI. *Manzoni, la negazione della realtà (della peste), e l'analogo atteggiamento circa le Raccomandazioni Siaarti sull'emergenza Coronavirus*, in *Quotidiano Sanità*, 26.03.2020, <https://bit.ly/3bbucBF> (ultimo accesso 14 aprile 2020); A. MANTO. *Coronavirus. "Una sfida immane che ci coinvolge tutti e che sollecita risposte nuove in campo medico, etico ed economico"*, in *Quotidiano Sanità*, 16.03.2020, <https://bit.ly/3cd5Ves> (ultimo accesso 14 aprile 2020). Infine, si vedano in questo fascicolo i contributi di C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY. *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*; L. PALAZZANI. *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*; L. D'AVACK. *COVID-19: criteri etici*; P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI. *Tragic choices in the time of pandemics*.

avanzata è accompagnato da una elevata incidenza di patologie collaterali<sup>10</sup>. Le malattie cronicodegenerative e la fragilità che caratterizzano l'età adulta e anziana sono quindi in costante aumento. Cresce parallelamente il fabbisogno di cure palliative (CP) precoci e diffuse<sup>11</sup> ma molto resta ancora da fare per garantire che tutti i pazienti che necessitano di CP vengano adeguatamente assistiti<sup>12</sup>. Anche se oggi i ricoveri frequenti o la morte in ospedale sono considerati indicatori attendibili di scarsa qualità dell'assistenza ai pazienti anziani con comorbidità<sup>13</sup>, in Italia durante gli ultimi due mesi di vita il 90% di questi pazienti è stato ricoverato in ospedale nella fase terminale della malattia, mentre solo lo 0.1% è stato accolto in hospice<sup>14</sup>. Al contrario delle cure rivolte contro la malattia, le CP precoci sono le più appropriate per la gran parte di questi pazienti in quanto migliorano il controllo dei sintomi, la qualità della vita residua e della morte, garantendo una attuazione certa della pianificazione condivisa delle cure e delle disposizioni anticipate di trattamento e una attenta prevenzione di cure inappropriate e/o sproporzionate lungo tutta la traiettoria di malattia<sup>15</sup>.

Consolidate prove scientifiche mostrano che pazienti con età maggiore di 80 anni<sup>16</sup>, affetti da una o più comorbidità, quando ricoverati in TI, presentano un decorso gravato da un maggior numero di complicanze<sup>17</sup> e da una mortalità, in TI e dopo la dimissione, più alta di quella della restante popola-

<sup>10</sup> J.R. BEARD, A. OFFICER, I. ARAUJO DE CARVALHO, R. SADANA, A.M. POT, J.P. MICHEL ET AL. *The World report on ageing and health: a policy framework for healthy ageing*, in *Lancet*, 387, 2016, 2145-2154.

<sup>11</sup> World Health Organization, *Strengthening of Palliative Care as a Component of Integrated Treatment throughout the Life Course*, in *Journal Pain Palliat Care Pharmacother*, 28, 2014, 130-134.

<sup>12</sup> Economist Intelligence Unit, *The 2015 Quality of Death Index: ranking palliative care across the world*, 2015, <http://bit.ly/2ibuqAO>.

<sup>13</sup> W. GAO, Y.K. HO, J.VERNE M. GLICKMAN, I.J. HIGGINSON. *GUIDE Care Project. Changing Patterns in Place of Cancer Death in England: A Population-Based Study 2013*, available from: <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pmed.1001410>.

<sup>14</sup> G. MICCINESI, D. PULITI, E. PACI. *End-of-life care and endof-life medical decisions: the ITAELD study*, in *Epidemiologia e Prevenzione*, 35, 2011, 178-187.

<sup>15</sup> In argomento v. X. GÓMEZ-BATISTE, M. MARTÍNEZ-MUÑOZ, C. BLAY, J. ESPINOSA, J.C. CONTEL, A. LEDESMA. *Identifying needs and improving palliative care of chronically ill patients: a community-oriented, population-based, public-health approach*, in *Current Opinion in Supportive and Palliativd Care*, 6, 2012, 371-378; L. ORSI. *Lights and shadows of palliative sedation in Italy: the role of anesthetists*, in *Minerva Anestesiologia*, 81, 2015, 937-939; K. PUNTILLO, J.E. NELSON, D. WEISSMAN, J.R.CURTIS, S. WEISS, J. FRONTERA, ET AL. *Palliative care in the ICU: relief of pain, dyspnea, and thirst—A report from the IPAL-ICU Advisory Board*, in *Intensive Care Medicine*, 40, 2014, 235-248; L. ORSI, G.R. GRISTINA. *Palliative sedation: the position statement of the Italian National Committee for Bioethics (INCB)*, in *Minerva Anestesiologia*, 83, 2017, 524-528.

<sup>16</sup> D. POOLE, S. FINAZZI, G. NATTINO, D. RADRIZZANI, G. GRISTINA, P. MALACARNE, ET AL. *The prognostic importance of chronic end-stage diseases in geriatric patients admitted to 163 Italian ICUs*. *Minerva anestesiologia*, 83, 12, 2017, 1283-12983

<sup>17</sup> In argomento v. F. PHILIPPART, A. VESIN, C. BRUEL, A. KPOJJI, B. DURAND-GASSELIN, P. GARCON, ET AL, *The ETHICA study (part I): elderly's thoughts about intensive care unit admission for life-sustaining treatments*, in *Intensive Care Medicine*, 39, 2013, 1565-73; K. LORENZ, J. LYNN, S.C. MORTON, S. DY, R. MULARSKI, L. SHUGARMAN, ET AL, *Agency for Health Research and Quality Evidence Report Summaries. End of Life care and outcomes*, 2004, available from: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK11874> (ultimo accesso 14 aprile 2020); P. NASA, D. JUNEJA, O. SINGH, R. DANG, A. ARORA. *Severe sepsis and its impact on outcome in elderly and very elderly patients admitted in intensive care unit*, in *Journal of Intensive Care Medicine*, 27, 2012, 179-183.

zione di pazienti<sup>18</sup> correlata sia all'età e alla comorbilità<sup>19</sup> che alla fragilità<sup>20</sup>, allo stato cognitivo<sup>21</sup>, alla qualità della vita prima e dopo la dimissione dalla TI<sup>22</sup>.

Come è noto, il tasso di mortalità aumenta in modo esponenziale con il trascorrere del tempo secondo la legge di Gompertz<sup>23</sup> per la quale «la diminuzione della resistenza di un uomo alla morte è tale che alla fine di uguali intervalli di tempo infinitamente piccoli, egli perde uguali porzioni della forza di resistenza alla morte che gli rimane e che aveva all'inizio di quegli intervalli». Questo modello fu concepito da Gompertz per quantificare l'aspettativa di vita ed è ancora oggi sfruttato dalle compagnie di assicurazione per stabilire se assicurare o no e con quali premi.

Makeham<sup>24</sup>, successivamente, corresse la legge di Gompertz aggiungendo alla componente della mortalità dovuta al solo invecchiamento, una componente per causa accidentale.

In sintesi, al crescere dell'età diminuisce la capacità fisiologica di impedire la propria decadenza fisica di per sé, ma anche in ragione del fatto che gli esseri umani accumulano deficit funzionali (malattie, sintomi, limitazioni funzionali, anomalie biochimiche) che, agendo come fattori di stress biologici, li rendono sempre più vulnerabili alla morte.

Le sindromi geriatriche in particolare svolgono un ruolo importante nel definire un *outcome* avverso. Tra queste la fragilità, misurabile attraverso il "Frailty Index" (FI)<sup>25</sup>, è definita come uno stato clinico

<sup>18</sup> G.C. IHRA, J. LEHBERGER, H. HOCHRIESER, P. BAUER, R. SCHUMTZ, B. METNITZ ET AL, *Development of demographics and outcome of very old critically ill patients admitted to intensive care units*, in *Intensive Care Medicine*, 38, 2012, 620-626.

<sup>19</sup> A. GARLAND, K. OLAFSON, C.D. RAMSEY, M. YOGENDRAN, R. FRANSOO. *Distinct determinants of long-term and short-term survival in critical illness*, in *Intensive Care Medicine*, 40, 2014, 1097-1105.

<sup>20</sup> In argomento v. H. FLAATTEN, D.W. DE LANGE, A. MORANDI, F.H. ANDERSEN, A. ARTIGAS, G. BERTOLINI, ET AL. *VIP1 study group. Withholding or withdrawing of life-sustaining therapy in older adults (≥ 80 years) admitted to the intensive care unit*, in *Intensive Care Medicine*, 43, 12, 2017, 1820-1828; J. MUSCEDERE, B. WATERS, A. VARAMBALLY, S.M. BAGSHAW, J.G. BOYD, D. MASLOVE ET AL, *The impact of frailty on intensive care unit outcomes: a systematic review and meta-analysis*, in *Intensive Care Medicine*, 43, 8, 2017, 1105–1122; B. GUIDET, H. FLAATTEN, A. BOUMENDIL, A. MORANDI, F.H. ANDERSEN, A. ARTIGAS ET AL. *Withholding or withdrawing of life -sustaining therapy in older adults (≥ 80 years) admitted to the intensive care unit. VIP 1 study group*, in *Intensive Care Medicine*, 44, 7, 2018, 1027-1038; L.E. FERRANTE, M.A. PISANI, T.E. MURPHY, E.A. GAHBAUER, L.S. LEO-SUMMERS, T.M. GILL. *The Association of Frailty With Post-ICU Disability, Nursing Home Admission, and Mortality: A Longitudinal Study*. *Chest*, 153, 6, 2018, 1378-1386; Y. LAUNEY, H. JACQUET, M. ARNOUAT, C. ROUSSEAU, N. NESSELER, P. SEGUIN. *Risk factors of frailty and death or only frailty after intensive care in non-frail elderly patients: a prospective non-interventional study*, in *IntensiveCare Medicine*, 7,48, 2019; S.M. BAGSHAW, H.T. STELFOX, R.C. McDERMID, D.B. ROLFSON, R.T. TSUYUKI , N. BAIG ET AL. *Association between frailty and short- and long-term outcomes among critically ill patients: a multicentre prospective cohort study*, in *CMAJ*, 186, 2014, 95-102.

<sup>21</sup> T.J. IWASHYNA, E.W. ELY, D.M. SMITH, K.M. LANGA. *Long-term cognitive impairment and functional disability among survivors of severe sepsis*, in *JAMA*, 304, 1, 2010, 1787-1794.

<sup>22</sup> J.M. KAHN, D.C. ANGUS, C.E. COX, C.L. HOUGH, D.B. WHITE, S. YENDE, ET AL. *The Epidemiology of Chronic Critical Illness in the United States*, in *Critic Care Medicine*, 43, 2015, 282-287.

<sup>23</sup> B. GOMPERTZ. *On the nature of the function expressive of the law of human mortality and on a new model of determining life contingencies*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 1825, 115, 513–585.

<sup>24</sup> W.M. MAKEHAM, *On the Law of Mortality and the Construction of Annuity Tables*, in *Journal of the Institute of Actuaries and Assurance Magazine*, 1860, 8, 301–310.

<sup>25</sup> K. ROCKWOOD, X. SONG, C. MACKNIGHT, H. BERGMAN, D.B. HOGAN, I. McDOWELL, ET AL. *A global clinical measure of fitness and frailty in elderly people*, in *CMAJ*, 173, 5, 2005, 489–495.

di maggiore vulnerabilità multidimensionale causato dal declino dei sistemi fisiologici e delle loro riserve funzionali associato o meno all'età<sup>26</sup>.

Il FI è espresso come rapporto tra il numero dei deficit funzionali presenti nel singolo paziente che aumentano nel tempo e il totale dei deficit funzionali riconosciuti in letteratura<sup>27</sup>. È oggi accertato che il tasso medio annuale di accumulo di deficit funzionali a cominciare dall'età di 20 anni è pari a circa il 4.5%, raddoppia in media ogni 15.4 anni e triplica tra i 50 e gli 80 anni<sup>28</sup>. Le fluttuazioni individuali dei tassi di accumulo dei deficit sono a loro volta da ascrivere ai differenti tempi di recupero che si riducono al crescere dell'età e all'intensità dell'agente in grado di indurre il deficit<sup>29</sup>, così il numero di deficit accumulati sarà pari al prodotto dell'intensità per il tempo di recupero.

Per comprendere come età e deficit funzionali agiscano nel determinismo della mortalità è possibile utilizzare un modello<sup>30</sup> in cui: 1) lo stato di salute individuale può essere approssimato a una rete di nodi interconnessi (variabili biologiche e cliniche) ciascuno dei quali può trovarsi in due stati: danneggiato o non danneggiato; 2) l'evoluzione dello stato della rete è governata da perturbazioni casuali (stocastiche) ad azione continua che rappresentano l'ambiente e che possono cambiare lo stato di ciascun nodo; 3) la transizione di un singolo nodo allo stato "danneggiato" è influenzata dallo stato dei nodi connessi, che, se danneggiati a loro volta, accelerano la transizione del primo. Attraverso la rete il danno dei singoli nodi accelera e facilita quindi il danno di tutti gli altri nodi collegati; 4) l'architettura di rete ovvero come sono collegati i nodi con gli altri nodi, varia notevolmente. L'asimmetria della distribuzione dei nodi riflette il fatto che mentre la maggior parte di essi ha solo un piccolo numero di connessioni (per es. articolazione del gomito), alcuni sono invece correlati a molte variabili (per es. funzioni cardiocircolatoria e respiratoria); 5) i nodi con il numero più alto di connessioni definiscono lo stato generale della rete e condizionano la mortalità meglio di qualsiasi altro sottoinsieme di nodi più piccolo.

Questo modello riflette in generale le proprietà dell'organismo: la sua struttura di rete, la sua asimmetria, il ruolo dell'ambiente, e l'effetto cumulativo del danno.

Ciononostante, l'età continua a fornire un contributo indipendente e significativo al rischio di morte. Gli anziani tendono infatti a morire prima degli individui più giovani sia a parità di FI, sia in condizione di punteggio FI più basso, il cosiddetto "stato zero"<sup>31</sup>. Pertanto, mentre il FI fornisce una rilevante informazione aggiuntiva circa l'età reale (biologica) dell'organismo di una persona soprattutto nel ran-

<sup>26</sup> R.C. McDERMID, S.M. BAGSHAW. *Scratching the surface: the burden of frailty in critical care*, in *Intensive Care Medicine*, 40, 2014, 740–742.

<sup>27</sup> In argomento v. J. WOO, W. GOGGINS, A. SHAM, S.C. HO. *Public health significance of the frailty index. Disability and Rehabilitation*, 28, 8, 2006, 515-521; K. ROCKWOOD, A.B. MITNITSKI. *Frailty in relation to the accumulation of deficits*, in *Journal of Gerontology*, 62, 2007, 722–727.

<sup>28</sup> A.B. MITNITSKI, K. ROCKWOOD, *The rate of aging: the rate of deficit accumulation does not change over the adult life span*, in *Biogerontology*, 17, 2016, 199–204.

<sup>29</sup> A.B. MITNITSKI, X. SONG, K. ROCKWOOD, *Assessing biological aging: the origin of deficit accumulation*, in *Biogerontology*, 14, 2013, 709–717.

<sup>30</sup> A.B. MITNITSKI, A.D. RUTENBERG, S. FARRELL, K. ROCKWOOD. *Aging, frailty and complex networks*, in *Biogerontology*, 18, 2017, 433–446.

<sup>31</sup> S. FARRELL, A.B. MITNITSKI, K. ROCKWOOD, A. RUTENBERG, *Network model of human aging: frailty limits and information measures*, in *Physical Review Journal*, 94, 2016, 5-1.

ge di età compreso tra 70 e 90 anni e nei più giovani ma con alto FI, in tutti gli altri casi il FI da solo non racchiude l'intera informazione relativa al danno correlato all'età.

Si comprende quindi come sia possibile considerare l'età anagrafica come un surrogato dell'età biologica<sup>32</sup>.

Questo modello interpretativo dei rapporti che legano età, fragilità e mortalità è entrato già da tempo a far parte del processo di valutazione clinica del paziente anziano potenzialmente candidabile a cure intensive quando medici, pazienti e parenti discutono gli obiettivi di cura, mentre il FI è oggi comunemente utilizzato come indicatore negli studi di esito in medicina intensiva<sup>33</sup>.

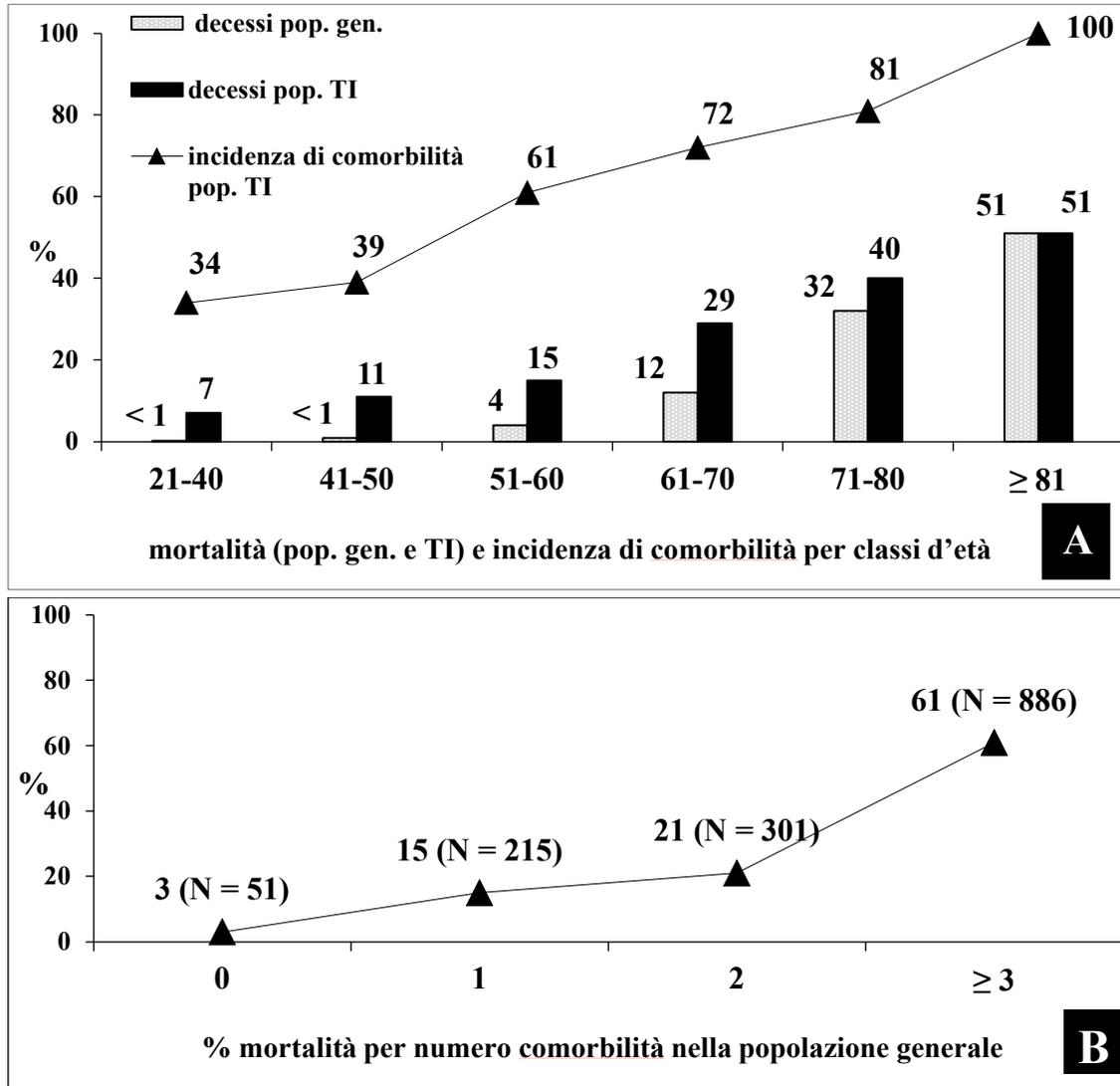
A riprova di quanto detto i dati disponibili in Italia a tutto il 9 aprile 2020 confermano per la popolazione generale dei deceduti e per quella dei deceduti in TI che la mortalità va progressivamente aumentando al crescere dell'età e delle comorbidità come mostra la figura 3 in cui (grafico A) sono poste a confronto la mortalità nella popolazione generale italiana positiva a SARS-CoV2 (16.654 decessi, pari al 17%)<sup>34</sup> e quella di un campione di pazienti affetti da insufficienza respiratoria acuta da CoViD-19

<sup>32</sup> A.B. MITNITSKI, S. TANEJA, A. RUTENBER, K ROCKWOOD. *The origin of biological age: statistical mechanics of deficit accumulation*, in *Journal of Gerontologist*, 54, 2, 2014, 164.

<sup>33</sup> In argomento v. C.L. SPRUNG, M. DANIS, M.A. BAILY, D. CHALFIN, T.F. DAGI, F. DAVILA, ET AL, *Consensus Statement on the Triage of Critically Ill Patients*, in *JAMA*, 271, 15, 1994, 1200-1203; J.L. NATES, M. NUNNALLY, R. KLEINPELL, S. BLOSSER, J. GOLDNER, B. BIRRIEL, ET AL, *ICU Admission, Discharge, and Triage Guidelines: A Framework to Enhance Clinical Operations, Development of Institutional Policies, and Further Research*, in *Critical Care Medicine*, 44, 8, 2016, 1553-1602; P. LE MAGUET, A. ROQUILLY, S. LASOCKI, K. ASEHNOUNE, E. CARISE, M. SAINT MARTIN, ET AL, *Prevalence and impact of frailty on mortality in elderly ICU patients: a prospective, multicenter, observational study*, in *Intensive Care Medicine*, 40, 5, 2014, 674-682; D.K. HEYLAND, P. DODEK, S. MEHTA, D. COOK, A. GARLAND, H.T. STELFOX, ET AL, *Admission of the very elderly to the intensive care unit: family members' perspectives on clinical decision-making from a multicenter cohort study*, in *Palliative Medicine*, 29, 4, 2015, 324-335; B. GUIDET, G. LEBLANC, T. SIMON, M. WOIMANT J.P. QUENOT, O. GANANSIA, ET AL, *ICE-CUB 2 Study Network. Effect of Systematic Intensive Care Unit Triage on Long-term Mortality Among Critically Ill Elderly Patients in France: A Randomized Clinical Trial*, in *JAMA*, 318, 15, 2017, 1450-1459; A.A. HOPE, J. LAW, R. NAIR, M. KIM, J. VERGHESE, M.N. GONG. *Frailty, Acute Organ Dysfunction, and Increased Disability After Hospitalization in Older Adults Who Survive Critical Illness: A Prospective Cohort Study*, in *Intensive Care Medicine*, 2019; S.M. FERNANDO, D.I. MCISAAC, B. ROCHWERG, S.M. BAGSHAW, J. MUSCEDERE, L. MUNSHI, *Frailty and invasive mechanical ventilation: association with outcomes, extubation failure, and tracheostomy*, in *Intensive Care Medicine*, 45, 12, 2019, 1742-1752; L.K. BECH, A. LINDHARDT, C.S. MEYHOFF. *Clinical impact of frailty among patients with severe vital sign derangement: An observational study*, in *Acta Anaesthesiologica Scandinavica*, 2020 Feb 5; L. DE GEER, M. FREDRIKSON, A.O. TIBBLIN, *Frailty predicts 30-day mortality in intensive care patients: A prospective prediction study*, in *European Journal of Anaesthesiology*, 2020 Jan 23; B. GUIDET, D.W. DE LANGE, A. BOUMENDIL, S. LEAVER, X. WATSON, C. BOULANGER, ET AL, *VIP2 study group. The contribution of frailty, cognition, activity of daily life and comorbidities on outcome in acutely admitted patients over 80 years in European ICUs: the VIP2 study*, in *Intensive Care Medicine*, 46, 1, 2020, 57-69; J.A. SILVA-OBREGÓN, M. QUINTANA-DÍAZ, S. SABOYA-SÁNCHEZ, C. MARIAN-CRESPO, M.Á. ROMERA-ORTEGA, C. CHAMORRO-JAMBRINA, ET AL, *Frailty as a predictor of short- and long-term mortality in critically ill older medical patients*, in *Journal Critical Care*, 55, 2020, 79-85; M. GARROUSTE-ORGEAS, A. TABAH, A. VESIN, F. PHILIPPART, A. KPODJI, C. BRUEL, ET AL, *The ETHICA study part II): simulation study of determinants and variability of ICU physician decisions in patients aged 80 or over*, in *Intensive Care Medicine*, 39, 2013, 1574-1583.

<sup>34</sup> Epicentro – Istituto Superiore di Sanità, <https://bit.ly/2VfMvio> dati al 09.04.2020 (ultimo accesso 11 aprile 2020).

e ricoverati nelle TI lombarde dal 20.02.20 al 18.03.20 (1591 decessi, pari al 26%)<sup>35</sup>. Per la popolazione generale viene invece descritto (grafico B) l'andamento della mortalità in relazione al progressivo aumento del numero delle comorbidità presenti in ciascun paziente deceduto.



**Figura 3:** A. confronto tra la mortalità della popolazione generale e in TI per classe d'età e incidenza delle comorbidità nella popolazione dei deceduti in TI – B. mortalità per numero di comorbidità nella popolazione generale. Dati derivati dai report quotidiani del Dip. di Protezione Civile e disponibili al link: <https://bit.ly/2QH5AZg>

- A. Comorbidità nella popolazione TI = % del N° di casi con dati disponibili (N = 1043)  
 B. comorbidità nella popolazione generale = N° cartelle cliniche accessibili (N = 1453)  
 A. Decessi pop. generale N = 16654; età mediana = 80 (IQR 73-85); M = 67%  
 B. Decessi pop. TI N = 1591; età mediana = 63 (IQR 56-70); M = 82%

<sup>35</sup> G. GRASSELLI, A. ZANGRILLO, A. ZANELLA, M. ANTONELLI, L. CABRINI, A. CASTELLI, ET AL. *Baseline Characteristics and Outcomes of 1591 Patients Infected With SARS-CoV-2 Admitted to ICUs of the Lombardy Region, Italy*, in *JAMA*, April 6, 2020.

#### 4. Gli eventi e le loro premesse

Secondo molti epidemiologi<sup>36</sup> la pandemia avrebbe dovuto produrre effetti sostanzialmente controllabili su gran parte della popolazione, e seri solo su una piccola frazione di essa. Al contrario, in Italia, in alcuni Paesi europei, e negli Stati Uniti, il grave indebolimento del sistema sanitario pubblico ha contribuito, assieme ad altri fattori, a trasformare questo evento in una catastrofe umanitaria e in una severa minaccia per i sistemi economici.

In Italia, una progressiva trasformazione del Sistema Sanitario Nazionale (SSN) pubblico in un'industria medica in fase di privatizzazione<sup>37</sup> si è sviluppata dopo la regionalizzazione della sanità<sup>38</sup>. In dieci anni si sono così generati sistemi sanitari differenti da regione a regione in grado di garantire un diverso livello di qualità dell'assistenza con forti sperequazioni. Sono stati sottratti alla sanità 37 MLD di euro, i posti-letto negli ospedali pubblici sono diminuiti del 30% e la spesa sanitaria pro capite (15% inferiore rispetto alla media UE pari a 2884€/persona) si è ridotta fino a portare l'Italia al livello dei Paesi dell'Europa orientale. In sintesi, mentre l'Italia spendeva 1.844€/persona, la Francia ne spendeva 3.201, la Germania 3.605 e la Gran Bretagna 2.857. Una simile politica di contenimento delle spese considerate "improduttive", corrisponde alla necessità di rendere efficiente il sistema. Questo obiettivo, per essere raggiunto, implica, la trasformazione del SSN in un apparato che ha, di fatto, sostituito il suo principale obiettivo istituzionale, cioè il riconoscimento e il soddisfacimento dei bisogni della persona malata, con la produzione, al costo più conveniente per il "produttore" e per il "compratore", di prestazioni che alla persona malata possono garantire, al massimo, la qualità. Non è previsto pertanto alcun "eccesso" di capacità produttiva (le prestazioni sono erogate, per regola economica, in modo proporzionale alla domanda) mentre qualsiasi intermediazione tra "produttore" e "compratore" deve essere limitata se non abolita. È così che questo processo di trasformazione del SSN ha anche provocato una costante marginalizzazione delle funzioni e dei compiti di prevenzione, proprie della Sanità pubblica. Si può quindi comprendere come sia stato possibile che non si siano ascoltati gli allarmi già lanciati dal Centro Europeo per il Controllo e la Prevenzione delle Malattie all'inizio del gennaio 2020<sup>39</sup>, non ci si sia premuniti in tempo dei presidi necessari a una corretta e efficace attività di prevenzione del rischio di espansione incontrollata del contagio, non si sia elaborata una strategia articolata anche in presidi di territorio, si sia fondata esclusivamente sugli ospedali, e in

<sup>36</sup> In argomento v. J.D. MICHEL. *Covid-19: fin de partie?!*, in *Les Blogs*, <https://bit.ly/3996Evs>, 18 mars 2020 (ultimo accesso 13 aprile 2020); T. PUEYO. *Coronavirus: The Hammer and the Dance. What the Next 18 Months Can Look Like, if Leaders Buy Us Time*, in *Medium*, <https://bit.ly/3bjAA9K> 19 march 2020 (ultimo accesso 13 aprile 2020).

<sup>37</sup> GIMBE, *Quarto rapporto sulla sostenibilità del Servizio Sanitario Nazionale*, 11.06.2019. <https://bit.ly/3aaurM1> (ultimo accesso 13 aprile 2020).

<sup>38</sup> In argomento v. Governo italiano Presidenza del Consiglio dei ministri, *Titolo V – Le Regioni, le Province e i Comuni*. <https://bit.ly/2VmA988> (ultimo accesso 13 aprile 2020); V. ANTONELLI. *Regionalismo sanitario: verso una sanità a macchia di leopardo?*, in *Sole24ore sanità*, 13.02.2019, <https://bit.ly/2V5IMGw> (ultimo accesso 13 aprile 2020).

<sup>39</sup> European Centre for Disease Prevention and Control, *Rapid Risk Assessment: Cluster of pneumonia cases caused by a novel coronavirus, Wuhan, China, 2020*, 17 gennaio 2020, <https://bit.ly/2xpJLp> (ultimo accesso 13 aprile 2020).

particolare sulle Terapie Intensive, l'unica risposta che il sistema è riuscito a organizzare, con tutti i limiti che l'epidemia ha tragicamente sovraesposto.

In particolare, in Lombardia, nel 2015, la riforma strutturale del sistema sanitario regionale ha depotenziato il reale potere programmatico e di controllo delle Asl e il ruolo della medicina di prossimità (medici di famiglia), mentre l'unico piano anti-pandemico, elaborato dopo la pandemia H1N1 del 2009, aveva dimostrato gravi lacune, tanto da richiedere una revisione mai effettuata<sup>40</sup>.

Così, quando tra la seconda metà di dicembre 2019 e i primi giorni del gennaio 2020, a Piacenza, si verifica un picco di 40 polmoniti in una settimana, il 7 gennaio a Milano si segnalano più polmoniti della media (da 50 a 80 in più al giorno all'ospedale San Paolo e 70 al giorno in più all'ospedale Niguarda), e a Como i reparti di pronto-soccorso degli ospedali cittadini segnalano un aumento di casi di polmonite, non vi è nessuna struttura epidemiologica in grado di raccogliere queste informazioni e lanciare l'allarme fino al 20 febbraio, quando una anestesista dell'ospedale di Codogno (che assieme agli altri dieci comuni del Basso Lodigiano si rivelerà come principale epicentro dell'epidemia) pone diagnosi di polmonite interstiziale da coronavirus in un uomo di 38 anni, ufficializzando il primo caso italiano<sup>41</sup> e l'inizio dell'epidemia da SARS-CoV2. Da quel momento gli ospedali lombardi hanno costituito l'unico punto di riferimento per tutti i pazienti CoViD-19 finendo per diventare paradossalmente essi stessi centri di diffusione del contagio<sup>42</sup>.

Inizia parallelamente il problema della riduzione fino all'esaurimento delle risorse intensive che ha tragicamente caratterizzato la situazione sanitaria in Lombardia e in altre regioni del Nord-Italia.

Prima dell'inizio della pandemia in Italia erano disponibili circa 5200 posti di TI<sup>43</sup> pari a 9 posti di TI per 100.000 abitanti mentre 8 anni fa in Italia i posti di TI erano 12 per 100.000 abitanti contro i 29 della Germania e i 22 dell'Austria<sup>44</sup>. Una circolare del Ministero della Salute del 1 marzo 2020 stabiliva che aumentassero del 50%<sup>45</sup>. Al 31 marzo in TI erano presenti 4023 pazienti CoViD-19 ma non si era ancora arrivati al picco e le unità in più erano diventate operative strada facendo. Durante il mese di marzo infatti più di un medico degli ospedali di Cremona, Bergamo, Brescia ha drammaticamente ammesso di avere dovuto scegliere quali pazienti candidare alla ventilazione meccanica e quali no in base all'età e alla presenza di gravi patologie collaterali<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> A. SPARACIARI, *Il disastro coronavirus in Lombardia era già scritto in un audit del 2010, mai applicato*, in *Business Insider Italia*, 06.04.2020, <https://bit.ly/3a1arvn> (ultimo accesso 13 aprile 2020).

<sup>41</sup> G. VISETTI, *Coronavirus, polmoniti anomale a metà gennaio: Così è nato il focolaio di Codogno*, in *La Repubblica*, 28.02.2020, <https://bit.ly/3cg35pf> (ultimo accesso 13 aprile 2020).

<sup>42</sup> M. NACOTI, ET AL., *op. cit.*

<sup>43</sup> Annuario statistico del Servizio Sanitario Nazionale 2017. *Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi del SSN*, <https://bit.ly/3adcGvz> (ultimo accesso 13 aprile 2020).

<sup>44</sup> A. RHODES, P. FERDINANDE, H. FLAATTEN, B. GUIDET, P.G. METNITZ, R.P. MORENO. *The variability of critical care bed numbers in Europe*, in *Intensive Care Medicine*, 38, 2012, 1647–1653.

<sup>45</sup> G. RODRIGUEZ, *Coronavirus. Incrementare del 50% posti letto in terapia intensiva e del 100% in pneumologia. Percorso formativo "rapido" per medici e infermieri. E reclutamento operatori da zone meno colpite. La Circolare del Ministero Salute*, in *Quotidiano Sanità*, 04.03.2020, <https://bit.ly/2z3Bk5> (ultimo accesso 15 aprile 2020).

<sup>46</sup> In argomento v. M. NACOTI ET AL., FROMCEO LOMBARDIA, R.D. TRUOG ET AL., M. FERRARESI, P. CORRIAS, M. IMARISIO, I. DOMINIONI, L. ROSENBAUM, *op. cit.*

Proprio per garantire un riferimento chiaro e forte in questa situazione di profonda crisi del SSN che continuò per l'intero mese di marzo, il 6 dello stesso mese la SIAARTI ha pubblicato le Raccomandazioni.

## 5. Alcune risposte alle critiche

Il documento elaborato in questo particolare contesto dalla società scientifica SIAARTI è stato oggetto di critiche mosse sia in nome della deontologia medica, del diritto, dell'etica<sup>47</sup>. È sembrato che la SIAARTI in una logica ageista, senza alcun ragionamento clinico, abbia suggerito di porre un limite di età all'ingresso in TI mettendo con ciò in discussione il diritto alla salute garantito dalla Costituzione o, peggio, negando la dignità della vita umana in qualunque condizione e considerando alcune vite "non degne di essere vissute".

In una congiuntura quale l'attuale, interpretare in questo modo le Raccomandazioni significa però farne una semplificazione veramente pericolosa.

Vogliamo allora prima di tutto ricordare, a testimonianza di quanto una gran parte dei medici italiani – certamente gli anestesisti-rianimatori e i palliativisti – si riconosca nei valori della Costituzione, che nel 2015, in collaborazione con il "Cortile dei Gentili" (fondazione del Pontificio Consiglio della Cultura), la SIAARTI e la Società Italiana di Cure Palliative (SICP) licenziarono un documento condiviso tra credenti e non credenti sulla fine della vita che ha costituito il testo di riferimento fondamentale per la stesura della legge 219/2017 sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento<sup>48</sup>.

In termini scientifici è opportuno sottolineare che il tema complesso dell'ammissione alle cure intensive dei pazienti anziani e fragili è stato in questi ultimi 20 anni analizzato in documenti redatti dalla SIAARTI che offrono ai professionisti sanitari norme di comportamento ormai omogenee, validate, e condivise<sup>49</sup>. Queste norme sono derivate a loro volta da un incessante lavoro di ricerca, basato sulla

<sup>47</sup> In argomento v. F. ANELLI, C. DI COSTANZO ET AL., L. D'AVACK, *op. cit.*

<sup>48</sup> In argomento v. SIAARTI – Cortile dei gentili, *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, <https://bit.ly/2KdG8a5> (ultimo accesso 16 aprile 2020); G.R. GRISTINA. *Un documento condiviso tra credenti e non credenti sulla fine della vita: il dialogo è possibile*, in *Recenti Progressi Medici*, 106, 11, 2015, 535-537; Legge 22 dicembre 2017, n. 219: *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (G.U. S. G., n. 12 16.01.2018).

<sup>49</sup> In argomento v. SIAARTI – Gruppo di Studio per la Bioetica, *Raccomandazioni per l'ammissione e la dimissione dalla Terapia Intensiva e per la limitazione dei trattamenti*, in *Minerva Anestesiologica*, 69, 3, 2003, 101-118; SIAARTI – Gruppo di studio per la bioetica. *Le cure di fine vita e l'anestesista-rianimatore: Raccomandazioni per l'approccio al malato morente*, in *Minerva Anestesiologica*, 72, 12, 2006, 927-963; G.R. GRISTINA, L. ORSI, A. CARLUCCI, I.R. CAUSARANO, M. FORMICA, M. ROMANÒ, *Per il Gruppo di Lavoro Insufficienze Croniche d'Organo. Parte I. Il percorso clinico e assistenziale nelle insufficienze croniche d'organo "end-stage". Documento di consenso per una pianificazione condivisa delle scelte di cura*, in *Recenti Progressi Medici*, 105, 1, 2014, 9-24; ID., *Per il Gruppo di Lavoro Insufficienze Croniche d'Organo. Parte II. Evidenze scientifiche nelle insufficienze croniche d'organo "end-stage". Documento di consenso per una pianificazione condivisa delle scelte di cura*, in *Recenti Progressi Medici*, 105, 1, 2014, 25-39; C. BARBISAN, C. CASONATO, E. PALERMO FABRIS, M. PICCINI, P. ZATTI, *Parte III. Aspetti etici e giuridici nelle insufficienze croniche d'organo "end-stage". Documento di consenso per una pianificazione condivisa delle scelte di cura*, in *Recenti Progressi Medici*, 105, 1, 2014, 40-44; SIAARTI – Gruppo di Studio per la Bioetica, *Le cure di fine vita e l'anestesista rianimatore: Raccomandazioni*

pratica clinica e sui risultati di esito ottenuti dalle TI italiane, europee e statunitensi, organizzati in un'ampia e consolidata produzione scientifica internazionale già in parte citata nel paragrafo 3. Sarebbe stato auspicabile allora che, soprattutto in questa particolarissima e tragica situazione, le critiche espresse alle Raccomandazioni si fossero sviluppate all'interno di un dialogo tra differenti saperi<sup>50</sup> su cui costruire la cultura interdisciplinare necessaria alla comprensione della complessità di questo tempo e alla costruzione di un argine alle vere derive anticostituzionali che minacciano concretamente i principi di universalità, solidarietà ed equità alla base del nostro SSN. In questo senso sembra assai significativo il richiamo del Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) alle carenze gestionali della sanità nel nostro Paese<sup>51</sup>. È quindi singolare che i supposti rischi per il diritto alla salute costituzionalmente garantito e per i principi etici del SSN siano stati segnalati proprio oggi in rapporto alle Raccomandazioni SIAARTI e non invece nei lunghi anni in cui si andava davvero attuando quel progetto di vero e proprio smantellamento del SSN prospettato nella richiamata nota del CNB, e che è stato poi una delle cause più incisive nel determinismo dello squilibrio tra domanda e offerta assistenziale verificatosi su tutto il territorio lombardo e in altre regioni del Nord-Italia. In questa prospettiva, non deve quindi meravigliare che proprio a causa della mancanza di una reale presa di coscienza dell'emergenza estrema della situazione, e quindi dell'inevitabile astrattezza dei giudizi, nessuna voce critica si sia sentita in dovere, sulla base di quei valori di cui andava reclamando il rispetto, di offrire una propria risposta al quesito tragicamente concreto: come scelgo chi (non) curare in modo intensivo tra due o più malati se le risorse disponibili sono sufficienti per uno solo? Altre voci critiche si sono poi concentrate sul 2° obiettivo delle *Raccomandazioni*: *sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, emotivamente gravose, compiute nei singoli casi*. Subito si

---

*siaarti per l'approccio alla persona morente* – UPDATE 2018, <https://bit.ly/2VyUSWr> (ultimo accesso 16 aprile 2020).

<sup>50</sup> P. ZATTI. *Diritto e medicina in dialogo: il logos della proporzione*, in *Un Diritto Gentile*, 11.04.2014, <https://bit.ly/34Fi09Y> (ultimo accesso 16 aprile 2020) «[...] Il diritto non può farsi strumento di proporzione in un rapporto se non conosce le forze all'opera nel rapporto medesimo, le grandezze da collegare con un medio proporzionale; solo questa conoscenza, che è conoscenza dell'ecologia dell'ambiente (relazionale) in cui la norma si vuole inserire, consente al diritto di "proporzionarsi" al problema e di studiare, offrire, imporre norme "proporzionate" ovvero "a misura" del compito».

<sup>51</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 15.04.2020, <https://bit.ly/2VeYtKg> (ultimo accesso 17 aprile 2020), 4 – premessa nota 2: «[...] Sin d'ora possiamo però sottolineare alcune criticità, quali: i finanziamenti inadeguati al Servizio Sanitario Nazionale, come già evidenziato dal CNB nel "Parere In difesa del Servizio Sanitario Nazionale" (2017) e nella "Mozione Diseguaglianze nell'Assistenza alla Nascita: un'Emergenza Nazionale" (2015); 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: nel tempo il nostro Servizio Sanitario Nazionale è andato trasformandosi di fatto in un insieme di Servizi Sanitari Regionali (oltre a quelli delle province autonome), comportando in tal modo un'inaccettabile disuguaglianza tra i cittadini, a seconda della regione in cui risiedono; il mancato aggiornamento e la mancata implementazione, sia a livello nazionale che regionale, del "Piano Nazionale di Preparazione e Risposta ad una Pandemia Influenzale", predisposto dopo l'influenza aviaria del 2003 dal Ministero della Salute e non più aggiornato dopo il 2006; il ridimensionamento del ruolo della medicina di base e territoriale; la progressiva separazione tra politiche sanitarie e politiche socio-assistenziali, con la conseguente svalutazione di queste ultime».

è pensato che grazie a esso gli anestesisti-rianimatori volessero declinare ogni responsabilità derivante dalle proprie azioni, intendendo quindi le Raccomandazioni in chiave di medicina difensiva<sup>52</sup>.

Intendere le Raccomandazioni in questo modo significa non aver colto la tensione etica che ha sotteso le drammatiche situazioni che medici e infermieri di TI si sono trovati a dover gestire. In particolare, quell'accresciuto, spesso schiacciante, senso di responsabilità che i professionisti hanno sentito nei confronti di persone rese fragili e incapaci di provvedere a sé stesse non solo dalla malattia ma anche dalla solitudine imposta dall'isolamento. E vale la pena qui ricordare che proprio la SIAARTI e la SICP hanno redatto assieme ad altre due società scientifiche (ANIARTI – SIMEU) un ulteriore documento per aiutare i colleghi nel difficile compito di comunicare con i famigliari dei malati<sup>53</sup> in una condizione di repentina modifica della trasmissione delle informazioni a causa delle misure di isolamento sociale. Gli stessi operatori sanitari, peraltro isolati dalle proprie famiglie, devono gestire le conseguenze dell'isolamento dai propri congiunti anche nei malati che assistono. La percezione di un'autentica partecipazione umana alla vicenda di malattia è particolarmente importante in caso di morte del paziente, e può influenzare il processo di elaborazione del lutto<sup>54</sup>.

In sintesi, i colleghi che si sono trovati a dover compiere quelle scelte avevano bisogno non di meno, ma di più coscienza ed è in questo senso che la nostra società scientifica ha voluto "sollevarli da una parte delle responsabilità", ha voluto aiutare quei medici e quegli infermieri portando una parte del peso di una croce etica ed emotiva che non si sono meritati.

Va sottolineata qui la presa di distanza dalla SIAARTI della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri (FNOMCeO) il cui Presidente, l'8 marzo, ebbe a dichiarare<sup>55</sup>: «[n]on possiamo permettere che si verifichino gli scenari prospettati dalla SIAARTI ... La nostra guida resta il Codice di Deontologia medica [...]. Non dobbiamo metterci nelle condizioni di applicare questi inaccettabili triage di guerra», come se gli anestesisti-rianimatori non stessero già dimostrando "sul campo" la loro coerenza con il codice deontologico, ma evidentemente ignorando la tragedia degli ospedali dell'epicentro lombardo<sup>56</sup> mentre avrebbe forse dovuto prima di tutto documentarsi per comprendere<sup>57</sup> come e perché una società scientifica avesse sentito il dovere di pronunciarsi ufficialmente con specifiche Raccomandazioni su un problema tanto rilevante.

Un tema ulteriore è poi emerso riguardo a quale Istituzione avrebbe dovuto indicare i criteri di triage<sup>58</sup>. Circa il profilo deontologico delle Raccomandazioni si è suggerita l'interlocuzione con la FNOMCeO, oppure, trattandosi di materia che attiene alla salute pubblica, si è proposto l'intervento

<sup>52</sup> In argomento v. C. DI COSTANZO ET AL., L. PALAZZANI, *op. cit.*

<sup>53</sup> Documento Intersocietario SIAARTI, Aniarti, SICP, SIMEU, *Comunicovid: Come Comunicare con i Familiari in Condizioni di Completo Isolamento*, 20.04.2020, <https://bit.ly/2KjmUjx> (ultimo accesso 20 aprile 2020).

<sup>54</sup> N. PATTISON *End-of-life decisions and care in the midst of a global coronavirus (COVID-19) pandemic*, in *Intensive & Critical Care Nursing*, 58, 02 Apr 2020, <https://bit.ly/2LZIMT3>.

<sup>55</sup> F. ANELLI, *op. cit.*

<sup>56</sup> Ministero della Salute, *Bollettino Protezione Civile*, 08.03.2020, <https://bit.ly/34MUdoy> (ultimo accesso 18 aprile 2020). A tutto l'8 marzo 3422 morti da CoVID-19 nelle sole città di Bergamo, Lodi, Cremona, Brescia e Milano, pari all'82% di tutti i decessi lombardi e al 46% dei decessi nazionali.

<sup>57</sup> Ministero della Salute, *Ordini professionali. Funzioni e competenze*, <https://bit.ly/3csiB1h> (ultimo accesso 18 aprile 2020).

<sup>58</sup> V. ZAGREBELSKY, *Tutelare i diritti del paziente*, in *La Stampa*, 09.03.2020, <https://bit.ly/3dHjWCY> (ultimo accesso 18 aprile 2020).

di un'autorità sanitaria centrale, o addirittura della legge. Un dibattito pubblico per la definizione giuridica e deontologica del triage nelle maxi-emergenze potrebbe anche auspicarsi. Tuttavia, in accordo con quanto contenuto in un documento di collaborazione tra giuristi e medici in merito alle Raccomandazioni<sup>59</sup> proprio sulla base della salvaguardia del principio di autonomia che sottende la responsabilità del medico soprattutto nelle condizioni di emergenza, appare irrinunciabile riconoscere la necessità di garantire che i processi decisionali del triage rimangano sufficientemente elastici, dinamici e quindi adattabili a ciascuna situazione (Raccomandazione 1), nel rispetto dei criteri di appropriatezza clinica e proporzionalità etica e della relazione di cura nel cui ambito solo l'équipe sanitaria e il paziente possiedono strumenti e titoli appropriati per definire le soluzioni terapeutiche concretamente prospettabili da un lato e accettabili dall'altro (Raccomandazione 5). Non a caso, nelle Raccomandazioni SIAARTI nessuna soglia numerica è stata definita, mentre è suggerita una metodologia di approccio al problema proprio al fine di evitare quanto accaduto in altri Paesi dove ha prevalso una logica accentratrice da parte di enti terzi<sup>60</sup>.

Alcuni<sup>61</sup> si sono chiesti se «questi criteri allocativi, considerato che vengono esplicitati all'interno di una situazione emergenziale, siano operanti soltanto nel contesto dell'emergenza oppure anche in una prospettiva più generale». I dati forniti da Gruppo Italiano di Valutazione degli Interventi in Terapia Intensiva (GiViTI) – Istituto Mario Negri<sup>62</sup> mostrano come in dieci anni (2005 – 2015) nella popolazione dei pazienti ammessi nelle TI italiane l'età media sia aumentata da 64 a 68 anni, che il numero di quelli con età maggiore o uguale a 75 anni è passato dal 26 al 37% e che le comorbilità presenti nella stessa popolazione di pazienti siano passate dal 42 al 52%. È quindi evidente che, pur tenendo ben presenti i risultati delle prove scientifiche di cui abbiamo già parlato, in una quota significativa di pazienti la valutazione clinica è e rimane individuale sulla base di criteri di appropriatezza clinica e di liceità etica.

Un secondo quesito è poi sorto circa l'ipotesi che «il conflitto allocativo non potrebbe trovare una possibile composizione attraverso una valutazione svolta caso per caso, che avrebbe la sua sede naturale all'interno di un comitato etico». Tralasciando il velo che questa affermazione solleva sul grado di consapevolezza circa il travolgente svolgersi degli eventi negli ospedali lombardi, a quest'ultima

<sup>59</sup> M. PICCINI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, ET AL, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento 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 *Recenti Progressi Medici*, 111, 2020, 212-222.

<sup>60</sup> In argomento v. R. ROBBINS, *A system to allocate scarce ventilators and ICU beds gains traction for not counting any group out*, in *STAT*, April 2, 2020, <https://bit.ly/34TepFp> (ultimo accesso 22 aprile 2020); Alabama Department of Public Health's, *Criteria for Mechanical Ventilator Triage Following Proclamation of Mass-Casualty Respiratory Emergency*, March 20, 2020, <https://bit.ly/2xDYsGZ> (ultimo accesso 18 aprile 2020); *Coronaviruses Spridning – Sverige, Dokument visar: Personer över 80 år ska prioriteras bort från intensivvården*, 09.04.2020, <https://bit.ly/34Tb1c> (ultimo accesso 18 aprile 2020); M. WALKER, *COVID-19 Triage: Who Lives, Who Dies, Who Decides?*, in *Medpagetoday*, 09.04.2020, <https://bit.ly/2RXbB4Q> (ultimo accesso 18 aprile 2020); A. NE'EMAN, *I Will Not Apologize for My Needs*, in *The New York Times*, March 20, 2020, <https://nyti.ms/2RSJ8x1> (ultimo accesso 22 aprile 2020).

<sup>61</sup> C. DI COSTANZO ET AL., L. PALAZZANI, *op. cit.*

<sup>62</sup> XXV GiViTI Meeting, 19-21 ottobre 2016 – D. RADDRIZZANI, C. ROSSI, *La performance delle terapie intensive nel tempo: 25 anni di dati GiViTI*, <https://bit.ly/3arxxLW> (ultimo accesso 18 aprile 2020).

considerazione altri<sup>63</sup> hanno risposto che «[a] volte i tempi non consentono la consultazione [dei comitati etici, n.d.r.] oppure non esistono tali comitati nelle strutture, e i medici rimangono soli nelle decisioni che devono prendere. È un dramma che bisognerebbe evitare: su questo convergono tutte le teorie etiche». Un po' poco a fronte dei più di 25.000 morti contati a tutt'oggi e distribuiti in questi ultimi tre mesi.

Sarebbe stato invece interessante attivare una discussione, proprio in termini etici, circa la decisione di inviare i pazienti convalescenti ancora positivi dagli ospedali nelle residenze sanitarie assistenziali dedicate notoriamente a quella fascia di popolazione più vulnerabile all'infezione e cioè gli anziani, spesso affetti da malattie cronico-degenerative<sup>64</sup>. Oppure sarebbe stato interessante affrontare il tema dei posti-letto intensivi, in questa occasione riconosciuti come "beni comuni", e riflettere se, in quanto tali, possano essere parte di una trattativa economica tra gestore di medicina privata e gestore pubblico, visto che i proprietari delle strutture requisite riceveranno un indennizzo pari a al 100% del loro valore<sup>65</sup>.

In sintesi, è innegabile che la SIAARTI, con le sue Raccomandazioni, è stata l'unica istituzione scientifica che ha sentito il dovere di mettere al corrente di quanto succedeva le Autorità e i cittadini italiani, assumendo in modo trasparente e condividendo coerentemente la responsabilità delle scelte allocative che si andavano compiendo negli ospedali dagli anestesisti-rianimatori. D'altra parte, la generale reazione ha confermato che da questa assunzione di responsabilità una diversa presa di coscienza e un più consapevole approccio a molte questioni hanno cominciato a svilupparsi. Prova ne sia il documento del CNB<sup>66</sup> che, pur scontando le critiche rilevanti contenute nel parere di minoranza, affronta i temi della distribuzione delle risorse scarse, dei criteri etici per l'accesso alle cure intensive, e del triage in emergenza pandemica.

## 6. Conclusioni

Non c'è dubbio che l'epidemia di CoViD-19 imponga l'esigenza di "ripensare l'intero nostro universo di senso" – come ha scritto recentemente Marco Revelli<sup>67</sup> – e che sia necessario un «cambiamento,

<sup>63</sup> L. PALAZZANI, *op. cit.*

<sup>64</sup> Regione Lombardia, Deliberazione N° XI/2906 Seduta del 08/03/2020, <https://bit.ly/35dftE7> (ultimo accesso 17 aprile 2020); C. AMMENDOLA, *Pazienti Covid-19 mandati nelle case di riposo dalla Regione: cosa è accaduto in Lombardia*, in *Fanpage*, 06.04.2020, <https://bit.ly/2VSoBJW> (ultimo accesso 17 aprile 2020).

<sup>65</sup> A. CAPOCCI, *La sanità privata diventa "pubblica". Ma non basta*, in *Il manifesto*, 17.03.2020, <https://bit.ly/3cPos0R>, «il 38% dei posti-letto intensivi totali in Lombardia, il 40% in Puglia, il 36% nel Lazio, appartengono alla sanità privata» (ultimo accesso 17 aprile 2020).

<sup>66</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 15.04.2020, <https://bit.ly/2VeYtKg> (ultimo accesso 17 aprile 2020), 7 par. 3: «[...] La priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza». E ancora che «i criteri dell'allocazione delle risorse sanitarie in condizioni di scarsità delle stesse necessitano della massima trasparenza». «Rispetto al triage in tempi normali, il triage in emergenza pandemica inserisce la valutazione individuale del paziente nella prospettiva più ampia della comunità dei pazienti», 8 par. 3.

<sup>67</sup> M. REVELLI, *Siamo arrivati a una sorta di ground zero*, in *Il manifesto*, 13.03.2020, <https://bit.ly/34Vt2Tf>, (ultimo accesso 18 aprile 2020).

radicale, di sguardo, linguaggio, categorie e progetto». Ma un nuovo sguardo serve anche a proposito del dilemma etico di una Sanità chiamata dall'emergenza a scegliere chi curare quando la domanda di assistenza supera la quantità complessiva di risorse disponibili.

Da più di 10 anni in Italia, le risorse assegnate al SSN sono insufficienti, tanto da far sì che il nostro Paese si distingua in Europa per avere una delle spese sanitarie pubbliche più basse a fronte di una popolazione che invecchia con costi costantemente crescenti.

Molte Istituzioni, con solidi numeri, descrivono un SSN nel quale crescono le disuguaglianze e sempre più si va affermando una visione della Sanità e della gestione dei problemi della salute di tipo commerciale, economicista, neoliberista.

Tuttavia, come affermato da Stefano Rodotà nella prefazione al libro *Scelte tragiche* di Calabresi e Bobbit<sup>68</sup>, i dilemmi etici non si risolvono con l'abbondanza; essi nascono paradossalmente dal sistema universalista, che essendo per sé stesso un sistema di diritti, crea immediatamente una tensione tra quelli del singolo ad esser curato e quelli della comunità ad esser tutelata.

Qualunque sia l'ammontare delle risorse disponibili, due cose sono davvero imprescindibili: commisurare il trattamento all'efficacia e porsi il problema di quel paziente che non è ancora alla nostra osservazione ma che potrebbe arrivare.

In ogni momento, infatti, a prescindere dalla loro entità, le risorse disponibili sono finite e, in ogni momento, saranno ripartite secondo criteri, impliciti o espliciti, che soddisferanno in modo differente bisogni diversi, ma non tutti. Esplicitare questi criteri li rende valutabili anche in termini etici, permettendo ai cittadini di compiere scelte consapevoli e quindi responsabili.

Il diritto individuale entra così continuamente in conflitto con quello della comunità; lo fu quando furono prodotte le prime apparecchiature per la dialisi<sup>69</sup>, lo è tuttora per i trapianti<sup>70</sup>, lo è stato non più tardi di 4 anni orsono per i farmaci contro l'epatite C<sup>71</sup>. Ma lo è anche per le cose più semplici come una visita oculistica o un esame radiologico e anche in questi casi è necessario stabilire criteri validi per ogni giorno perché ogni giorno, e non solo quando arriva una pandemia, questa uguaglianza viene messa in discussione.

In sintesi, il problema si ripresenterà qualunque sia il livello di disponibilità delle risorse perché intrinseco alla costante aspirazione, spesso conflittuale, di conciliare l'interesse del singolo con quello della collettività. E anche quando come scrive Revelli «più che le regole umanizzate della Polis valgono quelle elementari della sopravvivenza, del Bios», non siamo di fronte ad una situazione straordinaria,

<sup>68</sup> S. RODOTÀ, *Prefazione*, in G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*. Milano. 2006. «Si determinano così situazioni rispetto alle quali svanisce la speranza d'essere sottratti alla drammaticità di talune scelte da una futura, più larga disponibilità di risorse, si che anche a questa materia si potrebbe guardare secondo l'ottica di uno dei tanti ossimori che accompagnano ormai la discussione pubblica come "emergenza permanente". [...] Quando si affrontano questioni come quelle legate alla tutela della vita e della salute, l'allargamento dell'orizzonte si percepisce immediatamente, si coglie la natura vera del conflitto che attribuisce tragicità alle scelte che vengono compiute, e siamo così obbligati a guardare sempre più da vicino quella sofferenza del mondo».

<sup>69</sup> G. CALABRESI, P. BOBBIT, *op. cit.*

<sup>70</sup> Ministero della Salute, *Sistema Informativo Trapianti. Liste d'attesa*, <https://bit.ly/2z4ZP1w> (ultimo accesso 18 aprile 2020).

<sup>71</sup> S. IVENGAR, K. TAY-TEO, S. VOGLER, P. BEYER, S. WIKTOR, K. DEJONCHEREE, S. HILL. *Prices, Costs, and Affordability of New Medicines for Hepatitis C in 30 Countries: An Economic Analysis*, in *PloS Med*, 13, 5, 2016.

se non da un punto di vista quantitativo. Stiamo solo assistendo a un'estremizzazione della tensione tra individuo e comunità.

Una tensione che non sono certo gli operatori a poter risolvere ma l'intera collettività. Attraverso la politica come luogo di equilibrio tra interesse dei singoli e della comunità appunto<sup>72</sup>, ma anche attraverso ciascun cittadino che dà la propria preferenza di volta in volta alle diverse politiche secondo le sue particolari convenienze<sup>73</sup>.

Se siamo onesti, dobbiamo allora riconoscere che le responsabilità sono numerose e, sia pure in modo diverso, se le deve prendere tutta la società, invece di cercare di addossarle ai medici e agli infermieri che devono inevitabilmente assumere quelle scelte tragiche, addirittura insinuando che non rispettano i diritti fondamentali delle persone o che sono moralmente insensibili.

Attribuire a chi ha formulato le Raccomandazioni per i colleghi che si sono trovati nella prima linea delle TI un'insensibilità giuridica o etica è ingiusto e consegue l'unico risultato di ferire ulteriormente coloro che stanno pagando o hanno già pagato con le loro vite un tributo intollerabile<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> M BONATI. *Perché la Lombardia è un "outlie": un'anomalia evidenziata dalla Covid-19*, in *R&P*, 36, 1, 2020, 1-6 (ultimo accesso 18 aprile 2020)

<sup>73</sup> F. GIANFRATE. *Che sanità futura col trionfo della Lega?*, in *Quotidiano Sanità*, 27.05.2019, <https://bit.ly/3ct6XTP> (ultimo accesso 18 aprile 2020).

<sup>74</sup> A. CAPOCCI, *Ecatombe sanitaria: 190 morti sul lavoro*, in *Il manifesto*, 20.04.2020, <https://bit.ly/2SpYHMq> (ultimo accesso 20 aprile 2020).



## Diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del CoViD-19

Alessandra Pisu\*

RIGHT TO HEALTH AND MEDICAL LIABILITY IN THE COVID-19 EMERGENCY

ABSTRACT: The CoViD-19 pandemic has promptly brought together the social and individual aspects of the right to health, highlighting some issues that are typical of the healthcare service: nosocomial contagion risk and cure decision against the backdrop of disequilibrium between health needs and available resources. The essay tackles these matters in light of the civil liability system outlined within the law n. 24/2017, putting forward some integrative proposals of the protection framework.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; right to health; tragic choices; medical liability

SOMMARIO: 1. La pandemia da CoViD-19 e il diritto alla salute tra dimensione individuale e collettiva – 2. Sicurezza nelle cure e responsabilità della struttura sanitaria – 2.1. Segue. Il rischio di contagio nosocomiale – 3. Il ruolo del medico nel *triage* da maxi-emergenza. Questioni bioetiche e di biodiritto – 3.1 Segue. La responsabilità civile del personale sanitario e dell'ente ospedaliero impegnati nella cura di pazienti affetti da CoViD-19 – 4. Riflessioni conclusive.

### 1. La pandemia da CoViD-19 e il diritto alla salute tra dimensione individuale e collettiva

La pandemia generata dalla rapida diffusione del CoViD-19 tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020, oltre ad aver determinato nel nostro Paese una gravissima emergenza sanitaria, ha catapultato l'intera popolazione nella dimensione originaria e conservativa del diritto alla salute, incentrata sull'assenza di malattia. Un anelito, questo, che continua a costituire il nucleo duro, espresso in negativo, di una posizione assai più complessa<sup>1</sup>. Non da oggi, difatti, la salute si identifica in una situazione giuridica soggettiva che si definisce più ampiamente – in termini positivi e di proiezione – individuandola in uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale della persona<sup>2</sup>.

\* Professore associato di Diritto privato, Università degli studi di Cagliari. Mail: [alepisu74@gmail.com](mailto:alepisu74@gmail.com). Il contributo è destinato alla pubblicazione negli "Studi economico-giuridici", vol. LXII, 2009-2020, Tomo I, ESI, 2020, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. Il presente lavoro è aggiornato al 9 maggio 2020.

<sup>1</sup> V. COSIMO, M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., V, Milano, 2001, 1037; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1997; MARIA C. CHERUBINI, *Diritto alla salute*, in *Digesto discipline privatistiche*, 1990.

<sup>2</sup> V. la definizione di salute sancita nello Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità adottato a New York nel luglio del 1946 (in vigore dal 7 aprile 1948). Sull'evoluzione dell'idea di salute, F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018, 10. Per un mag-

Un bene fondamentale, dunque, che rappresenta nel contempo un obiettivo strenuamente perseguito, con misure di ogni genere, a livello nazionale ed europeo, affinché la sua protezione non si fermi a una mera declamazione nelle Carte dei diritti<sup>3</sup>.

Stando all'ordinamento domestico, l'art. 32 della Costituzione tutela il diritto alla salute nella sua dimensione individuale e sociale, dunque non solo nei rapporti tra privati, ma anche in quelli con lo Stato.

Al Servizio sanitario nazionale spetta il difficile compito di consentire l'accesso alle prestazioni sanitarie che – allo stato delle conoscenze della scienza medica – possono essere erogate per sconfiggere e debellare le malattie e, più in generale, per offrire a ciascuno le cure idonee a contribuire al completo benessere individuale.

A ciascuno e a tutti, per il vero. Il che solleva rilevanti e delicatissime questioni sulla sostenibilità del diritto alla salute, quale diritto sociale finanziariamente condizionato<sup>4</sup>, e sul corrispondente obbligo delle istituzioni pubbliche di garantire il bene protetto nel rispetto del canone di eguaglianza formale e sostanziale<sup>5</sup>. Principi indiscutibili, alla base del nostro ordinamento democratico, messi a dura prova dalla realtà dei fatti.

La pandemia originata dal CoViD-19 ha improvvisamente investito le nostre vite e l'intero sistema sanitario riducendo drasticamente le distanze che, almeno sul piano concettuale, si è soliti tenere – negli ambiti disciplinari del diritto privato e costituzionale – tra diritto personale e diritto sociale alla salute.

La salute di ciascuno dipende dalla salute di tutti, il bene individuale è un riflesso del bene comune, di un bene comune globale. È il primo importante insegnamento che si può trarre dalla tragica esperienza in corso<sup>6</sup>.

L'enorme portata dell'emergenza sanitaria conferma allora, se mai ve ne fosse bisogno, che i diritti fondamentali non possono essere studiati prescindendo dalla, seppur ardua, riconduzione ad unità delle diverse anime che li compongono. Benché esse giustificino approfondimenti che si sviluppano

---

giore approfondimento partendo dalle origini del dibattito in Assemblea costituente: R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, 377 ss.

<sup>3</sup> V. art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 32 Cost.

<sup>4</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, 1989, 30. Ma v. anche R. BALDUZZI, *op. cit.*, 391 ss., il quale ricorda che la Corte costituzionale non sembra mai aver aderito *in toto* alla costruzione della salute come «diritto finanziariamente condizionato». Per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in questo fascicolo, 443 ss. dove si ricorda che «il condizionamento finanziario che caratterizza la tutela del diritto alla salute non opera quando viene in rilievo il diritto individuale alla salute, quanto piuttosto rispetto alla distribuzione delle risorse finanziarie tra i vari soggetti del Servizio sanitario nazionale (sent. n. 200/2005)» e che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel contesto del bilanciamento effettuato dal legislatore, un peso talmente preponderante tale da comprimere il “nucleo irriducibile del diritto alla salute” garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana (sent. n. 309/1999)».

<sup>5</sup> V. art. 1, comma 3, l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, secondo il quale esso «è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

<sup>6</sup> È utile qui ricordare il pensiero di N. LIPARI, *Diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 105 e 301, secondo il quale la materia dei diritti fondamentali richiede al giurista di adattare i suoi strumenti mentali alla realtà dell'esperienza e alle sopravvenienze della storia.

trasversalmente su innumerevoli ambiti disciplinari, esiste un nucleo indefettibile e comune del diritto alla salute - in diretta connessione con il diritto alla vita e all'integrità fisica di tutti i membri della comunità - che la pandemia ha fatto riemergere con prepotenza. Tale aspetto non può essere trascurato nell'esame delle discipline settoriali.

Nel contempo, è tornato drasticamente alla luce un problema di scarsità di risorse che non si può ignorare soprattutto nel momento in cui il sistema sanitario – già in affanno per la condizione di sotto-finanziamento che da sempre lo affligge<sup>7</sup> – entra in crisi sopraffatto da una situazione emergenziale che, con alte probabilità, può determinare il sacrificio del bisogno di salute di qualcuno. E, dunque, inficiare la piena tenuta di un diritto costituzionale incompressibile e la tutela di cui gode, sia sul versante pubblicistico, sia su quello privatistico.

Si era già osservato in dottrina che, quando l'insufficienza delle risorse non consente la soddisfazione di tutte le richieste di cura, si genera un intreccio di posizioni antagoniste che trasforma la salute in un "diritto omofago": la pretesa di soddisfare il proprio diritto alla salute, in situazioni estreme, può coincidere con una sentenza nefasta per altri che invocano il medesimo diritto<sup>8</sup>.

Difatti, laddove le possibilità di cura sono limitate per ragioni tecniche e/o economiche l'eccesso di domanda di prestazioni sanitarie apre il campo alle "scelte tragiche", quelle che non si vorrebbero mai compiere. Si presenta allora il complesso problema di individuare i criteri morali, etici e giuridici da seguire nell'effettuarle. Ed emerge con evidenza come le decisioni pubbliche in ambito sanitario rappresentino l'antecedente necessario di ogni possibilità di scelta individuale, sia essa del paziente<sup>9</sup>, ovvero del medico<sup>10</sup>.

Tutti questi dati incidono inevitabilmente sul piano delle responsabilità politiche e, per quanto qui più interessa, delle responsabilità giuridiche collegate a un'errata e/o carente gestione dell'emergenza pandemica nelle strutture sanitarie. Responsabilità non sempre riconducibili a specifiche condotte, attive o omissive, tenute nel fronteggiare la malattia da parte degli esercenti la professione medica<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla (fisiologica? e) incolmabile distanza tra le risorse disponibili dello Stato, che attraversa da anni una gravissima crisi fiscale, e le esigenze di tutela che si presentano in misura largamente superiore alle risorse, situazione che mette in tensione la garanzia di diritti costituzionalmente incompressibili, come quello alla salute. Cfr. M. BERTOLISSI, *La tutela della salute nella Costituzione*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 33 ss.

<sup>8</sup> Così GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 70. Il quale osserva che «in questi casi, il diritto alla salute, il più benevolo tra i diritti, si traduce nella crudele condanna di chi è escluso».

<sup>9</sup> Ossia di quelle scelte che si esprimono nel rapporto privato di cura. Entrerebbero qui in gioco i profili dell'autodeterminazione individuale e del modo di atteggiarsi dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente secondo le più moderne concezioni della relazione di cura come "alleanza terapeutica" che il legislatore italiano ha sposato con l'approvazione della legge n. 219/2017. Normativa che per la prima volta ha regolato, a livello di fonte primaria, il "consenso informato" e il cd. "testamento biologico". Tali profili non esulano del tutto dal tema qui trattato e dalle vicende innescate dalla pandemia, tuttavia, non possiamo che limitarci a qualche fugace cenno in questa sede.

<sup>10</sup> Cfr. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, 8 e *passim* per ulteriori approfondimenti sulla complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie.

<sup>11</sup> Alludiamo qui non tanto alle possibili difficoltà di accertamento del nesso causale nella responsabilità medica, quanto piuttosto a taluni "rischi" (da intendersi in senso tecnico) connessi all'esercizio dell'attività sanitaria,

Nell'estrema complessità di una situazione fluida e in divenire, certamente straordinaria, ma non imprevedibile – che ha rivelato, a livello nazionale, un deficit di programmazione e preparazione di strategie di azione per la gestione di rischi pandemici ampiamente annunciati (*preparedness*), nonché, in alcune realtà regionali, macroscopiche carenze di tipo gestionale e organizzativo – si sono registrate pesanti lesioni in danno alla vita e alla salute di molti pazienti che hanno contratto il CoViD-19. L'indiscutibile abnegazione professionale dei medici e degli operatori sanitari impegnati in uno sforzo titanico, e a loro volta esposti al rischio di contagio, non è valsa ad impedirlo.

Occorre allora domandarsi: erano tutti danni inevitabili o, almeno in parte, sono imputabili alla responsabilità di qualcuno? Come attribuire un ristoro a chi li ha ingiustamente patiti? Di cosa ed entro quali limiti rispondono le strutture sanitarie e i professionisti che vi operano?

Ma, soprattutto, in quale direzione deve muoversi la legislazione nella continua ricerca di un giusto equilibrio tra i confliggenti interessi in gioco nell'esercizio delle professioni sanitarie con particolare riguardo all'eventualità che quegli interessi siano sottoposti a tensione estrema in un ambiente ospedaliero saturo?

Le prime domande potrebbero sfociare in un contenzioso alluvionale, dagli effetti dirompenti e insostenibili per i settori direttamente coinvolti, quello sanitario e della giustizia *in primis*. Tuttavia, è nostro convincimento che la soluzione più corretta non consista nell'adozione in via d'urgenza di norme volte ad incidere, senza un'adeguata ponderazione, sul sistema della responsabilità civile.

Più in generale, alla faticosa laboriosità dei medici impegnati in prima linea non può fare da contraltare l'approvazione dell'ultim'ora di norme volte ad escludere o ridurre, in modo indifferenziato, le responsabilità penali, civili e amministrative, creando una sorta di immunità per quanto accaduto nella gestione sanitaria della pandemia.

Pur di fronte al difficilissimo problema di trovare un equilibrio tra le istanze di tutela dei pazienti danneggiati, in alcuni casi fino alla perdita della vita, e la necessità che i professionisti della sanità non siano investiti da un "accanimento giudiziario" per ogni lesione da altri subita<sup>12</sup>, una scelta di politica del diritto così congegnata – e attuata nell'immediatezza di una emergenza ancora in atto – sarebbe, a nostro avviso, la peggiore possibile.

Non per niente, dopo le prime aspre polemiche che ne hanno accompagnato l'annuncio, gli emendamenti diretti ad intervenire sul sistema della responsabilità proposti da diverse forze politiche in sede di conversione del decreto legge n. 18/2020<sup>13</sup>, sono stati respinti<sup>14</sup> o ritirati<sup>15</sup>.

---

da una parte, e alla "carenza di risorse", in un ambiente ospedaliero saturo, che di fatto può precludere a monte la corretta e completa erogazione delle prestazioni che il paziente attende, dall'altra.

<sup>12</sup> Alla ricerca di questo delicato equilibrio risultano preordinate le riforme legislative degli ultimi anni in materia di salute, relazione di cura e responsabilità medica sfociate, da ultimo, nell'approvazione di due importanti leggi che, attualmente, definiscono l'architettura del rapporto medico-paziente e dei regimi della responsabilità sanitaria: la già citata l. n. 219/2017 e la l. n. 24/2017, meglio nota come legge Gelli-Bianco, sulla quale ci soffermeremo di seguito.

<sup>13</sup> V. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. "Cura Italia" che ha introdotto, tra le altre, misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale connesse all'emergenza epidemiologica da CoViD-19, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27 (in GU, Serie Generale, n. 110 del 29 aprile 2020 – Suppl. Ordinario n. 16).

<sup>14</sup> V. l'emendamento 1.1, proposto in sede di esame del disegno di legge di conversione approvato il 9 aprile 2020 dal Senato (AS 1766), che prevedeva l'inserimento di un art. 1-bis così formulato: «1. Le condotte dei datori di lavoro di operatori sanitari e sociosanitari operanti nell'ambito o a causa dell'emergenza COVID-19, non-

Ne consegue che, per quanto consta al momento in cui si scrive, è in base al sistema normativo vigente ad inizio epidemia che occorrerà valutare eventuali responsabilità medico-sanitarie per i fatti lesivi verificatisi durante l'emergenza epidemiologica e che in essa trovano causa.

Sul piano civilistico, è soprattutto alla legge n. 24/2017, meglio nota come Gelli-Bianco, che bisogna riferirsi, sia per verificare la tenuta e il funzionamento del sistema sanitario, anche in prospettiva di una sua maggiore efficienza futura, sia per ricostruire il quadro delle responsabilità connesse alle peculiari situazioni vissute nelle strutture pubbliche e private.

La pandemia, difatti, ha prodotto danni incalcolabili non solo in pregiudizio dei pazienti che hanno contratto il CoViD-19, ma anche per tutti gli altri malati che, parimenti, ne hanno subito gli effetti in ragione della significativa alterazione che l'emergenza ha prodotto sul normale funzionamento della sanità pubblica e privata.

Tra le situazioni più significative e preoccupanti specificatamente correlate alla diffusione del CoViD-19 – che si sono verificate, o quantomeno prospettate, negli ospedali – preme ricordare quelle relative alla “selezione” dei pazienti per l'ammissione e la permanenza nelle terapie intensive in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili (cd. *triage* prospettico da maxi-emergenza), nonché quelle di trasmissione del CoViD-19 in ambiente nosocomiale in danno di pazienti e personale sanitario.

---

ché le condotte dei soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio non determinano, in caso di danni agli stessi operatori o a terzi, responsabilità personale di ordine penale, civile, contabile e da rivalsa, se giustificate dalla necessità di garantire, sia pure con mezzi e modalità non sempre conformi agli standard di sicurezza, la continuità dell'assistenza sanitaria indifferibile sia in regime ospedaliero che territoriale e domiciliare. 2. Dei danni accertati in relazione alle condotte di cui al comma 1, compresi quelli derivanti dall'insufficienza o inadeguatezza dei dispositivi di protezione individuale, risponde civilmente il solo ente di appartenenza del soggetto operante ferme restando, in caso di dolo, le responsabilità individuali».

<sup>15</sup> V. proposta di modifica 1.0.4 che, sempre al Senato, mirava ad introdurre *Disposizioni per la definizione e l'equilibrata limitazione delle responsabilità degli operatori del servizio sanitario durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19* del seguente tenore: «1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie – professionali – tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile: a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona; b) a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere; c) a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione. 2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera b), vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore. 3. Fermo quanto previsto dall'articolo 590-sexies del codice penale, per tutti gli eventi avversi che si siano verificati od abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, la punibilità penale è limitata ai soli casi di colpa grave. La colpa si considera grave unicamente laddove consista nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali eventualmente predisposti per fronteggiare la situazione in essere, tenuto conto di quanto stabilito dal comma 2». Per ulteriori approfondimenti sulla portata e opportunità dei diversi emendamenti proposti, v. E. SCODITTI, *Decreto-legge n.18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione Giustizia*, 3 aprile 2020.

Ad esse, partendo dalla seconda, intendiamo riferire i brevi spunti di riflessione che seguono.

## 2. Sicurezza nelle cure e responsabilità della struttura sanitaria

Nel rimodulare il sistema della responsabilità sanitaria, la legge Gelli-Bianco ha apportato alcune novità significative derivanti dalla condivisibile volontà politica di distinguere la responsabilità del medico da quella della struttura sanitaria e di non strutturare l'apparato rimediale unicamente su tutele di tipo successivo valorizzando, piuttosto, la sicurezza delle cure e della persona assistita, dunque, le misure di prevenzione e assicurative<sup>16</sup>.

Il legislatore del 2017 ha assunto una prospettiva che, se pienamente attuata, dovrebbe rivelarsi assai utile ed efficace a contenere le cause risarcitorie e, finalità assai più importante, a ridurre a monte le occasioni di danno nelle attività di cura e promozione della salute.

L'art. 1 della l. n. 24/2017 esordisce indicando l'obiettivo di garantire la «sicurezza delle cure» come «parte costitutiva del diritto alla salute», da perseguire «nell'interesse dell'individuo e della collettività». Al comma 2, sancisce che la stessa «si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative», senza mancare di sottolineare che tutto il personale<sup>17</sup> è tenuto a concorrervi (comma 3).

L'idea di fondo, maturata in decenni funestati da casi di *malpractice* medica, è che l'eventualità dell'errore umano non si possa eliminare, ma solo ridurre. Ad essa si aggiunge la constatazione, che ha trovato amare conferme nell'emergenza pandemica, che le più agghiaccianti ed inaccettabili fattispecie dannose si verificano principalmente «quando l'azione del singolo non trova argine e rimedio nel modello organizzativo che ciascuna struttura deve adottare al fine di prevenire ed evitare il rischio»<sup>18</sup> connesso all'attività di cura e assistenza sanitaria.

Ma, evidentemente, sottesa alla disposizione di legge v'è altresì l'aspirazione – che diviene comando – a un sistema sanitario strutturato in maniera efficiente, preparato a fronteggiare anche gli eventi avversi, come una pandemia. Capace di ottimizzare l'impiego delle risorse umane e materiali e di avvalersi dei benefici che derivano dal costante progresso della scienza medica e biomedica.

Contribuisce a rafforzare l'obiettivo descritto sul piano applicativo l'istituzione di un Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, ora al suo terzo anno di attività<sup>19</sup>.

Forse era troppo presto per riscontrare un risultato significativo nella gestione del rischio da diffusione del virus nelle strutture sanitarie e, più in generale, di contenimento dei danni da CoViD-19. Cer-

<sup>16</sup> Per una panoramica ragionata sui contenuti della legge, M. FRANZONI, *La responsabilità civile del personale sanitario*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 51 ss.; R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 3, 2017, 453 ss.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 7-8, 2017, 1115 ss. Sui profili assicurativi, P. CORRIAS, *La copertura dei rischi della attività sanitaria nella legge Gelli-Bianco*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 153 ss.

<sup>17</sup> Compresi i liberi professionisti che operano nelle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

<sup>18</sup> Così A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2019, 954.

<sup>19</sup> V. art. 3 legge n. 24/2017.

tamente non lo è per domandarsi se – in vista di future e non imprevedibili situazioni analoghe – le misure preventive volte a innalzare gli standard di sicurezza nelle cure, opportunamente e tempestivamente attuate, avrebbero potuto e potrebbero per il futuro ridurre le conseguenze dannose di epidemie per la salute pubblica e individuale.

Basti pensare alla predisposizione di appositi piani strategici che agevolino una pronta ed efficace reazione del sistema sanitario ad emergenze straordinarie, alla disponibilità di posti letto nelle terapie intensive e sub-intensive, all'approvvigionamento di adeguate scorte di prodotti per la sanificazione, reagenti per gli esami, dispositivi di protezione individuale e così via. Aspetti tutti sui quali sono emersi importanti *deficit*, almeno in parte ovviabili con una più accorta ed accurata gestione del *risk management* diretta ad investire in misure preventive e precauzionali.

### 2.1. Segue. Il rischio di contagio nosocomiale

In questo quadro, lo specifico rischio di infezioni nosocomiali costituisce un problema a sé, tanto da rappresentare secondo alcuni un microcosmo autonomo della responsabilità sanitaria<sup>20</sup>.

Bisogna riconoscere che la trasmissione del CoViD-19 all'interno delle strutture di assistenza in danno di pazienti e lavoratori, per la sua portata e i suoi effetti, è un evento singolare rispetto alle comuni infezioni ospedaliere.

Le peculiarità della situazione considerata non impediscono tuttavia di individuare nelle soluzioni già elaborate e attuate in altri ordinamenti alcuni possibili modelli di tutela dei quali può essere opportuno valutare l'adozione. Alludiamo a meccanismi di equo ristoro che, da una parte, potrebbero costituire una valida alternativa al risarcimento per i danneggiati e, dall'altra, potrebbero rappresentare tutele idonee ad ovviare agli inconvenienti dei tradizionali sistemi di responsabilità civile i quali, complice l'ampio uso di presunzioni da parte della giurisprudenza<sup>21</sup>, assegnano una posizione particolarmente gravosa alle strutture sanitarie<sup>22</sup>.

Nell'economia del discorso non si può trascurare peraltro che se taluni rischi, come quello di infezioni correlate all'assistenza in ambiente ospedaliero, possono considerarsi un fattore ineliminabile dell'attività sanitaria, eventi di enorme portata, come quelli verificatisi con il CoViD-19, imporrebbero di discriminare – nelle specifiche ed eterogenee vicende di fatto – quali danni siano riconducibili ad un vero e proprio "rischio" e quali a condotte colpose ascrivibili alla struttura sanitaria, eventualmente anche *ex art. 1228 c.c.*

Per affrontare problemi simili in Francia nel 2002 è stata inserita nel *Code de la santé publique* una norma che istituisce un Fondo di garanzia e, in ipotesi di gravi danni riconducibili a quella che la legge

<sup>20</sup> Tra i contributi più recenti, anche per una panoramica della giurisprudenza, LUIGI PAPI, *Infezioni correlate all'assistenza: verso un riequilibrio dell'onere probatorio?*, in *Responsabilità Civile e Prevenzione*, 2019, 1359 ss. Per una riflessione su sistemi indennitari di tutela alternativi alla responsabilità civile v., altresì, A. DAVOLA, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 357 ss.

<sup>21</sup> V. M. RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, in *Responsabilità Civile e Prevenzione*, 2, 2012, 540 ss.

<sup>22</sup> Alle stesse è difatti sostanzialmente accolto il rischio dell'evento con una distribuzione dell'onere della prova secondo la quale il danneggiato deve dimostrare che l'infezione è avvenuta all'interno della struttura ospedaliera e quest'ultima deve dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare il contagio. Tra le più recenti: App. Napoli, sez. VII, 28 gennaio 2020, n. 350; Trib. Agrigento, 2 marzo 2016, n. 370; Trib. Roma, sez. III, 22 novembre 2016, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, 357.

francese chiama «alea terapeutica», accorda al paziente il diritto ad ottenere un indennizzo a titolo di «solidarietà nazionale»<sup>23</sup>.

Naturalmente questo genere di misure solleva il problema dell'allentamento della funzione deterrente della responsabilità medica e della loro sostenibilità economica, fattore che le rende incompatibili con le riforme a costo zero alle quali è avvezzo il nostro legislatore. Eppure, un rimedio di carattere indennitario che arricchisca il panorama delle tutele per i pazienti danneggiati<sup>24</sup> sarebbe coerente con l'impostazione della Gelli-Bianco e i suoi aspetti caratterizzanti in ordine alla "sicurezza delle cure", nonché con il principio di solidarietà sociale che ispira la nostra Costituzione e l'impostazione di *welfare* che l'ordinamento italiano privilegia in ambito sanitario.

Valutazioni parzialmente diverse, che non è possibile compiere in questa sede, meriterebbero le fattispecie di contagio in danno dei medici e degli operatori della sanità, da esaminare nel contesto del rapporto lavorativo.

Peraltro, la legge n. 24/2017 ha stabilito – a beneficio di tutti i danneggiati (terzi e prestatori d'opera) – un obbligo di assicurazione in capo alle strutture sanitarie, oltretutto ai singoli professionisti, per la responsabilità civile<sup>25</sup>. Copertura che dovrebbe estendersi a questi rischi in ragione del fatto che la "sicurezza delle cure" entra a far parte della complessa prestazione nascente dal contratto di ospedalità.

La medesima legge, nel tentativo di arginare gli eccessi della medicina difensiva e contenere i suoi effetti deleteri sui conti pubblici<sup>26</sup>, ha cercato di distinguere con nettezza la responsabilità delle struttu-

<sup>23</sup> V. art. 1142-1 *Code de la santé publique*, introdotto dalla *loi Kouchner*, del 4 marzo 2002 n. 303, che ha istituito e regolato l'*Office national d'indemnisation des accidents médicaux*. La misura nulla ha a che vedere con il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria previsto dall'art. 14 l. n. 24/2017. Sul punto, F.D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica*, cit., 20 ss. Sul sistema francese ancora: G. D'AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, in *Responsabilità medica*, 2, 2019, 152 s.; F. BENATTI, *Responsabilità medica e assicurazioni nell'esperienza comparatistica*, in *Responsabilità medica*, 1, 2018, 27 ss.; A. DAVOLA, *op. cit.*, § 7.

<sup>24</sup> Similmente a quanto previsto nel nostro ordinamento dalla legge n. 210/1992 con riguardo all'indennizzo per danni da emotrasfusioni, trasmissibile agli eredi in caso di decesso del danneggiato, e ferma restando la non cumulabilità dell'indennizzo con quanto spettante a titolo di risarcimento del danno, secondo i principi fissati nel 2008 dalle Sezioni Unite (cfr. sentenze gemelle Cass. S.U., 11 gennaio 2008, nn. da 576 a 585). Sulla rilevanza d'ufficio della *compensatio lucri cum damno* v. Cass., sez. III, 10 settembre 2019, n. 22528; sul suo funzionamento, Cass., sez. III, 30 agosto 2019, n. 21837.

<sup>25</sup> V. art. 10 l. n. 24/2017 in forza del quale «[I]e strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera» (1 comma) e «ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private» deve provvedere «alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave» (3 comma).

<sup>26</sup> La medicina difensiva affonda le sue radici nei timori di un accanimento in sede giudiziale che, effettivamente, si è potuto registrare nell'ultimo ventennio sul fronte della responsabilità medica. L'esplosione dei contenziosi è stata certamente agevolata dai pregressi orientamenti giurisprudenziali che, nel lodevole tentativo di apprestare una più efficace tutela a favore dei soggetti danneggiati da *malpractice medica*, avevano ricondotto la responsabilità all'ambito contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano non solo per il termine di prescrizione dell'azione, ma soprattutto per la diversa distribuzione dell'onere della prova a vantaggio del danneggiato. Per ulteriori approfondimenti su questi aspetti, v. G. PONZANELLI, *I problemi della medical malpractice e le risposte della legge Bianco-Gelli*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, cit., 71 ss.; R. PUCELLA, *L'onere della prova tra tradizione e novità*, ivi, 81 ss.

re da quella di medici e operatori socio-sanitari adottando il sistema del cd. doppio binario, in base al quale, com'è noto, le prime soggiacciono al regime degli artt. 1218 ss. c.c., mentre i singoli professionisti che operano all'interno delle strutture sanitarie rispondono del proprio operato secondo la disciplina dell'illecito extracontrattuale<sup>27</sup>.

L'esperienza emergenziale – che ha esasperato i tradizionali problemi della sanità pubblica e privata, portando alla massima tensione un sistema già in equilibrio precario – sembra confermare che le scelte di fondo che hanno guidato l'ultima riforma, per quanto perfettibili e bisognose di una piena attuazione, si muovono nella direzione giusta.

### 3. Il ruolo del medico nel *triage* da maxi-emergenza. Questioni bioetiche e di biodiritto

L'enorme sforzo profuso dai medici e dagli operatori che hanno lavorato nelle strutture deputate a fronteggiare l'emergenza sanitaria è ancora sotto i nostri occhi.

La pressione subita dal sistema, e da alcune categorie di medici in particolare, è stata aggravata da uno specifico e doloroso problema che non si poteva ignorare, sebbene si fosse impegnati a scongiurarlo in ogni modo: si è presentata imminente la necessità di assumere decisioni relative all'ammissione dei pazienti a trattamenti intensivi e alla loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra bisogni e risorse disponibili.

Il tema è molto delicato e complesso. Per la sua rilevanza, ha immediatamente indotto la Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (d'ora in poi SIAARTI) a pubblicare un documento recante specifiche raccomandazioni<sup>28</sup> concernenti l'individuazione di criteri idonei ad orientare l'operato dei sanitari impegnati nel *triage*<sup>29</sup> da maxi-emergenza pandemica. Subito dopo ha formato oggetto di uno specifico parere del Comitato Nazionale per la Bioetica<sup>30</sup>.

La natura etica della questione esorbita dalla competenza di chi scrive. Ciononostante ci permettiamo di svolgere alcune considerazioni in ragione della sua incidenza sulla tutela dei diritti fondamentali alla vita e alla salute.

Quanto alla portata giuridica del documento SIAARTI, occorre innanzitutto premettere che non siamo al cospetto di raccomandazioni previste da linee guida accreditate<sup>31</sup> capaci dunque di incidere sulla

<sup>27</sup> Cfr. art. 7 l. n. 24/2017.

<sup>28</sup> Anticipando tutti, la SIAARTI ha pubblicato il 6 marzo 2020 un documento intitolato *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* che ha suscitato un vivace – e a tratti polemico – dibattito tra gli addetti ai lavori. Per qualche considerazione etico-giuridica in merito al documento, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in questo fascicolo, 11 ss. Per maggiori approfondimenti si vedano i seguenti contributi presenti in questo fascicolo: C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*; L. D'AVACK, *CoViD-19: criteri etici*; L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica. Quando le risorse sono limitate: chi curare?*, alla quale si rinvia per un quadro sulle diverse teorie che si contendono il campo nella discussione bioetica.

<sup>29</sup> Per un approfondimento del concetto di *triage* G. BATTARINO, *Risposta all'emergenza sanitaria e triage. Apunti per una lettura penalistica*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2020.

<sup>30</sup> V. parere CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, dell'8 aprile 2020.

<sup>31</sup> L'art. 5 l. n. 24/2017 prevede che gli esercenti le professioni sanitarie si attengano, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate da società scientifiche e enti iscritti in un

valutazione della responsabilità penale dei medici<sup>32</sup>. Né di parametri dei quali – in base alla medesima normativa – il giudice civile deve tenere conto nel valutare la condotta dell’ esercente la professione sanitaria ai fini della determinazione del danno risarcibile<sup>33</sup>.

Ciò non esclude peraltro che anch’ esse possano conquistare uno spazio nel giudizio di responsabilità civile, sia per via della loro idoneità specificativa di criteri assunti dalle norme deontologiche per lo svolgimento dell’ attività medica<sup>34</sup>, sia per l’ incidenza che tali raccomandazioni possono avere nell’ orientare la condotta dei medici investiti della responsabilità di scelte tragiche in un contesto eccezionale e dunque, in ultima analisi, per valutarne l’ operato. Difatti, pur non rappresentando linee guida pubblicate con le formalità prescritte dalla legge Gelli-Bianco, si tratta comunque di indicazioni di comportamento provenienti da un soggetto qualificato e rappresentativo della categoria professionale<sup>35</sup> delle quali i sanitari – senza dismettere l’ autonomia e la discrezionalità di valutazione che connota il loro ufficio – dovrebbero (sebbene non siano impositive) e potrebbero legittimamente tener conto nell’ assumere le decisioni necessarie all’ espletamento della propria attività. Ne consegue che, assolvendo a una funzione di sostegno e orientamento dell’ operato dei medici impegnati nei reparti di rianimazione e terapia intensiva, possono costituire un parametro da considerare nel complesso giudizio sulla “colpa” medica, anche al fine di escluderla o, per lo meno, graduarla in ragione dell’ osservanza e del corretto riferimento dello specialista a criteri di decisione raccomandati da una società scientifica accreditata.

In ambito civile, questa valutazione della condotta può ripercuotersi sul giudizio di responsabilità del medico fino ad escluderla. In caso di responsabilità accertata, potrebbe invece incidere sulla determinazione del danno risarcibile, qualora si ritenga di poter applicare anche in questo caso la norma

---

apposito elenco, pubblicate nel rispetto di formalità di legge e integrate nel Sistema nazionale linee guida (v. comma 3).

<sup>32</sup> Il riferimento è all’ esclusione di punibilità contemplata dall’ art. 590-*sexies* c.p. (introdotto dall’ art. 6 della l. n. 24/2017) per gli eventi lesivi – morte o lesioni personali in ambito sanitario – verificatisi a causa di imperizia.

<sup>33</sup> Sul rilievo dell’ osservanza di linee guida nel giudizio di responsabilità civile dell’ esercente la professione sanitaria, v. art. 7, comma 3, l. n. 24/2017, in collegamento con i richiamati artt. 5 e 6 della medesima legge, i quali comunque condizionano la rilevanza delle linee guida al fatto che le stesse «risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Nella dottrina civilistica, v. F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2, 2018, 264 ss.; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e Responsabilità*, 3, 2017, 271 ss., il quale ben osserva come le linee guida, intese come regole dell’ arte medica, sono sempre entrate nel processo civile e penale attraverso il lavoro del consulente tecnico d’ ufficio. Sull’ origine delle linee guida e l’ incidenza del concetto nella legislazione sulla responsabilità medica, A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2019, 635 ss.

<sup>34</sup> Nonostante la produzione “privata” delle norme deontologiche, è noto come il giudice civile faccia oramai abituale ricorso alle stesse nel motivare le decisioni in materia di relazione di cura. La giurisprudenza che si è pronunciata su questioni di “fine vita” ne offre ampio riscontro. Le norme di deontologia medica, d’ altra parte, sono oramai espressamente richiamate dalla legge sul consenso informato (v. art. 1, comma 6, l. n. 219/2017) quali “fonti” che contribuiscono alla definizione dell’ oggetto della prestazione del medico, sebbene lì in una prospettiva differente da quella qui in esame. Per gli specifici collegamenti del Documento SIAARTI con il codice di deontologia medica, si rinvia a AA. VV., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento 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 *Recenti progressi in medicina*, 4, 2020, 219.

<sup>35</sup> La SIAARTI è tra le società scientifiche iscritte nell’ elenco di cui al d.m. 2 agosto 2017 reperibile sul sito del Ministero della Salute aggiornato al 18 dicembre 2019 <https://bit.ly/2TuW792>.

che consente di ridurre o aumentare il *quantum* dovuto in ragione dell'intensità della colpa del sanitario<sup>36</sup>. Ma soprattutto la gradazione della colpa rileva nell'azione di rivalsa laddove è certo che il medico risponda soltanto per dolo o colpa grave<sup>37</sup>.

Un'ulteriore considerazione deve essere fatta sugli obiettivi, richiamati o assunti nei documenti citati, almeno in parte riconducibili all'idea di «limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Convid-19»<sup>38</sup> e di «sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, (*omissis*) emotivamente gravose, compiute nei singoli casi» in cui «l'enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive» imponga la necessità di assumere decisioni escludenti, e quindi penalizzanti, per qualche paziente<sup>39</sup>.

Come altrove osservato, «è pacifico che nessun documento può sollevare, nemmeno in parte, il medico dalla responsabilità della scelta, che è una sua prerogativa esclusiva»<sup>40</sup> anche nelle situazioni più tragiche che è chiamato ad affrontare nella sua professione. La considerazione si estende dal piano morale a quello giuridico che è dotato di suoi specifici criteri di imputazione e valutazione della responsabilità.

Il tema etico non può essere qui approfondito quanto merita. Tuttavia è chiaro che, sebbene talune decisioni siano tragiche, perché in ogni caso immorali<sup>41</sup> e incapaci di soddisfare tutti i diritti fondamentali coinvolti, una volta rivelatosi vano lo sforzo di evitare che si creino e/o mantengano le condizioni di fatto che le impongono<sup>42</sup>, esse devono essere assunte.

Si è ritenuto allora che il medico impegnato nel *triage*, nella fase di disproporzione tra domanda e offerta di assistenza, possa ragionevolmente affidarsi al criterio della «maggiore prospettiva di succes-

<sup>36</sup> Ossia l'art. 7, comma 3, l. n. 24/2017 su cui v. sopra nota 33. Attesa la peculiarità delle Raccomandazioni SIAARTI, sotto il profilo del contenuto e della formazione del documento, si può dubitare che le stesse rientrino nel concetto di "buone pratiche clinico-assistenziali", alle quali gli esercenti le professioni sanitarie si attengono in mancanza di linee guida (v. art. 5, comma 1, ult. periodo, l. n. 24/2017). Tuttavia, in caso affermativo, esse potrebbero assumere rilevanza nella determinazione del danno risarcibile. La conclusione, per quanto dubbia, non si può escludere a priori giacché la categoria delle "buone pratiche clinico-assistenziali" ha confini abbastanza incerti e sarà dunque la giurisprudenza a definirla con maggiore precisione.

<sup>37</sup> V. art. 9, comma 5, l. n. 24/2017 su cui *infra* § 3.1.

<sup>38</sup> Così il CNB nella presentazione del parere e *infra* a pag. 9. Per consultare il documento integrale, inclusa la ferma posizione di dissenso espressa dal Prof. Maurizio Mori: <https://bit.ly/2A6BCIY> (ultimo accesso 29 aprile).

<sup>39</sup> Così il Documento SIAARTI reperibile qui: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> (ultimo accesso 29 aprile).

<sup>40</sup> V. AA. VV., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI*, cit., 217, laddove si sottolinea che le raccomandazioni elaborate dalla SIAARTI sono «volte a orientare i processi decisionali: non sono né vincolanti, né deresponsabilizzanti, semmai utilizzabili per rafforzare le decisioni».

<sup>41</sup> Così, J. HABERMAS, *Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir*, in *Le Monde*, 10 aprile 2020.

<sup>42</sup> Su questo v., peraltro, G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006 (II ed. it.), 13, laddove si osserva come frequentemente la scarsità di risorse, e la necessità di scegliere le vittime che impone, anche se assoluta in un particolare momento, «non è assoluta nel tempo, al di là di quel particolare momento. Più comunemente ancora, la scarsità non è il risultato di una mancanza assoluta di qualche risorsa in particolare, ma piuttosto decisione di una società che non è disposta a rinunciare ad altri beni e benefici in quantità tale da eliminare quella scarsità. Quest'ultima situazione provoca le scelte più difficili dal momento che la responsabilità non è, in tal caso, così facilmente eludibile».

so del trattamento clinico»<sup>43</sup> o, detto altrimenti, «della maggiore probabilità di sopravvivenza del paziente»<sup>44</sup>, dando la precedenza a chi dai trattamenti intensivi può trarre maggiore beneficio<sup>45</sup>. La sua applicazione, naturalmente, implica la considerazione scientifica e professionale di una pluralità di fattori – tra i quali l’età biologica e la comorbilità – vagliati in combinazione tra loro per ogni specifico caso concreto. Il documento SIAARTI li inserisce tra i criteri straordinari di ammissione alle terapie intensive.

Si tratta di parametri comunemente ricondotti ad un approccio utilitarista. Pertanto mal si conciliano con il modello personalista sul quale si fonda la nostra Costituzione, che assume la salute come un diritto fondamentale della persona e ambito inviolabile della dignità umana<sup>46</sup>. Ne consegue che la loro portata deve considerarsi circoscritta al quadro eccezionale con riferimento al quale sono stati adottati. È auspicabile invece che non si abbandoni il tema e che questo “grido di dolore” della SIAARTI contribuisca a rianimare il dibattito e la riflessione etica anche nella società civile.

Apprezzabile, infine, la trasparenza con la quale i criteri di razionamento straordinari individuati sono stati resi noti all’opinione pubblica, in modo da aumentare il livello di consapevolezza della popolazione e consentire scelte effettivamente libere e informate, secondo i principi che governano la relazione di cura in base alla legge n. 219/2017, eventualmente avvalendosi degli strumenti ivi regolati<sup>47</sup>.

### 3.1 Segue. La responsabilità civile del personale sanitario e dell’ente ospedaliero impegnati nella cura di pazienti affetti da CoViD-19.

Veniamo dunque al tema della responsabilità civile del personale sanitario, a partire dallo specifico problema appena considerato.

Possiamo osservare che – se valutata secondo i canoni dell’illecito aquiliano<sup>48</sup> – un’eventuale “scelta tragica” effettuata nel *triage* da maxi-emergenza potrebbe integrare una condotta scriminata dallo stato di necessità. La decisione assunta dal medico, in danno di un paziente che concorra con altri nel bisogno di ricovero in una terapia intensiva che dispone di risorse insufficienti, sarebbe difatti sorretta dalla necessità di salvare altri pazienti dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non volontariamente causato, né altrimenti evitabile dal soggetto agente. La conclusione vale *a fortiori se*, in presenza dei presupposti per l’applicabilità della causa di giustificazione di cui all’art. 2045 c.c., la

<sup>43</sup> Ancora, J. HABERMAS, *loc. ult. cit.*

<sup>44</sup> V. Documento SIAARTI ove si legge che «l’allocazione in un contesto di grave carenza (*shortage*) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico» dovendosi privilegiare la “maggior speranza di vita”.

<sup>45</sup> Così AA. Vv., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI*, cit., 218 al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti compiuti in prospettiva multidisciplinare.

<sup>46</sup> Così, C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 445 ss. Nello stesso senso, L. D’AVACK, *op. cit.*, 374 ss.; L. PALAZZANI, *op. cit.*, 360 ss.

<sup>47</sup> Il riferimento è alle disposizioni anticipate di trattamento e alla pianificazione condivisa delle cure, oltre al consenso informato da prestare per la sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario, tanto più per quelli particolarmente invasivi che si praticano nelle terapie intensive, sempre fatti salvi i casi di urgenza (cfr. artt. 1, comma 7, 4 e 5 l. 219/2017).

<sup>48</sup> Così la legge Gelli prevede per le condotte dei medici, dipendenti delle strutture sanitarie, che non abbiano istituito un rapporto contrattuale con il paziente, come si suppone sia per i professionisti impegnati nelle terapie intensive.

scelta risulti coerente con “criteri di razionamento” che abbiano un riscontro oggettivo e siano raccomandati dalle competenti società scientifiche.

In questa logica, certamente non pienamente appagante per il danneggiato, esclusa l’ingiustizia del danno, resterebbe al titolare dell’interesse sacrificato la via dell’indennizzo rimesso alla determinazione equitativa del giudice.

La soluzione, peraltro, non è soddisfacente nemmeno nella prospettiva del medico, se in capo a lui si reputa sorga l’obbligo indennitario<sup>49</sup>. Valgono, difatti, le stesse ragioni per le quali, da una parte, la legge lo esonera da responsabilità per danni non ascrivibili a una sua condotta dolosa o colposa e, dall’altra, la giurisprudenza, nel valutare la colpa in presenza di danni imputabili al medico, tiene conto del contesto materiale nel quale si è svolta la prestazione lavorativa.

Una soluzione miope, dunque, si dirà, soprattutto se si trascura il più ampio rapporto nel quale la vicenda si colloca, ossia quello tra paziente e struttura nascente dal contratto di ospedalità.

Invero, il perfezionamento del contratto, di norma coincidente con l’accettazione del paziente all’interno del luogo di cura, comporta in capo all’ente ospedaliero l’assunzione di un impegno ad ampio spettro. Esso include non solo la prestazione di cura in senso stretto, ma anche l’efficienza organizzativa, la sicurezza delle cure, il funzionamento di macchinari e attrezzature e tutto quanto sia necessario per un’assistenza completa preordinata alla tutela della salute e della vita del paziente. Non esclusi gli obblighi di protezione che contribuiscono a colorare una prestazione estremamente multiforme e articolata.

Il suo contenuto rivela come l’espletamento dell’attività sanitaria si avvicini oramai ad un modello di attività d’impresa<sup>50</sup>, alla quale di norma si associa una responsabilità oggettiva per i rischi connessi.

Non solo. La dottrina osserva come, sebbene la legge adotti quale criterio di imputazione della responsabilità medico-sanitaria la colpa, l’accoppiamento tra responsabilità e assicurazione abbia determinato una profonda modificazione del modo di funzionare del sistema. E, per altro verso, constata come l’ampliarsi delle aspettative di cura abbia alimentato una sorta di “oggettivazione” della responsabilità in via giurisprudenziale<sup>51</sup>.

Ora, nel caso dal quale siamo partiti, il punto critico è stabilire se si possa ritenere che la prestazione della struttura sanitaria, una volta accolti i pazienti, si estenda fino al punto di dover garantire un accesso alla terapia intensiva commisurato agli effettivi bisogni straordinari che si manifestano nel corso di una pandemia, investendo la stessa di una responsabilità oggettiva per fatto proprio.

La conclusione non è automatica, ma non può nemmeno essere esclusa a priori, soprattutto se si concepisce il principio della sicurezza delle cure in senso ampio, tale da imporre all’ente ospedaliero

<sup>49</sup> V’è da dire che l’art. 2045 c.c. si limita a disporre che «al danneggiato è dovuta un’indennità». L’obbligo è implicitamente posto in capo al danneggiante, ma nel contesto qui esaminato della relazione di cura l’interpretazione della norma e la ricerca di una soluzione al problema potrebbero condurre altrove.

<sup>50</sup> Sulla riconducibilità dell’attività delle strutture sanitarie all’attività di impresa, si vedano, tra gli altri, G. SMORTO, *Responsabilità medica (I agg.)*, in *Digesto civile*, agg. 2018 a cura di Valentina Lo Voi, § 4, e R. CALVO, *op. cit.*, § 5, il quale ulteriormente osserva che, nel modello di attività d’impresa, la responsabilità del medico smarrisce il requisito di presupposto essenziale di quella addossabile alla struttura sanitaria potendosi scorgere una responsabilità dell’ente slegata dall’accertamento di una condotta negligente dei suoi ausiliari (medici e infermieri), fatta salva la dimostrazione che l’evento cagionante la lesione al paziente non le sia imputabile, essendo estraneo al rischio tipico gravante sulla stessa.

<sup>51</sup> Così G. D’AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi*, cit., 165.

l'obbligo di rimuovere gli ostacoli che nel corso di un'epidemia si frappongono alla piena fruizione delle prestazioni sanitarie necessarie alla cura dei pazienti ricoverati. Occorrerebbe inoltre valutare a monte se l'eventuale carenza di risorse materiali e/o di personale riscontrata in concreto rientri in uno standard esigibile da un ente capace di orientare le proprie scelte organizzative a criteri di efficienza e razionalità.

In ogni caso è certo che, in ragione della normale diversità tra le prestazioni assunte, occorre distinguere la responsabilità del medico da quella della struttura sanitaria, quandanche siano entrambe da ricondurre al modello di cui agli artt. 1218 ss. c.c.<sup>52</sup>

A parte dunque la possibilità di ravvisare una responsabilità oggettiva dell'ente ospedaliero basata sul rischio di impresa e ragionando ora sulla base di un criterio di imputazione soggettivo, a fronte di danni connessi ad attività espletate in un contesto di eccezionale sproporzione tra risorse disponibili e numero di pazienti, le conseguenze particolarmente severe della responsabilità medico-sanitaria potrebbero essere temperate facendo ricorso al concetto di inesigibilità, sempre che non si possa riscontrare, com'è probabile in alcuni casi, una vera e propria impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore<sup>53</sup>, con conseguente liberazione secondo le ordinarie regole della responsabilità contrattuale.

Rispetto alla più ampia attività professionale del medico nel contesto emergenziale, non si può tacere inoltre che gli operatori sanitari si sono trovati al cospetto di situazioni che, in ragione della novità delle questioni trattate e dell'inesistenza di studi scientifici sugli effetti causati dal CoViD-19 e sul trattamento delle conseguenti patologie (e quindi di veri e propri protocolli), possono essere state foriere di «problemi tecnici di speciale difficoltà» in presenza dei quali il professionista intellettuale risponde dei danni soltanto in caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.).

Infine, per completare il quadro, sempre con generale riferimento a tutte le possibili fattispecie di danni subiti dai pazienti nella fase emergenziale, occorre ricordare che, qualora sia stata proposta e accolta una domanda di risarcimento nei confronti della struttura sanitaria pubblica, la responsabilità amministrativa degli esercenti le professioni sanitarie chiamati a rispondere in sede di rivalsa - oltre ad essere limitata al caso di dolo o colpa grave del dipendente - è giustamente attenuata dal fatto che, nella quantificazione del danno, «si tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato».<sup>54</sup> Tali circostanze possono incidere, alleggerendone l'ammontare,

<sup>52</sup> Ossia «qualora il medico abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, comma 3, l. n. 24/2017).

<sup>53</sup> In quest'ultimo senso, E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2020, nel riferirsi alla condotta e responsabilità del medico.

<sup>54</sup> V. il quinto comma dell'art. 9 l. n. 24/2017 che regola l'azione di rivalsa esercitata in sede amministrativa dal pubblico ministero presso la Corte dei conti a tutela della struttura sanitaria pubblica, nonché la rivalsa che può essere promossa davanti al giudice ordinario dalla struttura privata nei confronti del medico dopo aver risarcito il danneggiato. In tema, C. CHESSA, *La cd. «azione di rivalsa» nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2019, 396 ss.; G. FACCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la I. Gelli-Bianco*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, 222 ss.; ID., *La colpa grave del sanitario, il danno erariale indiretto e l'assicurazione con franchigia della struttura*, in *Corriere giuridico*, 12, 2019, 1501 ss.

sulla quantificazione delle somme ripetibili mediante l'azione di responsabilità amministrativa. La previsione, che tiene conto del non infrequente concorso nella fattispecie lesiva di cause imputabili a deficienze del sistema sanitario, sembra destinata a trovare riscontro nell'eccezionale situazione esaminata. Essa può considerarsi espressione del principio secondo il quale le conseguenze delle carenze strutturali e organizzative del presidio ospedaliero non possono essere automaticamente, né integralmente fatte ricadere sul medico che ivi presta la sua opera professionale<sup>55</sup>.

#### 4. Riflessioni conclusive

La pandemia ha portato con sé un patrimonio di sollecitazioni sensazionali per una migliore organizzazione del sistema sanitario e per la creazione di condizioni funzionali a una piena tutela del diritto alla salute anche in contesti emergenziali. Se non se ne vorranno perdere i possibili effetti benefici, esse andranno presto razionalizzate e tradotte in azioni e discipline che, da una parte, costringano le strutture sanitarie ad un'organizzazione efficiente, capace di reagire tempestivamente e in modo adeguato ad eventi epidemici di portata eccezionale e, dall'altra, preservino gli esercenti le professioni sanitarie da responsabilità giuridiche troppo stringenti, mettendoli nelle condizioni di lavorare in modo sereno, almeno sotto questo profilo.

In questo ripensamento, potrebbero ottenere un riconoscimento sul piano normativo tutele di tipo indennitario che andrebbero congegnate in modo da assicurare ai pazienti pregiudicati il ristoro di danni particolarmente gravi e di difficile accertamento, senza tuttavia deresponsabilizzare i medici e soprattutto la classe dirigente delle strutture ospedaliere.

La logica di fondo che sorregge questo genere di rimedi alternativi alla responsabilità civile non sembra poi così distante dalla proposta di chi in concomitanza con l'emergenza ha ipotizzato la costituzione di un "patrimonio destinato", nel quale far confluire una quota dei risarcimenti corrisposti per danni alla salute, così da finanziare la ricerca e creare le condizioni per un'assistenza sanitaria più adeguata e cure più specializzate, a beneficio della salute collettiva<sup>56</sup>.

Il potenziamento di strumenti di tutela indennitari, alternativi alla responsabilità civile, sarebbe un buon modo per continuare ad attuare il dovere di solidarietà sociale correlato alla salute umana che ha già pervaso i rapporti privati<sup>57</sup>.

Si tratta, insomma, di tradurre in positivo e in misure tangibili l'esperienza vissuta e il valore della solidarietà in favore delle vittime e, per quanto possibile, dell'intera comunità.

L'analisi multidisciplinare di quanto avvenuto durante la pandemia potrà certamente aiutare ad individuare i piani e le modalità di azione da assumere in futuro per migliorare il funzionamento del sistema sanitario, eventualmente anche mediante un'integrazione della normativa che regola l'attività

---

<sup>55</sup> Per ulteriori approfondimenti sulle distinte responsabilità delle strutture sanitarie, dei medici e di coloro che ricoprono posizioni di vertice come i dirigenti e i direttori, v. M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, 2018, spec. 135 ss.; ID., *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2016, 1851 ss.

<sup>56</sup> V. M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 2 aprile 2020.

<sup>57</sup> V. F. BOCCHINI, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, 126 ss.

medico-sanitaria. Nella consapevolezza dell'utopia di un sistema perfetto, capace di dare piena soddisfazione a tutte le pretese di cura e salute, come la Costituzione vorrebbe, si tratta di un obiettivo che merita l'attenzione e l'impegno di tutti, non ultimi dei giuristi.

## Eutanasia e CoViD-19. Perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio

Alessandro Ferrara\*

EUTHANASIA AND COVID-19: BECAUSE THE EXPANSION OF THE CENTURY PANDEMIC REQUIRES AN URGENT REFLECTIONS ON EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE

ABSTRACT: The CoViD-19 pandemic has shocked the Italian health system forcing physicians to define criteria for the admission or exclusion of patients to intensive care treatments, in case of a disproportion between the health resources available and those deemed necessary. At the same time with the judgment n. 242/2019 the Italian Constitutional Court ruled out the responsibility, under specified conditions, for assisted suicide, admitting a legislation that allows this kind of practice. The thought that a high number of people could be deprived of the necessary healthcare due to lack of resources, urges the Italian State to discipline euthanasia and assisted suicide in order to offer patients – if not the protection of their right to health – at least the protection of their own dignity and freedom.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; euthanasia; assisted suicide; intensive care

SOMMARIO: 1. Pandemia globale: scegliere chi curare – 2. Assistenza al suicidio, cure palliative e terapia del dolore dopo la sentenza 242/2019 della Corte costituzionale – 3. Diritto alle cure o alla buona morte?.

### 1. Pandemia globale: scegliere chi curare

**G**ia da qualche mese la riflessione sul tema dell'assistenza al suicidio e l'eutanasia occupa nel dibattito dottrinale un posto particolarmente rilevante per via delle pronunce della Corte costituzionale (nn. 207/2018 e 242/2019) con cui è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. che prevede la punibilità delle condotte di istigazione e di aiuto al suicidio. Il dibattito presenta un ampio spettro di problematiche e di questioni la cui risoluzione non tocca aspetti semplicemente giuridici, medici e/o sociali ma soprattutto aspetti legati alle intime convinzioni morali di coloro i quali vi si approssiano<sup>1</sup>.

\* Dottorando di Ricerca in Teoria del Diritto ed Ordine Giuridico ed Economico Europeo presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro. Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia. Mail: [alessandro.ferrara89@hotmail.it](mailto:alessandro.ferrara89@hotmail.it). Il presente lavoro è aggiornato al 19 aprile 2020.

<sup>1</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Riflessioni Bioetiche sul Suicidio Medicalmente Assistito*, parere n.135 del 18 luglio 2019. Il CNB all'interno del documento redatto in seguito alla Sentenza della Corte costituzionale n. 207/2018 ha svolto un interessante lavoro atto a fornire indicazioni per l'individuazione di un approccio *eticamente sostenibile* nel disciplinare le fattispecie di suicidio medicalmente assistito.

Le questioni trattate, meritevoli di una sempre più ampia considerazione, hanno probabilmente acquisito, in seguito all'emergenza planetaria *Coronavirus*<sup>2</sup>, maggior rilevanza. Con l'avvicinarsi delle settimane ed il crescente timore di un'espansione incontrollata del virus si è rafforzata la convinzione che la questione sulle modalità attraverso le quali normare le pratiche di assistenza al suicidio ed eutanasia fosse molto più urgente di ciò che si pensava.

Ad alimentare questa convinzione, lo scenario drammatico descritto in una lettera redatta da 13 medici dell'Ospedale Papa Giovanni XXIII di Bergamo e pubblicata all'interno del *New England Journal of Medicine – Catalyst Innovations in Care Delivery*, il 21 marzo 2020<sup>3</sup>: «[o]ur own hospital is highly contaminated, and we are far beyond the tipping point: 300 beds out of 900 are occupied by Covid-19 patients. Fully 70% of ICU beds in our hospital are reserved for critically ill Covid-19 patients with a reasonable chance to survive. The situation here is dismal as we operate well below our normal standard of care. Wait times for an intensive care bed are hours long. Older patients are not being resuscitated and die alone without appropriate palliative care, while the family is notified over the phone, often by a well-intentioned, exhausted, and emotionally depleted physician with no prior contact»<sup>4</sup>.

La denuncia dei medici dell'Ospedale Papa Giovanni XXIII, costretti a riservare i letti del proprio ospedale ai pazienti con *ragionevoli possibilità di sopravvivenza*, sembra confermare quanto ipotizzato, solo pochi giorni prima (6 marzo 2020), dalla Società italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI), all'interno di un documento intitolato *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*<sup>5</sup>. L'esigenza di pubblicare delle linee guida attraverso le quali stabilire i criteri di accesso alle cure intensive e consentire ai medici di adottare dei principi comuni nella valutazione della "maggiore speranza di vita" dei pazienti, nell'ottica di un'efficiente allocazione delle risorse sanitarie, manifesta che il verificarsi di uno scenario di tale gravità sia effettivamente considerato plausibile. La possibile applicazione di principi sorti nell'ambito della "medicina delle ca-

<sup>2</sup> I Coronavirus sono «una vasta famiglia di virus noti per causare malattie che vanno dal comune raffreddore a malattie più gravi come la Sindrome respiratoria mediorientale (MERS) e la Sindrome respiratoria acuta grave (SARS)». Nello specifico l'attuale infezione è stata provocata da «un nuovo Coronavirus (nCoV) che è un nuovo ceppo di coronavirus che non è stato precedentemente mai identificato nell'uomo», <https://bit.ly/3e2gvGi> (ultima consultazione 20/03/2020)

<sup>3</sup> M. NACOTI ET AL., *At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation*, in *The New England Journal of Medicine, NEJM Catalyst Innovation in care delivery*, 1, 2, 2020.

<sup>4</sup> *Ivi*, 2, «Il nostro ospedale è altamente contaminato e siamo ben oltre il punto di non ritorno: 300 letti su 900 sono occupati da pazienti Covid-19. Il 70% dei posti letto in terapia intensiva nel nostro ospedale è riservato a pazienti in condizioni critiche affetti da Covid-19 con ragionevoli possibilità di sopravvivere. La situazione qui è triste in quanto operiamo ben al di sotto del normale standard di assistenza. I tempi di attesa per un letto di terapia intensiva sono di ore. I pazienti più anziani non vengono rianimati e muoiono da soli senza adeguate cure palliative, mentre la famiglia viene avvisata telefonicamente, spesso da un ben intenzionato, sfinito ed emotivamente esausto medico con cui non avevano avuto precedentemente alcun contatto» (traduzione mia).

<sup>5</sup> Le raccomandazioni redatte per gestire l'ammissione ai trattamenti intensivi, così come specificato dalla SIAARTI potranno essere applicate solamente «dopo che da parte dei soggetti coinvolti sono stati compiuti tutti gli sforzi possibili per aumentare la disponibilità di risorse erogabili», <https://bit.ly/3gczyiY>, (ultima consultazione 14/04/2020).

tastrofi” evidenzia, per le ragioni che vedremo più avanti, la necessità di una puntuale riflessione sulle diverse modalità attraverso le quali disciplinare le fattispecie di assistenza al suicidio ed eutanasia. Il presente contributo, pur nella brevità di una trattazione condotta in poche pagine, si pone l’obiettivo di sollevare alcune problematiche che da sempre coinvolgono gli studiosi di bioetica, e di porre alcune domande alle quali, purtroppo, non solo in ambito accademico, ci si potrebbe trovar costretti, a breve, a rispondere. È bene premettere che l’analisi che segue si fonda su un approccio funzionale al problema, senza la presunzione di individuare obbligatoriamente le soluzioni, ma con il semplice obiettivo di sollevare la questione al di fuori di qualsiasi ipocrisia di facciata.

## 2. Assistenza al suicidio, cure palliative e terapia del dolore dopo la sentenza 242/2019 della Corte costituzionale

Muovendo da un’analisi che intenda tracciare, seppur brevemente, i contorni medico-giuridici della questione, si tenterà di comprendere perché l’emergenza Coronavirus possa richiedere una seria riflessione in merito alle scelte normative sul tema dell’eutanasia e dell’aiuto al suicidio.

Preliminarmente è utile distinguere le pratiche di eutanasia attiva, per le quali la morte è direttamente provocata tramite la somministrazione di un farmaco letale, da quelle di assistenza al suicidio medicalizzato, dove invece il farmaco letale viene messo a disposizione del paziente, che lo assume di propria iniziativa. Mentre l’eutanasia attiva è considerata illegale a prescindere dalle modalità e dalle condizioni attuative, le condotte agevolative del suicidio al ricorrere di particolari condizioni – individuate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019<sup>6</sup> – sono considerate non punibili. Differentemente, con la L. n. 219 del 2017<sup>7</sup>, anche allo scopo di rendere effettiva la tutela prevista dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e dagli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, è stato sancito il diritto per ogni persona di rifiutare qualsiasi trattamento diagnostico o sanitario<sup>8</sup> (finanche nutrizione e idratazione artificiale<sup>9</sup>) obbligando il medico a rispettare la volontà del paziente. Concordemente con i principi fondamentali sopra individuati, la stessa legge prevede altresì il dovere per il medico di adoperarsi per alleviare le sofferenze del malato, anche nel caso in cui quest’ultimo rifiuti il trattamento sanitario, prospettandogli le cure previste dalla L. n. 38 del 2010<sup>10</sup>. L’accesso alle *cure palliative* e alla *terapia del dolore*<sup>11</sup>, pertanto, dovrebbe essere garantito nell’ambito dei livelli essenziali di assistenza da parte del Servizio Sanitario Nazionale, «al fine di assi-

<sup>6</sup> Corte costituzionale, Sentenza 25 settembre 2019 n. 242, GU 1° Serie Speciale Cort. Cost. n. 48 del 27/11/2019, 32.

<sup>7</sup> Legge 22 dicembre 2017 n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, GU Serie Generale n.12 del 16/01/2018, 1.

<sup>8</sup> Art. 1 L. 219/2017: «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».

<sup>9</sup> Il medesimo art. 1 include tra i trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici.

<sup>10</sup> Legge 15 marzo 2010 n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, GU Serie Generale n. 65 del 19/03/2010, 1.

<sup>11</sup> Art. 2 L. 38/2010, per cure palliative e terapia del dolore, si intende rispettivamente «l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una

curare il rispetto della dignità e dell'autonomia della persona umana, il bisogno di salute, l'equità nell'accesso all'assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze»<sup>12</sup>.

La normativa italiana dunque, alla luce dei recenti interventi normativi, accetta le conseguenze, anche fatali, di un rifiuto consapevole dei trattamenti sanitari. Allo stesso tempo, impone al Servizio Sanitario Nazionale di garantire l'accesso alla terapia del dolore e alle cure palliative in tutti i casi in cui risulti necessario lenire e/o controllare il dolore sofferto dal paziente, sia per via dell'inefficacia dei trattamenti atti a contrastare l'evoluzione della malattia, sia per via del rifiuto degli stessi.

Quanto alla disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 580 c.p., attualmente in vigore, essa vieta qualsiasi condotta agevolativa dell'intento suicida anche qualora la determinazione all'esecuzione dello stesso sia stata libera ed autonoma da qualsiasi influenza esterna<sup>13</sup>. Tuttavia la sentenza n. 242 del 2019, come sopra detto, ha aperto una breccia nel diritto italiano, escludendo, a determinate condizioni<sup>14</sup>, la punibilità delle condotte di aiuto al suicidio.

Vieppiù, la Corte costituzionale ha suggerito, nel corpo della sentenza, anche le modalità esecutive delle condotte di aiuto al suicidio, richiamando espressamente gli artt. 1 e 2 della L. 219 del 2017<sup>15</sup> e stabilendo che le stesse debbano essere effettuate sotto il controllo del Servizio Sanitario Nazionale previo parere del Comitato Etico territorialmente competente.

### 3. Diritto alle cure o alla buona morte?

Tracciati brevemente i contorni del fenomeno all'interno del contesto normativo italiano, è utile analizzare le problematiche emergenti alla luce dell'espansione dell'epidemia Coronavirus e della CoViD-19<sup>16</sup> in Italia. È opportuno premettere che la riflessione che si tenterà di operare non può che pre-

---

prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici nonché l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore».

<sup>12</sup> Art. 1, comma 2, L. 38/2010.

<sup>13</sup> Uno dei motivi che hanno spinto la Corte d'Assise di Milano a sollevare la questione d'illegittimità Costituzionale dell'art. 580 c.p., è appunto il fatto che le condotte di aiuto al suicidio fossero sanzionate attraverso l'applicazione della medesima cornice edittale (5-12 anni) prevista per le condotte di istigazione al suicidio che invece, secondo i giudici remittenti, necessitano di una diversa cornice edittale per via del maggior disvalore della condotta e per via dell'incisività del nesso causale rispetto all'evento.

<sup>14</sup> La Consulta, infatti, nella sentenza n. 242/2019 ha sancito la parziale illegittimità Costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità delle condotte di aiuto al suicidio «qualora l'aspirante suicida si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

<sup>15</sup> Gli articoli richiamati, rubricati rispettivamente *Consenso Informato e Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita* individuano alcune precauzioni che devono essere obbligatoriamente seguite dal medico che acquisisce la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari da parte del malato e che somministra cure palliative.

<sup>16</sup> La malattia provocata dal nuovo Coronavirus è chiamata appunto CoViD-19 (dove "CO" sta per corona, "VI" per virus, "D" per disease e "19" indica l'anno in cui si è manifestata). Lo ha annunciato, l'11 febbraio 2020, nel

supporre il riconoscimento del diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo<sup>17</sup> oltre che la necessità che lo Stato, anche in una situazione come quella di una pandemia globale caratterizzata dallo squilibrio tra risorse sanitarie necessarie e disponibili, intervenga al massimo delle sue possibilità per assicurare ad ogni malato l'accesso al più alto livello di cure possibile<sup>18</sup>.

Tuttavia lo scenario preso in considerazione ipotizza che la situazione già in essere presso l'Ospedale Papa Giovanni XIII (di per sé sufficientemente allarmante), si estenda a tutto il territorio nazionale e che la generalità degli ospedali si trovi realmente nella condizione di non poter curare tutti i pazienti e di dover applicare le raccomandazioni della SIAARTI<sup>19</sup>, rifiutando il ricovero in terapia intensiva anche ai casi gravi caratterizzati da minor possibilità di sopravvivenza<sup>20</sup>.

Il Sistema Sanitario Nazionale rischierebbe il collasso, e la necessità di dover valutare le *chance* di sopravvivenza dei pazienti e di non poter ricoverare le persone con minori possibilità di guarigione – che per definizione sarebbero probabilmente quelle nelle peggiori condizioni di salute e perciò destinate alle peggiori sofferenze – esplicherebbe i suoi effetti negativi su migliaia di individui.

Cosa fare allora nella plausibile eventualità di un inefficiente contenimento dell'espansione del virus? Cosa fare nel caso in cui migliaia (se si considera che, ad esempio, in Calabria al 16 marzo 2020 erano attivi solo 107 posti di terapia intensiva) di persone sofferenti, in condizioni precarie e/o magari tragiche, desiderose di essere curate, non possano vedersi riconosciuto dallo Stato il fondamentale diritto alla salute ed il conseguente accesso alle cure?

Nella situazione di emergenza sopra ipotizzata, nella quale lo Stato si troverebbe nella tragica circostanza di non poter curare i propri malati, nei casi in cui le condizioni di salute siano di particolare gravità, connotate da enormi sofferenze e la malattia, con un elevatissimo grado di certezza, possa portare alla morte, non resterebbe che tentare di garantire la somministrazione delle cure palliative e della terapia del dolore previste dalla L.38/2010<sup>21</sup>.

Infatti, nella situazione in cui un paziente in gravi condizioni di salute debba essere rimandato a casa per l'impossibilità di essere ricoverato, l'amara sorte a cui è destinato non potrebbe, quantomeno,

---

briefing con la stampa durante una pausa del Forum straordinario dedicato al virus, il Direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus, <https://bit.ly/2LRK5IG>, (ultima consultazione 5/04/2020).

<sup>17</sup> UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 2005, art 14, «enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being».

<sup>18</sup> UNESCO Ibc and Comest, *Statement on Covid-19: Ethical Consideration from a Global Perspective*, 2020, 2;

<sup>19</sup> Uno dei presupposti fondamentali delle raccomandazioni redatte dalla SIAARTI è l'abbandono del protocollo di accesso alla terapia intensiva «*first come, first served*» per applicare differenzialmente un approccio multifattoriale che vada a determinare, tenendo conto di tutte le condizioni oggettivamente riferibili al paziente, la «maggior speranza di vita».

<sup>20</sup> Tra i sintomi della CoViD-19 vi sono, nei casi più gravi, «polmonite e sindrome acuta respiratoria grave (SARS) tali da portare il paziente alla morte», <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/symptoms-testing/symptoms.html>, (ultima consultazione 21/03/2020).

<sup>21</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, parere n.136 del 15 aprile 2020: *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 9, «[I]e Sofferenze che sia accompagnano alla morte causata dalla insufficienza respiratoria devono essere evitate attraverso l'adozione di protocolli adeguati, che includono ovviamente la terapia del dolore e la palliazione».



che essere controbilanciata, nella sua già evidente crudeltà, dal contenimento delle sofferenze e del dolore fisico del malato<sup>22</sup>.

Tuttavia, come emerge dalla lettera pubblicata dai medici bergamaschi, nonché dall'ultimo *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n. 38 del 15 marzo 2010*<sup>23</sup>, l'attuazione della legge è caratterizzata da luci e ombre, con forti disomogeneità a livello regionale e locale e con situazioni in cui i medici e l'organizzazione, in ospedale e sul territorio, non sono tuttavia ancora sufficientemente preparati a riconoscere ed affrontare per tempo questi bisogni e ad offrire un intervento precoce, integrato e complesso<sup>24</sup>.

Se si considera inoltre che il rapporto è stilato sulla base di una situazione sanitaria "normale", all'interno della quale è già evidente la necessità di un utilizzo crescente dei ricoveri in ospedale<sup>25</sup>, si potrebbe immaginare che nel caso di un collasso del Sistema Sanitario Nazionale le criticità riscontrate nell'attuazione della legge possano diventare ben più imponenti<sup>26</sup>.

Lo Stato a questo punto non sarebbe in grado né di tentare di curare i malati, né di tentare di accompagnarli "nel" morire, per via dell'assenza di posti letto negli ospedali e di personale medico specializzato.

Un'alternativa sarebbe quella di accettare passivamente che queste persone siano condannate a subire una morte lenta, dolorosa e straziante, per loro stessi e per i loro parenti, i quali, tra l'altro, probabilmente, anche in virtù dell'alta trasmissibilità del virus, sarebbero costretti ad abbandonarli.

In questo caso, le politiche neoliberali degli ultimi decenni, colpevoli dei tagli alla spesa pubblica, del conseguente depauperamento del Sistema Sanitario Nazionale e dell'assenza di un'adeguata *preparedness*<sup>27</sup>, evidenzerebbero la responsabilità indiretta dello Stato nell'incapacità di assicurare ai pro-

<sup>22</sup> *Ivi*, 7, «[s]i dovrà sempre comunque dare la possibilità, per chi non accederà alla struttura sanitaria o per il paziente che abbia rinunciato ai trattamenti salvavita invasivi, di essere curato con sistemi meno invasivi e di ricorrere alla terapia del dolore e alle cure palliative ove necessario».

<sup>23</sup> Art. 11, comma 11, L. 38/2010: «Il Ministro della salute, entro il 31 dicembre di ogni anno, presenta una relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della presente legge, riferendo anche in merito alle informazioni e ai dati raccolti con il monitoraggio».

<sup>24</sup> Ministero della Salute, *Rapporto al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge n.38 del 15 marzo 2010*, art 1.1. criticità n.2.

<sup>25</sup> *Ivi*, appendice A.1, «L'incremento dell'età della popolazione generale e le innovazioni tecnologiche e del campo medico con miglioramento della prognosi in fase acuta di pazienti rappresentano una sfida per i sistemi sanitari, dovuta all'incremento della prevalenza e dell'incidenza delle malattie croniche complesse e ai bisogni diffusi di assistenza per questi pazienti con condizioni di cronicità complesse e avanzate con conseguenti criticità cliniche, che conducono all'utilizzo crescente dei ricoveri in ospedale. In questo quadro i Servizi sanitari sono coinvolti, oltre che nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, nel fornire risposte nuove e adeguate ai bisogni di una popolazione composta sempre di più da anziani, affetti da malattie cronico-degenerative e stati di fragilità e sofferenza».

<sup>26</sup> *Ivi*, art. 1.4, «le giornate di assistenza erogate in questo regime, pur se in aumento rispetto all'anno precedente, sono ancora molto al di sotto del fabbisogno programmato, sia per quanto riguarda le cure domiciliari "di base", sia per quanto riguarda le cure domiciliari specialistiche».

<sup>27</sup> CNB, parere n.136/2020: *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica*, 1 e ss. Il CNB evidenzia l'assenza di pianificazione di strategie di azione nell'ambito della sanità pubblica in vista di condizioni eccezionali nonostante fosse stato predisposto dopo l'influenza aviaria del 2003 un *Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale* abbandonato nel 2006 e soprattutto, nonostante l'allerta sul rischio di pandemie globali lanciata dal Global Preparedness Monitoring

pri cittadini la tutela dei principali diritti umani. È innegabile infatti che le scelte politiche di macro-distribuzione delle risorse abbiano effetti determinanti sulla micro-distribuzione e sulla conseguente capacità delle strutture sanitarie di fornire un adeguato livello di cure<sup>28</sup>.

A questo punto, ci si chiede se in una condizione di tale eccezionalità sia applicabile il principio affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza n. 2346/02<sup>29</sup> e condiviso dalla Consulta nella sentenza n. 242/2019, secondo il quale «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire». Oppure, se in una logica di bilanciamento dei diritti fondamentali dell'individuo, l'incapacità conclamata dello Stato di riconoscere con effettività il diritto alla salute ed il conseguente diritto alla vita, imponga, dall'altro lato, quantomeno di riconoscere pienamente il diritto all'autodeterminazione e alla dignità dell'essere umano.

La questione sulla quale ci si interroga, nella situazione sopra rappresentata, è se proprio l'applicazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost. nonché 1, 2 e 3 CEDU, possa far sorgere un vero e proprio diritto alla buona morte<sup>30</sup> o quantomeno alla migliore morte possibile. Il diritto, finora escluso, a pretendere dallo Stato un aiuto ad interrompere quelle sofferenze che lo Stato stesso, colpevolmente, non è in grado neanche di alleviare.

Peraltro, in un contesto di tale gravità, anche la soluzione prospettata da coloro i quali ammettono il ricorso a pratiche eutanasiche attive dirette<sup>31</sup>, sarebbe probabilmente insufficiente. Difatti, anche chi ritiene che «l'ascolto e l'accoglienza della richiesta di suicidio medicalmente assistito, nelle condizioni previste, vada nettamente distinta dall'istigazione al suicidio, e vada accolta in ragione dei principi etici di autodeterminazione e del dovere del medico di beneficenza»<sup>32</sup> e che «il bilanciamento di valori favorevole all'aiuto al suicidio medicalmente assistito sia eticamente e giuridicamente legittimo perché la persona ha diritto di preservare la propria dignità anche e soprattutto nelle fasi finali della vita»<sup>33</sup> richiede comunque, per legittimare la decisione di prestare assistenza medica al suicidio e perché possano essere bilanciati i valori tutelati dall'ordinamento, che ricorrano contemporaneamente le condizioni: 1) il soggetto agevolato deve aver liberamente ed autonomamente formato il proprio convincimento; 2) dev'essere tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale ed essere affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili; 3) dev'essere considerato capace di prendere decisioni libere e consapevoli; 4) le condi-

---

Board (GPMB) e intitolato *A World at Risk, Annual Report on Global Preparedness for Health Emergencies* con il report pubblicato nel settembre 2019, <https://bit.ly/2LMY4cu> (ultima consultazione 15/04/20).

<sup>28</sup> UNESCO Ibc and Comest, *op. cit.*, 2, «Political choices at macro-allocation levels have inevitable consequences on the micro-allocation of resources at the point-of-care level».

<sup>29</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, caso *Pretty vs Regno Unito*, sentenza n. 2346 del 29/04/2002.

<sup>30</sup> Il termine eutanasia ha origine dal greco: εὐθανασία, composta da εὖ-, bene e θάνατος.

<sup>31</sup> È bene sottolineare che la maggior parte dei paesi che ammettono pratiche eutanasiche prevedono che l'atto finale del morire sia compiuto dal paziente stesso, bevendo da sé un medicinale, o, nei casi di immobilità, azionando con la bocca uno stantuffo che inietta la soluzione letale. Questa evenienza integra una fattispecie di suicidio medicalmente assistito per la cui realizzazione è fondamentale l'aiuto del medico che predispone tutto l'occorrente affinché l'atto possa essere compiuto.

<sup>32</sup> CNB, parere n.135/2019, 23.

<sup>33</sup> *Ibid.*

zioni e le modalità di esecuzione devono essere verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente. Le plausibili, e probabilmente necessarie, cautele concepite per l'esecuzione di pratiche di assistenza medicalizzata al suicidio sarebbero però, probabilmente, inattuabili nella situazione pubblica eccezionale oggetto di discussione. Infatti, nel momento del collasso totale del Sistema Sanitario Nazionale, alcuni dei requisiti previsti rischierebbero di non poter essere soddisfatti, soprattutto quelli che richiedono per l'attuazione delle pratiche eutanasiche che il soggetto agevolato sia mantenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e che le condizioni e le modalità d'esecuzione siano verificate da una struttura pubblica.

Un utile spunto di riflessione potrebbe pervenire dalla lettura delle raccomandazioni pubblicate il 10 febbraio 2020 dall'Alta Autorità per la salute (Has<sup>34</sup>) francese, che, inserendosi in un contesto di riforma della Legge "sul *fine vita*", consentono al medico di famiglia di prescrivere direttamente un farmaco<sup>35</sup> per la sedazione profonda e continua e di poterlo reperire, per l'espletamento delle pratiche mediche, direttamente in farmacia. In Francia, infatti, già dal 2016 la c.d. Legge *Claeys-Leonetti*<sup>36</sup>, consente al medico di praticare la sedazione profonda e continua direttamente al domicilio del paziente qualora ricorrano determinate condizioni, ma fino alla riforma di qualche settimana fa il sanitario non aveva *accesso diretto al farmaco dovendo passare sempre per una farmacia ospedaliera*.

Il caso francese potrebbe, a questo punto, fornire un utile spunto per riflettere sulle risposte che sarebbe possibile dare alle domande poste in precedenza.

Si potrebbe, allora, ipotizzare un intervento normativo attraverso il quale demandare ai medici di base<sup>37</sup>, esclusivamente nei casi in cui il rifiuto certificato del ricovero da parte del SSN non renda possibile praticare i necessari trattamenti di sostegno vitale, la valutazione di una serie di requisiti (tra cui sicuramente la richiesta libera ed autonoma del malato) per l'esecuzione delle pratiche eutanasiche direttamente al domicilio del paziente.

Nell'ipotesi di incapienza e di collasso del SSN potrebbe essere essenziale, infatti, prevedere la possibilità di reperire i medicinali necessari direttamente nelle farmacie e di poterli fornire non solo ai medici, ma anche direttamente alle persone malate o ai loro familiari.

Le soluzioni prospettabili sono diverse, e sicuramente dovranno tener conto del bilanciamento dei diversi interessi in gioco, ma, prescindendo dalla loro individuazione, è certamente di fondamentale importanza l'avvio di una seria riflessione sul tema in grado di smuovere le coscienze.

Difatti, qualora il dibattito dovesse tardare ad innestarsi, in una situazione di emergenza mondiale come quella determinata dalla diffusione della CoViD-19, si rischierebbe di arrivare al punto in cui

<sup>34</sup> Haute Autorité de Santé, [https://www.has-sante.fr/jcms/c\\_2832000/fr/comment-mettre-en-oeuvre-une-sedation-profonde-et-continue-maintenance-jusqu-au-deces](https://www.has-sante.fr/jcms/c_2832000/fr/comment-mettre-en-oeuvre-une-sedation-profonde-et-continue-maintenance-jusqu-au-deces) (ultima consultazione 25/03/2020).

<sup>35</sup> Il farmaco in questione è il *Midazolam*, farmaco della classe delle benzodiazepine, con azione ultra-breve utilizzata oggi nel campo dell'anestesia.

<sup>36</sup> La c.d. Legge *Claeys-Leonetti*, ha reso legali le pratiche eutanasiche accompagnate da sedazione profonda e continua, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031970253&categorieLien=id> (ultima consultazione 24/03/2020).

<sup>37</sup> *Ex plurimis*, G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Il Foro Italiano*, 2, 2003, 9. La categoria dei medici di base è stata pioniera in Olanda delle pratiche di eutanasia attiva già dagli anni settanta.

anche i principali diritti ampiamente acquisiti dall'umanità rischiano di rimanere gravemente pregiudicati.

*Special issue*





## Le ricerche scientifiche durante l'emergenza sanitaria (il CoViD-19). Quale base giuridica per l'arruolamento dei pazienti?

Luigi Rufo\*

SCIENTIFIC RESEARCH DURING THE HEALTH EMERGENCY (THE COVID-19). WHAT LEGAL BASIS FOR PATIENT ENROLMENT?

ABSTRACT: The paper analyzes the difficult role of the right to privacy in the field of medical, biomedical and epidemiological research, in case of a National health emergency. Therefore, it will be assessed whether and how it is essential to obtain informed consent from patients in order to participate in clinical studies related to the CoViD-19 emergency.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; research; privacy; informed consent

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'evoluzione del concetto di "salute" in Italia – 2. La ricerca scientifica in ambito sanitario: una questione di etica e di privacy – 3. Privacy e ricerca scientifica: il bilanciamento nelle emergenze (il caso CoViD-19) – 4. Conclusioni: bilanciare meglio che rinunciare.

### 1. Introduzione: l'evoluzione del concetto di "salute" in Italia

**N**ote sono le parole di Cammeo, che nei primi anni del secolo scorso, identificava il diritto alla salute come «il fine pubblico della sanità nell'interesse dello Stato ad avere una popolazione sana e numerosa, poiché la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato»<sup>1</sup>.

La tutela della salute era infatti, in quel periodo, concepita in senso assai riduttivo, in quanto era il singolo individuo a doversi preoccupare della propria salute, intesa come assenza di malattie capaci di arrecare danni al proprio fisico.

Il diritto alla salute ha successivamente trovato, in epoca repubblicana, pieno riconoscimento nell'art. 32 della Costituzione e nelle sue declinazioni pratiche più rilevanti, tanto quale diritto dell'individuo che come interesse della collettività. Tra queste, l'istituzione negli anni '70 del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)<sup>2</sup> e il riconoscimento, nella giurisprudenza costituzionale, del danno biologico<sup>3</sup> quale risultato interpretativo della rilettura dell'art. 2043 c.c.

\* *Assegnista di ricerca presso l'Università di Pisa. Membro della segreteria tecnico-scientifica del Comitato Etico Pediatrico della Regione Toscana. Mail: [luigiruf@gmail.com](mailto:luigiruf@gmail.com). Il presente lavoro è aggiornato al 21 marzo 2020.*

<sup>1</sup> F. CAMMEO, C. VITTA, *Sanità Pubblica*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, IV, 2° parte, Milano, 1905, 213.

<sup>2</sup> In particolare, il SSN si qualifica grazie a tre caratteristiche fondamentali: universalità, uguaglianza ed equità, ed in tale contesto può essere utile richiamare il primo articolo della legge istitutiva del medesimo, rubricato "principi", che afferma: «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso

Il processo di consolidamento di tale diritto nel nostro ordinamento ne ha indubbiamente incrementato anche la centralità nell'azione politico-amministrativa<sup>4</sup>. Così, grazie alla ricerca scientifica e all'applicazione delle nuove tecnologie nell'ambito della sanità pubblica, oggi è significativo menzionare anche un passaggio della recente sentenza n. 7 del 2016, del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, che, proseguendo in un consolidato filone giurisprudenziale, afferma che nella gestione di alcuni pubblici servizi da parte dello Stato «quali, ad esempio, la sanità [...], il cittadino resta titolare di diritti costituzionalmente garantiti». Diversamente si rischierebbe di produrre un'illegittima compressione di un diritto soggettivo riconosciuto come "assoluto".

Tuttavia, in questo nostro periodo storico, alla centrale attenzione verso la tutela della salute fanno da contraltare le disponibilità economiche pubbliche, sempre più a stento bastevoli, e l'assenza nel nostro ordinamento<sup>5</sup> di adeguati presidi atti ad assicurarla in contesti di emergenza sanitaria quale è quello in corso, anche a causa di una più complessiva carenza di disciplina costituzionale delle situazioni di emergenza<sup>6</sup>, che ci conduce a interrogarci su quali siano gli "indicatori" (in termini di tutela, semplicità e concretezza) da adottare quali parametri di intervento in caso di emergenza sanitaria e su quale sia l'impatto della "gestione emergenziale" del diritto alla salute in rapporto alle norme giuridiche alle procedure organizzative già vigenti per i tempi "ordinari".

In quest'ottica ci si propone di analizzare, qui di seguito, il difficile ruolo del diritto alla riservatezza nel settore della ricerca medica, biomedica ed epidemiologica, nel caso in cui si trovi a dover fronteggiare un'emergenza sanitaria nazionale.

---

delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge».

<sup>3</sup> Corte Cost., sent. n. 184/86, sul solco di un indirizzo interpretativo già tracciato dalla precedente sent. n. 88/79.

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella recente giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino 2003, 63-71.

<sup>5</sup> L'attuale situazione non è certamente aiutata neanche alla luce della riforma del Titolo V, che fu operata con la legge costituzionale n. 3 del 2001 e che ha previsto una precisa ripartizione delle competenze per materia tra Stato centrale e Regioni, inserendo tra le materie concorrenti ex art. 117, c. 3, la "tutela della salute". Così, ad oggi, lo Stato determina i Livelli essenziali di assistenza e garantisce contestualmente le risorse per il loro finanziamento e le Regioni, invece, organizzano i rispettivi Servizi Sanitari Regionali e garantiscono l'erogazione minima delle prestazioni previste dai LEA. Tuttavia, si deve riscontrare come sottrarre servizi fondamentali, come la sanità, alle autonomie locali non può che portare ad un ruolo quasi marginale dei principi che guardano all'efficacia, per il cittadino e per la collettività delle prestazioni sanitarie, all'efficienza qualitativa e quantitativa degli strumenti a disposizione. Si arriva così, paradossalmente, al risultato di gestire livelli minimi della prestazione sanitaria, ma che non sono certo ottimali e bastevoli per fronteggiare eventuali emergenze nazionali come quella in corso.

<sup>6</sup> S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in questo fascicolo.

## 2. La ricerca scientifica in ambito sanitario: una questione di etica e di privacy

Come premessa iniziale si sottolinea che una ricerca scientifica affonda le sue radici nel rispetto del rigore metodologico, sulla valutazione e selezione delle fonti, sull'analisi del contesto, sull'individuazione e scelta del campione, sull'interpretazione critica e non pregiudiziale dei dati e da ultimo sulla responsabilità nella comunicazione dei risultati ai portatori di interesse.

Tali aspetti, così, oltre a qualificare la metodologia e il suo valore scientifico, costituiscono regole di *soft law*, ossia norme prive di "efficacia vincolante", tra cui codici morali e linee guida, ma tanto autorevoli da condizionare anche la normativa legale che è d'indirizzo per le attività svolte o da svolgere.

In particolare, l'eticità di una ricerca scientifica in ambito sanitario è stabilita tramite un principio sancito dalla Dichiarazione di Helsinki, nella quale si afferma che: «[l]a ricerca medica che coinvolge soggetti umani può essere condotta solo se l'importanza degli obiettivi supera i rischi e gli oneri a carico dei soggetti di ricerca»<sup>7</sup>.

Obiettivi che, a parere di chi scrive, devono certamente tradursi non soltanto in benefici personali per il soggetto della ricerca, ma anche in risultati utili per la collettività, ossia per il miglioramento delle *best practices* sanitarie di diagnosi e cura.

E così, nella prassi oramai consolidata e nel pieno rispetto dei principi del *Belmont Report*<sup>8</sup>, uno studio, per essere etico, deve soddisfare sette requisiti fondamentali: valore scientifico e sociale, validità scientifica, giustizia nella selezione dei soggetti, rapporto favorevole tra rischi e benefici, revisione indipendente, consenso informato, rispetto dei soggetti.

Requisiti che non hanno una perfetta e ben delineata gerarchia tra loro, ma si ritiene che essi debbano essere tenuti in considerazione cronologicamente secondo il loro intervento nelle varie fasi di svolgimento di uno studio, dall'ideazione sino alla sua conclusione.

Il requisito che pone a volte maggiori incertezze è l'ottenimento del consenso informato da parte dei soggetti arruolati, dal momento che un eventuale rifiuto dei potenziali partecipanti può comportare la conseguenza di restringere eccessivamente il campione, rendendolo inservibile per gli scopi dello studio.

Infatti, visto che gli studi si basano su dati, rilevati *ad hoc*, su base volontaria, su esseri umani o già disponibili in cartelle cliniche (ottenuti quindi per altro scopo), diventa predominante la necessità di acquisire il consenso alla partecipazione alla ricerca, al fine di permettere ai soggetti interessati di esprimere una libera e ponderata decisione prima di sottoporsi ad uno specifico trattamento sanitario e alla diretta gestione del completo set informativo sulla loro salute.

Tutto ciò è possibile anche grazie al Regolamento EU n. 679 del 2016 (d'ora in avanti GDPR) e al mutamento della nozione di privacy, dal generico "diritto passivo" di essere lasciati soli al "diritto attivo" dell'interessato di controllare l'uso e la circolazione dei propri dati personali.

In tal contesto il GDPR compie un ruolo rilevante anche perché – pur non dando una definizione specifica – al Considerando 159 permette di identificare un concetto di "ricerca scientifica", con un con-

<sup>7</sup> World Medical Association, *Declaration of Helsinki – Ethical principles for medical research involving human subjects*. 64th WMA General Assembly, Fortaleza, Brazil, October 2013.

<sup>8</sup> <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html> (Ultima consultazione 21/03/2020)

fine molto ampio, nel quale fa rientrare anche i dati personali trattati per il compimento di «studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica».

Parafando quanto appena detto, il ruolo della ricerca scientifica è certamente centrale nell'ambito sanitario essendo in grado – anche per il raggiungimento dell'interesse collettivo – di fornire conoscenze che possono a loro volta «migliorare la qualità della vita di un certo numero di persone e migliorare l'efficienza dei servizi sociali»<sup>9</sup>.

Ma bisogna fare attenzione, nella fase di arruolamento in uno studio clinico, a non confondere il “consenso privacy” con il “consenso informato”.

Invero, mentre il primo trae origine dal GDPR e riguarda la “testimonianza” che il soggetto interessato ha liberamente acconsentito al trattamento dei suoi dati personali e sul suo stato di salute, dopo ovviamente aver preso consapevolezza dell'informativa privacy ai sensi dell'art. 13 del GDPR, il secondo è regolato dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219 e prevede il diritto ad ogni persona «di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

Pertanto, si può ben comprendere come la procedura di arruolamento negli studi è rigidamente regolamentata dal consenso informato sia al fine di proteggere i partecipanti, sia per assicurare la validità dello studio clinico.

Detto ciò, diventa doverosa la ricerca di un punto di bilanciamento tra tutela della vita e della salute pubblica e la tutela di alcuni diritti di libertà individuale, tra i quali rientra anche la protezione della propria riservatezza.

### 3. Privacy e ricerca scientifica: il bilanciamento nelle emergenze (il caso CoViD-19)

Come è noto, la grande emergenza per il contenimento e il contrasto alla grave pandemia del CoViD-19 ha condotto nel nostro paese ad una copiosa produzione di norme emergenziali, quasi tutte successive al suo insorgere, che ovviamente hanno interessato direttamente anche la riservatezza dei cittadini coinvolti dal contagio.

E così, dal momento che la pandemia rappresenta, secondo l'autorevole giudizio dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, «la più temuta emergenza potenziale di livello internazionale nel campo della salute pubblica», diventa importante poter disporre di informazioni genuine e attendibili provenienti dai dati dei tamponi, delle pregresse patologie avute dai soggetti contagiati, dei luoghi visitati nell'ultimo periodo.

Pertanto, ci si pone il quesito *è possibile utilizzare questi dati anche per una finalità di ricerca scientifica sanitaria? Se sì, quale sono i presupposti di legittimità?*

<sup>9</sup> Edps, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 6 gennaio 2020.

Ebbene, salvo che «la ricerca sia effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea», si ritiene che per le ricerche scientifiche che rientrano in un preciso protocollo di studio, come per giunta quelle che potrebbero essere condotte sul CoViD-19, vada raccolto sempre un valido consenso informato<sup>10</sup>.

Anche se, al fine di poter rispondere compiutamente e senza imprecisioni a questa domanda, occorre distinguere se ci si trovi in presenza di soggetto cosciente o incosciente. Infatti, mentre lo *stato di coscienza* è la condizione in cui la persona interagisce con consapevolezza e integralmente con l'ambiente che lo circonda, per contro nello *stato di incoscienza* questa condizione viene a mancare. Proprio con riguardo a ciò, è opportuno citare anche l'art. 110 del Codice privacy (come modificato dal D. Lgs. 101 del 2018) che, in tema di trattamento di dati personali per ricerca medica, biomedica e epidemiologica, dispone che «il consenso non è inoltre necessario quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato [...]. In tali casi, il titolare del trattamento adotta misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, il programma di ricerca è oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale e deve essere sottoposto a preventiva consultazione del Garante ai sensi dell'articolo 36 del Regolamento».

Si può pertanto ritenere che uno studio, che sia o meno eseguito in un contesto storico emergenziale, potrà prendere avvio, non solo grazie ad un libero consenso di pazienti “capaci”, ma anche in presenza di soggetti interessati “incapaci” di ricevere idonea informativa e di prestare un valido consenso; salvo che lo studio «sia volto al miglioramento dello stato clinico in cui versa l'interessato» e il Titolare del trattamento si adoperi per ottenere il parere del comitato etico a livello territoriale e sottoponga il protocollo di studio a preventiva consultazione dell'Autorità Garante. Fermo restando che dovrà comunque essere resa all'interessato, salvo non sia nel frattempo deceduto, l'informativa sul trattamento dei dati, non appena le condizioni di salute glielo consentano, anche al fine dell'esercizio dei diritti previsti dagli art. 15- 22 dal GDPR<sup>11</sup>.

In tale ambito va ad innestarsi, tuttavia, un ulteriore dibattito in seno alla comunità scientifica e a molti comitati etici territoriali, il quale verte, in particolare, sulla possibilità di prescindere dalla raccolta del consenso per l'arruolamento e la gestione di dati relativi alla salute con riferimento alle ricerche scientifiche che riguardino emergenze sanitarie epidemiologiche di forte impatto nazionale ed internazionale, come quella che si sta vivendo con il CoViD-19.

Tale “eccezione”, sia pur meno garantista rispetto ad alcuni diritti legati alla libertà individuale dei soggetti contagiati, potrebbe rappresentare un efficace strumento di semplificazione al fine di individuare, prevenire, curare la catena di trasmissione dell'epidemia, dal momento che «per salvare vite umane è necessario ridurre la trasmissione del virus»<sup>12</sup>.

In tale prospettiva è utile richiamare *in primis* il considerando 46 del GDPR che “arricchisce” – ed aiuta a comprendere – la questione in analisi. In particolare, esso afferma che «[i] trattamento di dati

<sup>10</sup> Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione medica mondiale sui principi etici per la ricerca biomedica che coinvolge gli esseri umani.

<sup>11</sup> Si veda, sul punto, Autorità garante privacy, *Prescrizioni relative al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica* (aut. gen. n. 9/2016).

<sup>12</sup> WHO, *Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID-19*, 12 March 2020.

personali dovrebbe essere altresì considerato lecito quando è necessario per proteggere un interesse essenziale per la vita dell'interessato o di un'altra persona fisica. [...] Alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana».

Sembrirebbe pertanto, a prima vista che la realizzazione di studi sul CoViD-19, data la rilevanza dell'emergenza di pandemia, possano trovare una loro condizione di legittimità nella previsione che «il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica», (Art. 6, comma 1, lettera d) del GDPR), senza a questo punto dover richiedere obbligatoriamente il consenso.

A sostegno di ciò, si deve rilevare che anche l'art. 9, comma 2, lettera i) – pur non rappresentando una base di legittimità – prevede che non si applichi il divieto a trattare “categorie particolari di dati” se «il trattamento è necessario per motivi d'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».

Queste previsioni però non devono distogliere l'attenzione da una lettura attenta di altre disposizioni e dei principi sottostanti.

Infatti, all'interno di questa ricostruzione normativa, proprio con riferimento alla situazione della pandemia CoViD-19, meritano di essere analizzati anche gli articoli 2-ter (*Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*) e 2-sexies (*Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante*) del Codice privacy, richiamati anche dall'art. 14 del D.L. 9 marzo 2020, n. 14 che prevede nel nostro ordinamento specifiche misure in tema di trattamento dei dati personali, con efficacia fino al termine dell'attuale stato d'emergenza<sup>13</sup>.

Ebbene, la particolarità di queste due norme sta proprio nel fatto che in esse viene specificato che «i trattamenti delle categorie particolari di dati sono ammessi qualora siano previsti dal diritto dell'Unione europea ovvero, nell'ordinamento interno, da disposizioni di legge o, “nei casi previsti dalla legge”, di regolamento», prevedendo anche che «tali fonti normative devono specificare i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili, il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato».

Alla luce di ciò, non si ritiene possibile realizzare ricerche sul CoViD-19 – o in generale compiere studi in contesti emergenziali – in deroga alle disposizioni sull'acquisizione del consenso informato, dal momento che i trattamenti connessi ad attività di ricerca nell'ambito clinico non possono assolutamente derivare da un obbligo legale. Essi infatti sono compiuti in funzione di appositi trattamenti a cui l'interessato partecipa volontariamente, in piena autodeterminazione, prestando un consenso esplicito (art. 6, comma 1, lettera a) del GDPR), valevole come garanzia alla tutela del diritto alla di-

<sup>13</sup> F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in questo fascicolo.

gnità umana e del diritto all'integrità della persona di cui agli articoli 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che nell'ordinamento delle fonti è per giunta gerarchicamente sovraordinata.

Bisogna quindi agire, se si vogliono applicare basi giuridiche diverse dal consenso, nel rispetto del criterio di gradualità, valutando che le misure e gli strumenti normativi che si stanno applicando, siano giuridicamente congruenti. E, altresì, leggendo il considerando 45 del GDPR è necessario precisare che non vi è prevista la necessità di un atto legislativo specifico per ogni singolo trattamento (ossia per ciascuno studio), ma è bastevole un atto legislativo che funga da base giuridica per tutti i trattamenti che si vorranno basare sull'esecuzione di compiti di interesse pubblico, nel qual caso senza dubbio si può far rientrare la pressante necessità sociale del contrasto alla diffusione di pandemie. Ebbene, quanto sino a qui detto ha trovato, nell'emergenza CoViD-19, una sua applicazione nella previsione dell'art. 17 del decreto-legge n.18 del 17 marzo 2020, c.d. "Cura Italia", recante *Disposizioni urgenti materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici per l'emergenza epidemiologica da COVID*.

Tale articolo dispone: «[I]mitatamente al periodo dello stato di emergenza, [...] ferme restando le disposizioni vigenti in materia di sperimentazione clinica dei medicinali e dei dispositivi medici, al fine di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle evidenze scientifiche disponibili, è affidata ad Aifa, la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli», ossia la possibilità ex lege di trattare i dati delle sperimentazioni che riguardano esclusivamente gli studi sperimentali e gli usi compassionevoli dei medicinali per pazienti con CoViD-19.

Norma giustappunto pensata ed emanata in un contesto emergenziale per la velocizzazione dell'iter amministrativo con riferimento alle sperimentazioni che riguardano l'uso terapeutico di medicinali, ovvero i protocolli clinici predefiniti e identici per tutti i pazienti ma utili al fine di adottare strumenti efficaci di contenimento del contagio.

Va da sé che anche altre tipologie di studi, come ad esempio quelli osservazionali, potrebbero in caso d'urgenza contare sull'uso del decreto-legge, in grado di coniugare tempestività dell'adozione della misura e pieno rispetto della necessaria base di rango legislativo; tuttavia, come nel caso del "Cura Italia", che la durata di tali interventi deve essere strettamente collegata al perdurare delle esigenze connesse alla gestione dell'emergenza, stante la loro eccezionalità.

#### 4. Conclusioni: bilanciare meglio che rinunciare

Nonostante tutto viene da chiedersi: ha senso in un contesto emergenziale "fare resistenza" rispetto a impostazioni meno tutelanti sul piano dei diritti individuali e confermare l'arruolamento ad uno studio solo dopo la firma del consenso?

Questo tipo di domanda «reca in sé una trappola emotiva», dal momento che alcuni Paesi, attraverso la rinuncia dei cittadini di proprie libertà individuali sono riusciti a fermare o quanto meno a contenere l'epidemia<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> A. DEL NINNO, *Il trattamento dei dati sanitari dei lavoratori all'epoca dell'emergenza COVID-19*, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it) (ultima consultazione 21/03/2020).

In realtà, a parere di chi scrive, non bisogna mai rinunciare alla tutela della propria autodeterminazione, perché ciò significherebbe rinunciare alle tutele che il nostro ordinamento, così come altri ordinamenti democratici, pongono a salvaguardia del rispetto della centralità della persona umana e del suo nucleo irriducibile di libertà rispetto alle prerogative, per loro tendenza a vocazione espansiva, dei poteri pubblici. Infatti, ritornando alla procedura di acquisizione del consenso informato, va rimarcato come essa contribuisca in modo significativo alla protezione dei pazienti durante la partecipazione a uno studio clinico, e il sol fatto di pensare di poterla “comprimere” subordinandola del tutto alle esigenze di salute pubblica non è certo rispettoso di un elemento fondamentale della democrazia: la proporzionalità.

Sarebbe senz'altro più ragionevole, e funzionale a un miglior temperamento dei diritti in gioco, mediare tra le opposte esigenze sfruttando i meccanismi di “adattamento” alla complessità del reale contemplati dallo stesso GDPR: basterebbe ad esempio applicare il principio di minimizzazione (art. 5), senza trascurare il contesto emergenziale e le necessità a questo connesse, ma evitando così la gestione «*fai da te*»<sup>15</sup> dei dati personali, osteggiata dallo stesso Garante che ha invitato in più occasioni i titolari del trattamento ad attenersi scrupolosamente alle indicazioni fornite dal Ministero della Salute e dalle istituzioni competenti per la prevenzione della diffusione del CoViD-19 senza effettuare quindi iniziative autonome che prevedano la raccolta di dati anche sulla salute di utenti e lavoratori senza che questa sia stata normativamente prevista o disposta dagli organi competenti.

---

<sup>15</sup> v. Autorità garante privacy, *Comunicato stampa*, doc web. 9282117.

## Farmaci *off label* e sperimentazione clinica: l'emergenza CoViD-19 svela le potenzialità del dato normativo

Francesca Cerea\*

OFF-LABEL DRUGS AND CLINICAL TRIAL: CoViD-19 EMERGENCY REVEALS THE POTENTIALITY OF REGULATORY DATA

ABSTRACT: CoViD-19 emergency brings to the forefront a subject that has always been little investigated such as clinical trial and administration of off-label drugs. This paper aims to assess, through the analysis of the main measures taken by the Italian and European medicines agencies (AIFA and EMA), the ability of the regulation on the subject to cope with a constantly evolving emergency framework and to respond to several application problems that the exceptional epidemiological situation forces us to face.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; off label; clinical trial; medicines agencies

SOMMARIO: 1. L'impiego di farmaci *off label*: una prima strategia per il contrasto al CoViD-19 – 2. Sperimentazione clinica e impiego compassionevole: una disciplina idonea ad affrontare l'emergenza.

### 1. L'impiego di farmaci *off label*: una prima strategia per il contrasto al CoViD-19

L'attuale emergenza epidemiologica dovuta alla rapida diffusione di un nuovo ceppo di coronavirus mai identificato prima nell'uomo – il cui nome scientifico è SARS-CoV-2 – porta alla ribalta un tema da sempre poco indagato in dottrina e in giurisprudenza, quale quello della sperimentazione clinica e della somministrazione di farmaci *off label* (impiego “fuori etichetta”).

Il virus in questione è in grado di causare la malattia denominata CoViD-19 per la quale, al momento, non esistono trattamenti specifici e non sono disponibili vaccini. Per tale ragione la patologia è affrontata curandone i sintomi (c.d. terapia di supporto), in modo da favorire la guarigione; di particolare interesse, per quanto si va dicendo, sono le procedure attraverso le quali si testano sui pazienti ricoverati combinazioni di antivirali, come suggerito dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS), o si studiano farmaci sperimentali.

È infatti di pochi giorni fa la notizia dell'impiego sui pazienti del “Tocilizumab”, farmaco approvato nel 2010 negli Stati Uniti per l'artrite reumatoide ed ora inserito dalla *National Health Commission* cinese nelle linee guida per il trattamento dei casi gravi da Coronavirus, stante la sua capacità di limitare i danni conseguenza di CoViD-19. I miglioramenti registrati nei pazienti cinesi sui quali la terapia si è dimostrata per ora efficace – anche se in numeri ancora non abbastanza significativi – hanno indotto

\* Dottoranda di ricerca in Business & Law nell'Università degli Studi di Bergamo. Mail: [francesca.cerea@unibg.it](mailto:francesca.cerea@unibg.it). Il presente lavoro è aggiornato al 26 aprile 2020.

un ospedale partenopeo a sperimentare il medicinale, con risultati incoraggianti. Ciò ha portato l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ad avviare un ampio studio di Fase II (TOCIVID-19) per valutare rapidamente il possibile impatto del farmaco avuto particolare riguardo ad efficacia e sicurezza, testando il medicinale su 330 pazienti<sup>1</sup>. A tale scelta ha fatto seguito l'autorizzazione di un ulteriore studio di Fase II (RCT-TCZ-COVID-19) con lo scopo di valutare l'efficacia del "Tocilizumab" somministrato precocemente in pazienti affetti da polmonite da CoViD-19, rispetto alla terapia standard a due settimane dall'ingresso in studio e un successivo studio di Fase III (Tocilizumab 2020-001154-22), promosso dalla casa farmaceutica Hoffmann-La Roche, per determinare la sicurezza e l'efficacia di "Tocilizumab" rispetto a un placebo corrispondente<sup>2</sup>.

È ben comprensibile che, stante l'assenza di rimedi specifici a disposizione, di fronte a un virus dall'origine ignota il sistema reagisca con tutti gli strumenti possibili e, in particolare, mediante il ricorso alla somministrazione di medicinali utilizzati per la cura di altre malattie (c.d. *off label* o impiego "fuori etichetta") o all'utilizzo di prodotti farmaceutici, autorizzati o non autorizzati, sottoposti a sperimentazione (c.d. "uso compassionevole").

Quanto alla prima ipotesi, l'ordinamento consente e disciplina, principalmente mediante le leggi n. 648/1996 e n. 94/1998, l'utilizzo di farmaci già registrati, ma usati in maniera difforme rispetto all'indicazione contenuta nell'Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC), oppure con modalità alternative, o in dosi diverse dalla normale posologia indicata. Si tratta di molecole ampiamente conosciute e utilizzate secondo linee guida ufficiali, ma per le quali nuove evidenze scientifiche o la mancanza di terapie alternative suggeriscono un loro impiego anche in situazioni cliniche non previste nella scheda tecnica. Qui l'interesse principale che viene in rilievo non è quello di abilitare ufficialmente il farmaco anche per prescrizioni ulteriori a quelle indicate nel foglietto illustrativo – interesse per il quale è necessario avviare l'ordinario iter di sperimentazione clinica – bensì cercare di curare in modo efficace il singolo paziente.

In questi casi l'operato del medico è consentito solo se rispettoso delle condizioni che la legge impone all'art. 3, comma 2 del d.l. n. 23/1998, convertito nella legge n. 94/1998 (nota come "legge Di Bella"), che dispone la liceità dell'impiego anomalo di un medicinale, previo consenso del paziente, «qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si veda AIFA e Istituto Nazionale per lo studio e la cura dei tumori di Napoli avviano uno studio per l'utilizzo di Tocilizumab nella malattia COVID 19 consultabile all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 17/03/2020). Per una sintesi aggiornata di tutte le sperimentazioni cliniche già autorizzate in corso al momento v. la sezione *Sperimentazioni cliniche – COVID-19* sul sito di AIFA e i report allegati (ultima consultazione 26/04/2020).

<sup>2</sup> V. *COVID-19 - AIFA autorizza nuovo studio clinico con tocilizumab* consultabile all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 03/04/2020). Sull'impiego del placebo come trattamento di controllo nella sperimentazione clinica farmacologica cfr. S. BONOMELLI, *L'uso del placebo nella sperimentazione clinica farmacologica: dibattito giuridico, scientifico e bioetico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2018, 153 ss.

<sup>3</sup> Sui profili di responsabilità del medico derivanti da somministrazione *off label* v. S. VICIANI, *I margini dell'autonomia prescrittiva del medico nella terapia farmacologica*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 3, 2018, 311 ss.

Il dato normativo appena richiamato necessita di una lettura integrata con il disposto dell'art. 1, comma 796 lett. z) della l. n. 296/2006 (legge Finanziaria 2007) che, a fronte di una realtà ospedaliera dove spesso l'impiego *off label* rappresenta una prassi invalsa, vieta applicazioni farmacologiche fuori indicazione aventi carattere diffuso e sistematico, a carico del SSN.

La legge n. 244/2007 (legge Finanziaria 2008) all'art. 2, comma 348 cerca invece di specificare il contenuto del requisito dell'avallo della letteratura scientifica internazionale in materia, previsto dalla l. n. 94/1998, stabilendo che la prescrizione di un farmaco *off label* possa avvenire solo una volta che il medicinale si trovi nella seconda fase di sperimentazione, così restringendo la disciplina previgente da considerarsi tacitamente abrogata<sup>4</sup>.

Quanto alla possibilità di rimborso del presidio impiegato *off label*, la legge n. 648/1996 prevede che il costo sia integralmente posto a carico del S.S.N. in assenza di valida alternativa terapeutica o – a seguito dell'integrazione da parte della legge n. 79/2014 – anche in presenza di alternative terapeutiche valide, a patto che il diverso impiego sia stato opportunamente documentato a livello clinico e che l'uso rispetti i principi di economicità e appropriatezza.

La normativa in materia di presidi farmacologici *off label* rappresenta l'effetto del divario temporale che caratterizza immancabilmente i processi di sviluppo e di registrazione del medicinale. Nella realtà delle cose sussiste invero uno sfasamento tra l'attività di ricerca scientifica sull'uso difforme del farmaco e i relativi processi di approvazione, di durata notoriamente maggiore. Il procedimento per l'estensione delle indicazioni di un farmaco è infatti di competenza dell'impresa farmaceutica e delle autorità amministrative, mentre l'acquisizione di conoscenze medico-scientifiche sul tema viene perseguita empiricamente ed autonomamente dalla comunità scientifica, senza che l'esito di tali ricerche debba necessariamente condurre ad una registrazione<sup>5</sup>.

Tale iato temporale risulta accentuato quando ci si trova ad avere a che fare con un virus dall'origine sconosciuta quale è appunto SARS-CoV-2 e per il quale non esiste alcun vaccino o farmaco specifico, essendo di fatto possibile la sola c.d. terapia di supporto. In condizioni di simile criticità le strutture sanitarie non possono che fare ricorso a protocolli che prevedono l'uso *off label* di medicinali in commercio in Italia, confidando in una celere approvazione di AIFA<sup>6</sup>.

L'accennata discrasia temporale è invero resa evidente, ad esempio, dalla scelta dell'Agenzia Italiana del Farmaco di provvedere all'inserimento a carico del S.S.N., in deroga alla citata legge n. 648/1996, dell'uso *off label* di alcuni medicinali utilizzati per il trattamento dell'infezione da SARS-CoV-2 pur in presenza di soli dati preliminari di potenziale efficacia, non essendo possibile – in una situazione di necessità e urgenza quale quella attuale – attendere risultati più solidi<sup>7</sup>.

Unicamente nell'ambito del piano nazionale di gestione dell'emergenza, AIFA ha inoltre adottato con procedura urgente provvedimenti atti a consentire l'impiego di alcuni farmaci, già presenti in proto-

<sup>4</sup> F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, in *Danno e responsabilità*, 12, 2010, 1104 ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Per far fronte all'attuale fase emergenziale AIFA ha istituito un'apposita unità di crisi. V. AIFA, *emergenza COVID-19: costituita "Unità di crisi Coronavirus"*, consultabile all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 13/03/2020).

<sup>7</sup> Si veda *Azioni intraprese per favorire la ricerca e l'accesso ai nuovi farmaci per il trattamento del COVID-19*, consultabile all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 20/04/2020).

colli nazionali e internazionali, al di fuori delle indicazioni ufficialmente registrate. Trattandosi di un uso difforme del presidio farmacologico si rende indispensabile la costante e aggiornata disponibilità di tutte le informazioni che si stanno via via raccogliendo riguardo alla sicurezza ed efficacia di tali trattamenti. Ne è conseguita la predisposizione di schede tecniche volte a fornire ai clinici elementi utili ad orientare la prescrizione e a definire, per ciascun farmaco utilizzato, un rapporto fra i benefici e i rischi per il singolo paziente<sup>8</sup>.

## 2. Sperimentazione clinica e impiego compassionevole: una disciplina idonea ad affrontare l'emergenza

La questione diventa ancor più delicata laddove per fronteggiare l'emergenza si renda necessario fare un "uso compassionevole" del presidio farmacologico ricorrendo a prodotti in fase di sperimentazione. In questo caso la procedura di accesso al farmaco sperimentale, diversamente dall'impiego *off label*, si fa più complessa poiché è necessario il parere favorevole da parte del Comitato Etico a cui affereisce il centro clinico che presenta la richiesta, previa conferma della disponibilità alla fornitura gratuita del medicinale da parte dell'azienda farmaceutica produttrice del presidio farmacologico.

È, ad esempio, il caso di "Remdesivir", molecola sperimentale pensata e testata dall'americana Gilead per combattere il virus Ebola e ora allo studio per il trattamento di CoViD-19<sup>9</sup>. Il farmaco in questione non risulta attualmente autorizzato né dalla *Food and Drug Administration* (FDA) né da alcun organismo di controllo. Pertanto ai pazienti non coinvolti nell'ambito degli studi clinici di Fase III in corso sul farmaco (GS-US-540-577 e GS-US-540-5774), che sono la primaria via di accesso a "Remdesivir", il medicinale viene offerto ad "uso compassionevole"<sup>10</sup>.

Si tratta di un impiego del presidio farmacologico consentito dal D.M. 7.9.2017, abrogativo del D.M. 8.5.2003, che stabilisce i criteri e le modalità per l'impiego compassionevole di 1) medicinali non ancora autorizzati, sottoposti a sperimentazione clinica; 2) medicinali provvisti dell'autorizzazione

<sup>8</sup> Le schede riportano in modo chiaro per ogni medicinale le prove di efficacia e sicurezza oggi disponibili, le interazioni e le modalità d'uso raccomandabili nei pazienti CoViD 19. Nello stesso formato, vengono individuati i farmaci per cui è bene che l'utilizzo rimanga all'interno di sperimentazioni cliniche controllate. V. la sezione del sito di AIFA *Farmaci utilizzabili per il trattamento della malattia COVID-19* e la comunicazione *Schede informative sui farmaci utilizzati per emergenza COVID-19 e relative modalità di prescrizione*, consultabili all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 20/04/2020).

<sup>9</sup> V. comunicato stampa del 12/03/2020 *AIFA e Gilead annunciano che l'Italia è tra i Paesi che testeranno l'antivirale remdesivir per il trattamento del COVID-19*, consultabile all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 15/03/2020).

<sup>10</sup> *Emergency Access to Remdesivir Outside of Clinical Trials*, consultabile all'indirizzo [www.gilead.com](http://www.gilead.com) (ultima consultazione 15/03/2020). Anche l'Agenzia europea per i medicinali (EMA), attraverso il Comitato per i medicinali ad uso umano (CHMP), ha fornito raccomandazioni sulle modalità di utilizzo del medicinale antivirale sperimentale Remdesivir per il trattamento della malattia da CoViD-19 nei programmi di uso compassionevole nell'Unione Europea (UE). V. *EMA provides recommendations on compassionate use of remdesivir for COVID-19*, consultabile all'indirizzo [www.ema.europa.eu](http://www.ema.europa.eu) (ultima consultazione 20/04/2020). Va segnalato che per quanto concerne l'uso compassionevole di "Remdesivir" è stata la stessa azienda produttrice ad aver selezionato i centri partecipanti. La scelta, definita da AIFA «inusuale ed eticamente discutibile», comporta un'impossibilità di accesso al medicinale per alcune Regioni italiane. V. *Coronavirus. Problemi per accesso a farmaco Remdesivir per uso compassionevole. Aifa: "Scelta spetta ad azienda produttrice"*, consultabile all'indirizzo [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it) (ultima consultazione 24/04/2020).

all'immissione in commercio (AIC), per indicazioni diverse da quelle autorizzate; 3) medicinali autorizzati ma non ancora disponibili sul territorio nazionale.

Con il ricorso all'uso compassionevole di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica si consente a pazienti senza altre risorse terapeutiche, in pericolo di vita o affetti da malattie rare, di ricorrere a farmaci non ancora autorizzati dalle autorità regolatorie, purché le probabilità rischi/benefici appaiano empiricamente favorevoli. Si tratta di situazioni nelle quali vi è una delicata condizione clinica del soggetto in cura, rispetto alla quale il ricorso alla sperimentazione costituisce una *chance* concreta – se non addirittura l'unica – di salvezza. Soltanto in presenza di tali circostanze appare ammissibile il ricorso a prescrizioni farmacologiche potenzialmente pericolose, in quanto prive dell'autorizzazione alla loro commercializzazione da parte dell'autorità regolatoria competente. Si tratta di contesti nei quali il possibile beneficio curativo che può derivare dall'accesso al farmaco sperimentale è certamente superiore a quello ottenibile attraverso i normali sistemi di trattamento, essendo casi nei quali concretamente non esiste una cura efficace.

È questa la condizione dei pazienti affetti da CoViD-19, relativamente ai quali sono attualmente in corso studi clinici per valutare l'efficacia di alcuni farmaci nel ridurre la durata della malattia; tra essi spicca appunto quello su "Remdesivir", che è il primo protocollo di ricerca controllato, realizzato per la determinazione dell'efficacia di un farmaco in questa specifica condizione clinica, con l'obiettivo di avere una terapia standard, decisa sulla base di dati scientificamente solidi.

Quanto al processo autorizzativo del farmaco ad uso compassionevole l'art. 4 del D.M. 7.9.2017 prevede che un medico o un gruppo di medici (art. 3) facciano richiesta sottoponendo la domanda di somministrazione compassionevole al competente Comitato etico, presentando i documenti necessari. Il Comitato etico trasmette quindi all'AIFA il proprio parere, corredato dalla relativa documentazione, entro tre giorni dall'adozione del parere stesso, per consentire alla stessa di compiere attività di monitoraggio. Spetta all'AIFA anche l'eventuale decisione di intervenire in modo restrittivo e sospendere o vietare l'impiego del medicinale (art. 4, comma 4).

Ecco che nelle attuali contingenze, di fronte ad una diffusione del virus che l'OMS definisce una pandemia<sup>11</sup>, anche le procedure di approvazione come descritte dal D.M. 7.9.2017 cedono il passo ad una maggiore flessibilità e si dimostrano più che mai celeri.

Si pensi, ad esempio, all'istituzione ad opera dell'art. 17 del d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto "Cura Italia") di un Comitato Etico unico nazionale – individuato nel Comitato Etico dell'Istituto Nazionale per le Malattie Infettive Lazzaro Spallanzani di Roma – con il compito di provvedere alla valutazione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali per uso umano e dei dispositivi medici per pazienti con CoViD-19 e di esprimere il parere nazionale, anche sulla base della preventiva valutazione della Commissione Tecnico-Scientifica (CTS) dell'AIFA, nel rispetto della normativa europea in materia di "uso compassionevole" (reg. (CE) n. 726/2004) e sperimentazione clinica (reg. (UE) n. 536/2014).

Con particolare riguardo al c.d. "uso compassionevole" la disposizione di cui all'art. 17 si applica unicamente alle richieste che ricadono in un "programma di uso terapeutico", vale a dire in un protocollo clinico predefinito e identico per tutti i pazienti, presentato dalle aziende farmaceutiche, con ap-

<sup>11</sup> World Health Organization (WHO), *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, consultabile all'indirizzo [www.who.int](http://www.who.int) (ultima consultazione 12/03/2020) nella quale si legge «We have [...] made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic».

plicazione di criteri univoci di inclusione, esclusione e schema di trattamento per specifici farmaci somministrati a più pazienti (secondo il D.M. 7.9.2017). Per i programmi di uso terapeutico il parere del Comitato Etico unico nazionale è formulato in maniera unica con procedura d'urgenza ed è immediatamente applicabile per tutti i centri e tutti i pazienti trattati. Gli altri impieghi di medicinali nel quadro dell'uso compassionevole su base nominale per singoli pazienti all'interno di una singola struttura ospedaliera, in base alle evidenze scientifiche e non nell'ambito di un protocollo clinico predefinito dall'azienda titolare del farmaco (si parla di "uso terapeutico nominale"), restano invece assoggettati alla normativa vigente e quindi rimangono di competenza dei Comitati Etici locali<sup>12</sup>.

Sempre nell'ottica di una agevolazione dei processi autorizzativi si colloca la scelta, contenuta nel richiamato art. 17, di affidare ad AIFA la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli dei medicinali per pazienti con CoViD-19, allo scopo di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle evidenze scientifiche disponibili. Su tale fronte l'Agenzia Italiana del Farmaco, in considerazione di quanto disposto dal comma 5 del richiamato art. 17, ha adottato procedure straordinarie e semplificate per la presentazione e l'approvazione delle sperimentazioni cliniche, la definizione delle modalità di adesione agli studi e di acquisizione dei dati e l'avvio di programmi di uso compassionevole<sup>13</sup>. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla possibilità di sottomissione di sperimentazioni cliniche per studi sul trattamento di CoViD-19 anche attraverso la modalità transitoria cartacea o per il tramite di posta certificata, modalità normalmente non consentite dalla normativa vigente che prevede il necessario ricorso all'Osservatorio sulla Sperimentazione Clinica (OsSC). Oppure si pensi alle deroghe alle tradizionali procedure di ottenimento in forma scritta del consenso informato, a favore di un consenso verbalmente espresso alla presenza di un testimone imparziale o mediante contatti telefonici, seguiti da e-mail di conferma o per il tramite di sistemi elettronici validati, procedure alternative che non esentano dall'ottenimento del consenso scritto del paziente non appena la situazione lo renda possibile<sup>14</sup>.

Tale linea di tendenza, volta ad una maggiore semplificazione e speditezza, aveva già incontrato il favore di AIFA prima dell'intervento del d.l. n. 18/2020 come attesta il fatto che, sin dal mese di marzo, i medicinali che sembrano presentare risultati positivi per il trattamento del virus SARS-CoV-2 possono beneficiare di percorsi autorizzativi accelerati. L'Agenzia Italiana del Farmaco ha infatti attivato, in collaborazione con l'Agenzia Europea per i Medicinali, una "fast track", vale a dire un iter più rapido in grado di consentire l'approvazione e l'impiego di nuovi farmaci per combattere CoViD-19 nel mi-

<sup>12</sup> V. *COVID-19: precisazioni su definizioni di uso compassionevole e relative applicazioni del decreto legge 18/2020* (ultima consultazione 14/04/2020) e la sezione *Programmi di uso compassionevole – COVID-19* (ultima consultazione 25/04/2020) ove sono reperibili le informazioni aggiornate relative ai programmi di uso compassionevole già autorizzati per il trattamento della malattia, entrambi consultabili all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it).

<sup>13</sup> Si veda la *Circolare sulle procedure semplificate per gli studi e gli usi compassionevoli per l'emergenza da COVID-19* e la comunicazione *Accesso ai farmaci sperimentali per il COVID-19 - Aggiornamenti sugli studi clinici* consultabili all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 25/04/2020). A dimostrazione della celerità dei processi di approvazione basti tenere conto che dal 17 marzo (data di entrata in vigore del d.l. 18/2020) al 23 aprile, la CTS di AIFA ha valutato un totale di 114 sottomissioni, tra richieste di autorizzazione di avvio di protocolli di sperimentazione e proposte di studi clinici.

<sup>14</sup> Per altre deroghe alla disciplina in materia, si vedano le indicazioni contenute nel comunicato *Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza COVID-19 (07/04/2020)*, consultabile all'indirizzo [www.aifa.gov.it](http://www.aifa.gov.it) (ultima consultazione 21/04/2020).

nor tempo possibile<sup>15</sup>. L'urgenza di un approccio regolatorio rapido e coordinato sui trattamenti per il Coronavirus ha inoltre spinto l'EMA ad istituire una *task force* (COVID-ETF) al fine di assistere gli Stati membri e la Commissione Europea nella gestione dei piani di sviluppo e delle procedure di autorizzazione e monitoraggio della sicurezza delle terapie e dei vaccini destinati al trattamento o alla prevenzione del CoViD-19<sup>16</sup>. Lo scopo principale della COVID-ETF è attingere alle competenze della rete europea delle agenzie regolatorie dei medicinali e garantire una risposta rapida e coordinata alla pandemia in corso. Ovviamente per affrontare l'emergenza sanitaria attuale risulta cruciale dare sostegno anche ad un approccio di tipo globale, mediante la predisposizione di una strategia armonizzata da parte delle agenzie regolatorie dei medicinali internazionali, in particolare per ciò che attiene la condivisione di studi clinici, protocolli e risultati, al fine di raccogliere quanto prima prove solide per determinare quali farmaci siano sicuri ed efficaci per il trattamento di CoViD-19<sup>17</sup>.

Quanto ai requisiti cui i farmaci oggetto di "uso compassionevole" debbono rispondere, essi sono indicati all'art. 2, comma 2 del D.M. 7.9.2017 ai sensi del quale i medicinali devono: a) essere già oggetto, nella medesima specifica indicazione terapeutica, di studi di Fase III o II (o Fase I per malattie rare e tumori rari), b) avere dati disponibili sulle sperimentazioni sufficienti per formulare un favorevole giudizio sull'efficacia e la tollerabilità e c) essere provvisti di certificazione di produzione secondo le norme di buona fabbricazione (GMP).

Anche su questo fronte l'attuale emergenza epidemiologica spinge ad allargare le maglie del dato normativo, come dimostra la previsione da parte dell'AIFA della possibilità di godere della menzionata "fast track" per i farmaci che appaiano empiricamente efficaci per combattere CoViD-19 e sui quali siano al momento disponibili soltanto dati sulla sicurezza dell'impiego nell'uomo. In questo modo l'azienda produttrice del farmaco può sottoporre all'autorità regolatoria competente un dossier registrativo incompleto a patto che la stessa – dopo l'approvazione – presenti i dati clinici mancanti sulla base dell'impiego del farmaco.

<sup>15</sup> EMA to support development of vaccines and treatments for novel coronavirus disease (COVID-19) e EMA plan for managing emerging health threats, consultabili all'indirizzo [www.ema.europa.eu](http://www.ema.europa.eu) (ultima consultazione 20/03/2020). Sostenere lo sviluppo e l'approvazione in tempi rapidi di trattamenti e vaccini efficaci e sicuri contro CoViD-19 è la priorità assoluta dell'Agenzia europea per i medicinali, per questo l'EMA ha avviato un dialogo con numerosi sviluppatori di potenziali terapie o vaccini contro il CoViD-19. L'obiettivo è fornire assistenza sui requisiti normativi affinché ogni medicinale potenzialmente efficace possa essere messo a disposizione dei pazienti il più rapidamente possibile, prima nel contesto della sperimentazione clinica e poi, una volta autorizzato, anche sul mercato. V. *Update on treatments and vaccines against COVID-19 under development*, consultabile all'indirizzo [www.ema.europa.eu](http://www.ema.europa.eu) (ultima consultazione 19/04/2020).

<sup>16</sup> V. *Mandate, objectives and rules of procedure of the COVID-19 EMA pandemic Task Force (COVID-ETF)*, consultabile all'indirizzo [www.ema.europa.eu](http://www.ema.europa.eu) (ultima consultazione 19/04/2020). La Commissione europea ha ritenuto necessario fornire ai titolari di AIC chiarimenti di tipo regolatorio sulla flessibilità ammessa nella fase di emergenza dovuta alla pandemia, con particolare riferimento a medicinali cruciali per pazienti affetti da CoViD-19. V. *Questions and Answers on Regulatory Expectations for Medicinal Products for Human Use During the COVID-19 Pandemic*, consultabile all'indirizzo [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu) (ultima consultazione 19/04/2020).

<sup>17</sup> Tale impostazione è stata oggetto di discussione e condivisione nell'ambito dei workshops organizzati dall'EMA sotto l'egida della Coalizione Internazionale delle Agenzie Regolatorie dei Medicinali (*International Coalition of Medicines Regulatory Authorities, ICMRA*). Per un riassunto degli esiti si vedano *Global regulatory workshop on COVID-19 therapeutic development* e *ICMRA meeting: COVID-19 Real-World Evidence and Observational studies* consultabili all'indirizzo [www.icmra.info](http://www.icmra.info) (ultima consultazione 22/04/2020).

Vi sono – ed è questo il caso – urgenze terapeutiche più che comprensibili che non possono tollerare i tempi inevitabilmente lunghi richiesti dalla validazione della ricerca, della sperimentazione pre-clinica e delle varie fasi della sperimentazione clinica. La prudenza che domina la produzione di un farmaco in nome dell'interesse pubblico non sempre infatti si concilia con la tempestività imposta dalla condizione individuale di chi chiede accesso alle cure<sup>18</sup>.

Ne consegue un'alterazione del tradizionale bilanciamento sotteso all'attività di sperimentazione clinica che vede da un lato l'interesse pubblico all'avanzamento della ricerca, tutelato dagli artt. 9 e 33 Cost., e dall'altro la salvaguardia del diritto alla salute, che trova fondamento nell'art. 32 Cost., e dei suoi corollari, quali il diritto all'autodeterminazione, all'integrità psico-fisica e alla dignità del paziente. Invero, quando l'accesso alla terapia sperimentale costituisce l'unico possibile rimedio per patologie non altrimenti curabili, l'equilibrio è evidentemente di per sé sbilanciato in favore della terapia sperimentale, dal momento che essa costituisce la sola alternativa di cura. In questi casi la sperimentazione, pur se incompleta, assume natura di vero e proprio trattamento terapeutico che trova giustificazione nel peculiare stato di salute del paziente che impone una precisa necessità ed urgenza di cura.

La pandemia di CoViD-19 svela, pertanto, la capacità del dato normativo in materia di cure sperimentali e compassionevoli di offrire strumenti utili in grado di affrontare un quadro di emergenza in costante evoluzione, consentendo una risposta più adeguata da parte delle autorità amministrative, competenti per l'attività regolatoria dei farmaci, alla molteplicità dei problemi applicativi con cui l'eccezionale situazione epidemiologica costringe a confrontarsi; si pensi alla scelta di AIFA di adottare le richiamate azioni per favorire l'accesso precoce alle terapie e facilitare la conduzione di studi clinici sull'efficacia e la sicurezza delle nuove terapie utilizzate per il trattamento della malattia da CoViD-19, garantendo tempi brevi e procedure snelle per contrastare efficacemente l'emergenza. Una capacità – quella dell'adattarsi delle regole alla realtà – che, pur venendo in gioco in un momento di significativa difficoltà per il sistema farmaceutico, mostra come sia possibile un tempestivo e uniforme accesso alle terapie farmacologiche, anche innovative, ambito nel quale più di frequente si riscontrano disparità sia tra Regioni, sia rispetto agli standard di altri Stati membri dell'Unione Europea.

È dunque auspicabile che la celere capacità di risposta dimostrata dalle autorità di farmacovigilanza nazionale nell'attuale condizione di emergenza induca le stesse a ricercare soluzioni regolatorie future – compatibilmente con la legislazione vigente – che garantiscano un rapido e uniforme accesso dei pazienti a farmaci innovativi, assicurandone allo stesso tempo il controllo degli essenziali profili di sicurezza.

<sup>18</sup> R. BIN, *Farmaci e diritti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2015, 1.

## L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative\*

**Caterina Di Costanzo**

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze.*

Mail: [caterina.dicostanzo@unifi.it](mailto:caterina.dicostanzo@unifi.it).

**Vladimiro Zagrebelsky**

*Direttore del Laboratorio dei Diritti Fondamentali di Torino.*

Mail: [v.zagrebelsky@gmail.com](mailto:v.zagrebelsky@gmail.com).

### 1. L'allocazione delle risorse sanitarie e i suoi molteplici risvolti

La recente pubblicazione, in data 6 marzo scorso, delle *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*, elaborate dal gruppo di lavoro della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (Siaarti), in un contesto di emergenza sanitaria quale quello che si è verificato a seguito del diffondersi del CoViD-19, può rappresentare una preziosa occasione per tematizzare una problematica che è rimasta a lungo sottotraccia nell'ordinamento italiano, ossia il complesso e talora drammatico bilanciamento fra la tutela del diritto alla salute e le limitate risorse sanitarie.

Il tema dell'allocazione delle risorse sanitarie intercetta una pluralità di temi di ordine differente. Da un lato, la questione della specifica

configurazione del diritto alla salute, quale diritto fondamentale, seppure condizionato dalla disponibilità delle risorse, oppure obiettivo di *policy* il cui contenuto è demandato alla discrezionalità del legislatore. Dall'altro, gli elevatissimi costi che derivano dalla garanzia del diritto individuale di accesso alle prestazioni sanitarie il cui finanziamento influisce significativamente sul bilancio statale sia nei sistemi assicurativi che in quelli universalistici. In secondo luogo, il tema interseca anche la questione della legittimità delle decisioni allocative, rappresentando un indicatore importante della qualità della democrazia dei sistemi nei quali tali decisioni sono assunte, sia rispetto al metodo della decisione allocativa, che rispetto al contenuto valoriale che la decisione allocativa riflette.

Dalla letteratura emerge che i modelli etici di riferimento sono molteplici (individualismo liberista, utilitarismo, personalismo)<sup>1</sup> e che i criteri impiegabili nell'ambito delle scelte allocative in materia di salute attengono ad ambiti differenti e multidisciplinari. Si possono elencare, a fianco di criteri giuridici (natura della configurazione costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale o obiettivo politicamente rilevante), criteri clinici (appropriatezza modulata come appropriatezza clinica e organizzativa), principi etici (autonomia individuale, massimizzazione del benessere individuale, giustizia/equità, personalismo), e, infine, criteri economici (minimizzazione dei costi, analisi costi-benefici, analisi costi-efficacia, analisi costi-utilità).

Tutti i sistemi occidentali sono stati chiamati, in tempi diversi, ad adottare specifici meccanismi decisionali, a livello macro e a livello micro (c.d.

\* Il contributo si inserisce all'interno delle riflessioni sviluppate nell'ambito della ricerca del Laboratorio dei Diritti Fondamentali di Torino su *Diritto fondamentale alla salute e scarsità delle risorse disponibili*.

<sup>1</sup> Cfr. L. PALAZZANI, *Teorie della giustizia e bioetica: la questione della allocazione delle risorse sanitarie*, in

G. DALLA TORRE, C. MIRABELLI (a cura di), *Verità e metodo in giurisprudenza*, Roma, 2014, 497-514, 499 ss.; L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, Torino, 2016, 103 ss.



*bedside*), per distribuire le risorse nella maniera più efficiente ed equa possibile. Ciò è avvenuto a causa della tensione crescente fra domanda e offerta di cura, dovuta a motivi di tipo epidemiologico, quale l'aumento delle malattie croniche, di tipo demografico, quale l'invecchiamento della popolazione, di tipo tecnologico, quale lo sviluppo di tecnologie sempre più costose e di tipo antropologico-culturale, quale l'innalzamento delle aspettative di cura riposte dalla popolazione nei servizi sanitari.

In Europa un dibattito pubblico sul rapporto fra domanda e offerta di cura si è sviluppato, a partire dagli anni Ottanta-Novanta del secolo scorso, soprattutto nei paesi scandinavi e in Gran Bretagna<sup>2</sup>.

Nel sistema italiano, come in altri paesi dell'Europa mediterranea, sono state utilizzate modalità perlopiù implicite per stabilire le priorità nell'uso delle risorse sanitarie. Esse, da un lato, non vanno a incrementare la polarizzazione tipica di sistemi politicamente frammentati, dall'altro possono cagionare discriminazioni nell'accesso alle cure (si pensi al filtro costituito dai vari ticket che possono avere influito anche su una certa quota di rinuncia alle cure non necessariamente inappropriate).

L'attuale situazione di emergenza riguardante soprattutto le terapie intensive degli ospedali propone in maniera dirompente alcuni interrogativi: nel corrente contesto emergenziale e di scarsità delle risorse sanitarie – quali, ad esempio, i letti ospedalieri e i dispositivi per il supporto ventilatorio – chi può accedere e chi viene escluso dalle cure intensive? Sulla base di quali criteri? Con quale procedura sono scelti e quale la legittimazione dei decisori? La risposta a tali

<sup>2</sup> Si vedano J. CALLTORP, *Priority-setting in health policy in Sweden and a comparison with Norway*, in *Health policy*, 50, 1999, 1-22; C. NEWDICK, *Who Should We Treat?*, Oxford, 1995; K. SYRETT, *Law, legitimacy and*

*the rationing of healthcare. A contextual and comparative perspective*, New York-Cambridge, 2007.

quesiti deve considerare due livelli distinti anche se connessi. Da un lato, vi sono le scelte di carattere generale che riguardano il bilancio annuale dello Stato e l'assegnazione delle risorse in sede regionale e statale. Dall'altro, il problema concreto, individuale e urgente dell'impiego delle risorse al momento e nel luogo disponibili. Non necessariamente gli argomenti che attengono al primo livello sono sufficienti rispetto al secondo.

## 2. Il contesto italiano

Nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano il diritto alla salute viene qualificato come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività e trova la sua fonte primaria nelle norme della Costituzione previste negli artt. 2, 3, 13, 32. L'art. 1 della legge n. 833 del 1978, in attuazione dei principi costituzionali, stabilisce che «[...] Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio [...]».

La Corte costituzionale in varie pronunce richiama la necessità che la tutela effettiva del diritto sia sottoposta a un ragionevole bilanciamento con le risorse organizzative e finanziarie e che la spesa sanitaria<sup>3</sup>, esposta a incrementi esponenziali dalla fine degli anni Ottanta in poi, debba commisurarsi con le effettive disponibilità

*the rationing of healthcare. A contextual and comparative perspective*, New York-Cambridge, 2007.

<sup>3</sup> Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 267 del 1998.

finanziarie che condizionano le quantità e il livello delle prestazioni<sup>4</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha confermato che il condizionamento finanziario che caratterizza la tutela del diritto alla salute non opera quando viene in rilievo il diritto individuale alla salute, quanto piuttosto rispetto alla distribuzione delle risorse finanziarie tra i vari soggetti del Servizio sanitario nazionale<sup>5</sup>, e ha specificato che le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel contesto del bilanciamento effettuato dal legislatore, un peso talmente preponderante tale da comprimere il «nucleo irriducibile del diritto alla salute» garantito dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana<sup>6</sup>.

In relazione al contenuto del diritto alle cure, la garanzia dei livelli essenziali prevista in Costituzione all'art. 117, comma 2, lett. m, determina un limite anche all'autonomia medica che deve operare le scelte nel rispetto delle norme e dei principi costituzionali<sup>7</sup>.

La nozione di appropriatezza, che si articola nelle figure della appropriatezza clinica, organizzativa e temporale, rappresenta per i medici un rilevante indice di giudizio, idoneo a costituire una sintesi dei criteri di efficacia clinica e efficienza organizzativa per stabilire quali sono le prestazioni concretamente erogabili, fra quelle previste nei livelli essenziali.

Altri due fattori importanti, che presentano aspetti di convergenza sul tema, sono la dimensione della responsabilità medica e la dimensione della deontologia medica in materia.

Nel nostro ordinamento le indicazioni contenute in raccomandazioni, anche sulla base delle norme contenute nella legge n. 24 del 2017 sulla responsabilità professionale, potrebbero costituire uno strumento di indirizzo e supporto alla pratica professionale e, nel caso specifico delle Raccomandazioni di etica clinica, potrebbero rappresentare una attuazione peculiare di alcune previsioni deontologiche. Sul punto, l'art. 6, comma 2, del Codice di deontologia medica stabilisce l'obbligo di contemperare l'uso ottimale delle risorse con la garanzia dell'efficacia, della sicurezza e dell'umanizzazione dei servizi sanitari, evitando ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure.

Uno fra i compiti che le Raccomandazioni potrebbero svolgere per definire l'appropriatezza e la qualità delle prestazioni in medicina potrebbe essere quello di fornire al singolo medico un indirizzo rispetto a alcune scelte da fare anche secondo una logica di impiego razionale ottimale delle risorse.

Nei vari processi decisionali a livello micro, pertanto, è il medico che è chiamato a valutare quale sia la migliore scelta terapeutico-assistenziale, alla luce delle specifiche condizioni di salute del paziente<sup>8</sup>.

La giurisprudenza ha evidenziato come il medico sulla base della sua autonomia professionale abbia, però, il dovere di anteporre la salute del malato a qualsiasi altra esigenza, anche disapplicando regole che rispondono prevalentemente a logiche econometriche<sup>9</sup>. Tali principi tuttavia si riferiscono al trattamento del singolo paziente, lasciando aperta la risposta al problema della

<sup>4</sup> Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 356 del 1992.

<sup>5</sup> Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2005.

<sup>6</sup> Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 309 del 1999.

<sup>7</sup> Si veda L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

<sup>8</sup> Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003.

<sup>9</sup> Cfr. Cassazione Penale, sez. IV, 23 ottobre 2010 - 2 marzo 2011, n. 8254.

concorrenza di più pazienti rispetto ad insufficienti concrete disponibilità di mezzi.

### 3. Le Raccomandazioni di etica clinica della Siaarti e qualche riflessione di metodo e sostanza

Il documento della Siaarti sintetizza in 15 punti indicazioni dirette a fornire un supporto agli anestesisti-rianimatori attualmente impegnati a gestire in prima linea una situazione di emergenza sanitaria senza precedenti.

Lo scopo delle Raccomandazioni è duplice: ossia «sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi» e «rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità».

La situazione di eccezionalità, determinata dall'emergenza in atto, è potenzialmente capace di determinare lo squilibrio fra esigenze cliniche e risorse sanitarie e comporta, nel ragionamento della Siaarti, che non debba essere seguito necessariamente il criterio del «*first come, first served*».

L'individuazione dei criteri di accesso e dimissione alle terapie intensive potrebbe discendere non solo dall'impiego dell'appropriatezza clinica e della proporzionalità delle cure, ma anche dall'applicazione del criterio della giustizia distributiva e dell'appropriata allocazione delle risorse sanitarie.

Da questi principi il documento fa derivare l'individuazione di "criteri della massima utilità": ossia privilegiare l'accesso alle cure di coloro che hanno maggiori probabilità di successo terapeutico o maggiore speranza di vita.

La prima domanda rispetto all'individuazione di questi criteri allocativi è se, considerato che vengono esplicitati all'interno di una situazione emergenziale, siano operanti soltanto nel

contesto dell'emergenza oppure anche in una prospettiva più generale.

La risposta a questa domanda potrebbe esser decisiva ai fini di una valutazione complessiva del documento. Le Raccomandazioni rinviano ad altri due documenti della Siaarti (il primo del 2013 sulle grandi insufficienze d'organo end-stage; il secondo del 2003 relativo ai criteri di ammissione in terapia intensiva) cosicché potrebbe ritenersi che esse assumano carattere generale.

I criteri operativi enunciati, che derivano dalla ricerca della massima utilità, sono due. Il primo fa riferimento all'età della persona, al momento di ingresso alla terapia intensiva, che può rappresentare un criterio oggettivo al fine di valutare la probabilità di sopravvivenza e la quantità di anni di vita salvata in una prospettiva di massimizzazione dei benefici per il maggior numero delle persone.

Un secondo criterio operativo richiama la presenza di comorbidità e allo stato di salute complessivo in aggiunta all'età anagrafica. Un ricovero in terapia intensiva può diventare, infatti, più lungo, quindi più oneroso per il servizio sanitario, e meno efficace nel caso di pazienti anziani, fragili o con pluripatologie.

Si prevede che "i criteri della massima utilità" debbano essere integrati da altri aspetti che concernono l'appropriatezza delle cure intensive quali la gravità della malattia, la presenza di altre malattie, la compromissione di organi e apparati e la possibile loro guarigione.

Viene specificato che una esclusione dall'accesso alle terapie intensive può avvenire solo là dove siano state tentate tutte le possibilità esistenti a livello organizzativo e di gestione delle risorse del sistema sanitario regionale e nazionale.

Rispetto al metodo e alla sostanza di queste Raccomandazioni è possibile fare qualche considerazione, allo stato, interlocutoria.



Sul metodo occorre dire che un tema così rilevante avrebbe meritato e comunque meriterà una riflessione e una discussione più inclusiva, coinvolgente, oltre a specialisti di altre branche della medicina, anche bioeticisti, giuristi e ampie fasce della cittadinanza.

Ad esempio, il documento del 2013 sulle grandi insufficienze d'organo end-stage, richiamato dalle stesse Raccomandazioni, è stato approvato da un gruppo di lavoro cui hanno preso parte, oltre ad iscritti alla Siaarti, anche palliativisti, cardiologi, pneumologi, neurologi, nefrologi, gastroenterologi, medici d'urgenza, medici di medicina generale, infermieri, giuristi e bioeticisti. Quando vi sia il dubbio su chi possa accedere a preferenza di un'altra persona a un determinato trattamento, considerato clinicamente appropriato, la riflessione multidisciplinare appare centrale. In tale evenienza, il conflitto allocativo potrebbe trovare una possibile composizione attraverso una valutazione svolta caso per caso, che avrebbe la sua sede naturale all'interno di un comitato etico, in modo che non sia rimessa al solo giudizio del medico – su questo, il documento del francese *Comité consultatif national d'éthique* del 13 marzo scorso suggerisce, proprio in riferimento all'emergenza sanitaria del coronavirus, di istituire negli ospedali, ove non previsti, comitati di etica clinica a supporto dei medici<sup>10</sup>.

Un secondo problema riguarda sicuramente l'individuazione della natura e dell'efficacia giuridica di queste Raccomandazioni di etica clinica, non solo in riferimento alla dimensione della responsabilità professionale. Quello che qui si può evidenziare, al di là della questione della riconducibilità o meno di tali Raccomandazioni alle fonti, previste dalla legge n. 24 del 2017, il cui rispetto può integrare una causa di esclusione

della punibilità del professionista in determinati casi, è che questo documento contiene, problematicamente rispetto al principio della gerarchia delle fonti, un nucleo regolatorio che è potenzialmente idoneo a incidere sul diritto di accesso alle cure intensive dei pazienti più fragili.

Sul contenuto sostanziale del documento, occorre dire che l'elaborazione dei criteri operativi viene fatta derivare dai principi di appropriatezza clinica, di giustizia distributiva e appropriatezza della distribuzione delle risorse. Questa operazione logica è con tutta evidenza insufficiente poiché i principi di appropriatezza clinica, appropriatezza allocativa e giustizia distributiva sono multidimensionali e non univoci, in assenza di scelte di altra natura da fare a monte. Infatti, tali principi multidimensionali, se vengono posti in connessione con selezionati fattori giuridici e principi bioetici, possono condurre alla adozione di criteri allocativi diversi per i vari livelli decisionali, siano essi macro (di programmazione) o micro (di erogazione).

Come accennato, le possibili configurazioni costituzionali della tutela della salute giocano un ruolo peculiare nell'ambito della problematica della allocazione delle risorse.

In ambito bioetico, a sua volta, sussiste un pluralismo di approcci al tema dell'allocazione delle risorse che vede in ciascun modello di riferimento la declinazione di distinti criteri allocativi.

I criteri di massima utilità previsti nelle Raccomandazioni Siaarti vengono comunemente ricondotti all'approccio utilitarista e sono generalmente operanti in quei sistemi giuridici dove non sia possibile enunciare costituzionalmente un diritto fondamentale alla salute. Nel contesto della Costituzione non scritta inglese, ad esempio, non è possibile parlare di diritto fondamentale alla salute ma più precisamente di doveri che le

<sup>10</sup> Il documento del *Comité consultatif national d'éthique* del 13 marzo 2020 è disponibile alla pagina web

<https://bit.ly/3bSqVH6> (ultima consultazione 25/04/2020).

amministrazioni sanitarie hanno sulla base delle risorse finanziarie stanziare. In questo sistema vengono impiegati i criteri della massima utilità, derivanti dalla combinazione dell'adozione di un modello etico utilitarista con la previsione di tutele che distinguono il loro grado di effettività sulla base del contenuto degli obblighi posti a carico delle amministrazioni sanitarie competenti. L'allocazione delle risorse viene effettuata attraverso l'impiego, nelle linee guida del *National Institute for Health and Care Excellence* (Nice), di indici econometrici, come il *Quality adjusted life years* (Qaly), al fine di determinare quali siano i trattamenti erogabili e quali non siano erogabili dal servizio sanitario nazionale.

In un tentativo di conclusione, si può per ora suggerire che, nel momento della programmazione generale dell'allocazione delle risorse alla tutela della salute, i criteri di massima utilità con difficoltà si conciliano con il modello personalista sul quale si fonda la Costituzione italiana, che assume la salute come un diritto fondamentale della persona e ambito inviolabile della dignità umana. Resta aperto a considerazioni ulteriori il problema che si pone per l'uso delle risorse disponibili nello stato di necessità delle situazioni di emergenza, cui si riferiscono le Raccomandazioni della Siaarti.

(15 marzo 2020)

## Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del CoViD-19

### Ludovica De Panfilis

Bioeticista e ricercatrice, Unità di Bioetica, Azienda USL-IRCCS di Reggio Emilia.

Mail: [ludovica.depanfilis@ausl.re.it](mailto:ludovica.depanfilis@ausl.re.it).

### Silvia Tanzi

Medico Palliativista, Unità di Cure Palliative, Azienda USL-IRCCS di Reggio Emilia.

Mail: [silvia.tanzi@ausl.re.it](mailto:silvia.tanzi@ausl.re.it).

### Massimo Costantini

Direttore Scientifico, Azienda USL-IRCCS di Reggio Emilia.

Mail: [massimo.costantini@ausl.re.it](mailto:massimo.costantini@ausl.re.it).

### 1. Premessa

Da circa tre settimane il nostro Paese, e gradualmente poi anche il resto del mondo, si trova a vivere una situazione emergenziale che ha radicalmente stravolto le organizzazioni sanitarie, l'approccio alla cura, le scelte cliniche ed etiche, la percezione del morire – e con essa il suo processo – e, non ultime, le abitudini e le libertà di movimento dei cittadini. In situazioni estremamente complesse come quella attualmente in corso, l'etica può dare il suo contributo 1) offrendo riflessioni critiche e ponendo domande pratiche le cui risposte e implicazioni i clinici potrebbero non aver considerato; 2) supportando i sistemi organizzativi e i professionisti sanitari nel difficile processo decisionale; 3) evidenziando la

complessità degli elementi in gioco e l'importanza di tenere in considerazione una molteplicità di principi etici e doveri di cura, pur contestualizzandoli nella eccezionalità della situazione.

Il *framework* etico di riferimento durante un'emergenza sanitaria come quella in corso deve necessariamente bilanciare il dovere di cura *patient-centered* – che è il focus dell'etica clinica in condizioni normali – e il dovere pubblico di promuovere l'uguaglianza tra le persone e l'equità nella distribuzione di rischi e benefici nella società – che è, nello specifico, il focus dell'etica pubblica<sup>1</sup>.

Nella fase di massima espansione dell'emergenza, il 6 marzo del 2020, la Società italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI) ha pubblicato 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*<sup>2</sup>.

Il documento definisce criteri di scelta per l'ammissione alle terapie intensive, nel caso in cui le risorse non fossero disponibili per tutti. Uno dei principali problemi che l'emergenza sanitaria ha creato in Italia è quello della gestione del numero eccezionalmente alto di malati nello stesso momento, soprattutto nella Regione Lombardia, attualmente una di quelle più colpite, seguita dall'Emilia Romagna e dal Veneto. Oltretutto, secondo i dati finora disponibili, circa il 10% delle persone infette richiede un ricovero in Terapia intensiva e questo comporta la necessità di compiere una serie di scelte organizzative e di cura. L'obiettivo delle Raccomandazioni è, quindi, duplice: da un lato «sollevare i clinici da una parte

<sup>1</sup> N. BERLINGER et al. *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics*

*Services Responding to COVID-19*, in *The Hastings Center*, March 16, 2020.

<sup>2</sup> <https://bit.ly/2Xkgwyc> (Ultima consultazione: 13/03/2020).

della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi» e dall'altro «rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità». Lo scenario che il documento ipotizza, facendovi esplicito riferimento, è quello della medicina delle catastrofi, “un tempo di guerra” come è stato da più parti definito.

Pur avendo ricevuto alcune critiche, da molti è stato definito un documento coraggioso, che merita stima perché «in un contesto in cui le istituzioni evitano di affrontare il tema [...] ha operato la scelta di elaborare e di rendere espliciti e pubblici i criteri di ammissione ai (e sospensione dei) trattamenti intensivi in condizione di straordinaria scarsità delle risorse sanitarie» prendendosi, in questo modo, una responsabilità pubblica di fronte ai cittadini<sup>3</sup>

Le Raccomandazioni hanno avuto una forte eco mediatica e una risonanza tra gli operatori sanitari, che lo hanno accolto non senza porsi domande e dilemmi.

Pur riconoscendo l'urgenza di fornire ai medici raccomandazioni alle quali orientarsi, riteniamo che alcuni criteri individuati da SIAARTI possano essere oggetto di dibattito. Il documento viene, quindi, preso come spunto a partire dal quale proporre alcune riflessioni di metodo sulle problematiche etiche specifiche che questa situazione evidenzia, ad esempio: il peso che ha la scarsità di risorse in una situazione emergenziale rispetto al dovere di curare costituzionalmente garantito; la necessità di far dialogare l'etica individuale della relazione di cura con le necessità dettate dall'etica pubblica; la gestione dei

processi decisionali relativi all'appropriatezza delle cure e alla proporzionalità etica dei trattamenti; la tutela della dignità dei pazienti che affrontano un fine vita difficile e, spesso, in solitudine.

## 2. Il bilanciamento dei principi clinici ed etici nel processo decisionale

Il patto tra gli operatori sanitari e i cittadini, tra i curanti e i curati si basa sulla relazione di fiducia improntata al rispetto della dignità umana e alla tutela della vulnerabilità del paziente. L'imprescindibile riferimento alla dignità umana è tale per cui, nelle questioni della salute, tutte le persone hanno una identica “pretesa morale” (*moral claim*) di parità di trattamento. La dignità, infatti, non è un concetto categoriale e quindi relativo, ad esempio, all'età o alla condizione sociale. In una società pluralistica non è possibile, né auspicabile, individuare una serie di criteri oggettivi che affermino che un individuo è intrinsecamente più degno di essere salvato di un altro<sup>4</sup>. Scelte come quelle relative ai trattamenti da iniziare o sospendere, oppure al percorso di cura in cui inserire un paziente avvengono quotidianamente e l'allocazione delle risorse rappresenta in qualsiasi momento uno dei criteri da tenere in considerazione, insieme alla tutela dell'autonomia del paziente e al principio di beneficenza, opportunamente bilanciati.

In condizioni non emergenziali, l'idea di base è che è «ingiusto quel sistema distributivo che non garantisce a tutti coloro che ne hanno diritto quelle cure minime che sono necessarie non solo per la sopravvivenza, ma per sviluppare il proprio

<sup>3</sup> D. RODRIGUEZ, *Dagli anestesisti-rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto*, [https://www.quotidianosanita.it/scienza-e-farmaci/articolo.php?articolo\\_id=82288](https://www.quotidianosanita.it/scienza-e-farmaci/articolo.php?articolo_id=82288) (Ultima consultazione: 15/03/2020).

<sup>4</sup> D.B. WHITE et al., *Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions*, in *Annals of Internal Medicine*, 150, 2, 2009, 132–138.

personale modo di far fiorire la vita»<sup>5</sup>. Negli ultimi anni il dibattito italiano in merito è stato particolarmente acceso, soprattutto alla luce della Legge n. 219/2017 sul Consenso informato e le Disposizioni anticipate di trattamento<sup>6</sup>, che ha sottolineato non solo l'importanza del divieto di ostinazione irragionevole nelle cure, ma anche la necessità di rispettare le volontà della persona malata rispetto a ciò che considera futile o sproporzionato.

In situazioni eccezionali come la diffusione di una pandemia, il quadro di riferimento può necessariamente mutare, così come il riferimento ai principi classici dell'etica medica può risultare insufficiente. Più nello specifico, la scarsità di risorse può limitare, e in qualche modo correggere, il principio delle cure minime per tutti, così come la tendenza a massimizzare l'autonomia di scelta della persona malata: il peso relativo di ciascuno dei principi bilanciati muta e con esso le scelte che ne conseguono.

Il principio di autonomia individuale e il suo corrispondente diritto all'autodeterminazione, che nel bilanciamento attuato in una straordinaria situazione emergenziale sembrano venir meno rispetto alla tutela della salute pubblica, devono, tuttavia, bilanciarsi con la "protezione responsabile" della vulnerabilità dei singoli<sup>7</sup>.

Il criterio dell'appropriatezza dei trattamenti e della corrispondente proporzionalità etica, dunque, deve in queste situazioni essere opportunamente commisurato soprattutto con la necessità di allocare (scarse) risorse, rispettando contemporaneamente il dovere di garantire la salute – diritto costituzionalmente garantito – e offrendo una valida presa in carico alternativa alle cure

intensive, quando considerate inappropriate: i medici devono salvare il maggior numero di vite possibile continuando a prendersi cura di ciascun paziente.

### 3. La personalizzazione delle cure

La necessaria e dolorosa scelta di chi destinare a cure intensive deve accompagnarsi ad una personalizzazione delle cure che non lasci la persona malata, né i suoi parenti, con la sensazione di essere un paziente meno importante e meno degno di essere soggetto di cure<sup>8</sup>. L'assenza di evidenze scientifiche comporta una complicata scelta rispetto alle cure più appropriate per la singola persona, che si basa su una valutazione il più possibile individualizzata, multidimensionale e multidisciplinare.

La sfida della eccezionale situazione emergenziale è proprio quella di mantenere il sottile equilibrio tra la personalizzazione delle cure e l'allocatione delle risorse, senza trascurare la prima o fingere di poter eludere la seconda.

Le cure palliative, in particolare quelle intraospedaliere, nella gestione di un'epidemia hanno un ruolo inedito e potenzialmente molto efficace, sia per la capacità di risposta ai problemi multidimensionali che i pazienti affetti da CoViD-19 e le loro famiglie si trovano ad affrontare, sia per il supporto agli operatori sanitari rispetto alle dinamiche relazionali e comunicative, alla gestione di alcuni sintomi refrattari e al supporto etico e decisionale. La caratteristica delle cure palliative moderne, infatti, è proprio la personalizzazione dell'approccio di cura, che garantisce una valutazione individuale e multiprofessionale, basata sui bisogni della singola persona.

<sup>5</sup> E. LECALDANO, *L'etica teorica e la qualità della vita*, IN *Rivista di filosofia*, XCII, 2001.

<sup>6</sup> <https://bit.ly/2zpulya> (Ultima consultazione: 13/03/2020).

<sup>7</sup> C. MACKENZIE et al., *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York, 2013.

<sup>8</sup> I Y LEONG et al., *The challenge of providing holistic care in a viral epidemic: opportunities for palliative care*, in *Palliative Medicine* 18, 1, 2004, 12-18.

Prendersi cura della comunicazione – non solo “verbale” – diventa un’esigenza etica più stringente che in condizioni “normali”: è, infatti, importante sottolineare le motivazioni delle scelte di cura che i sanitari compiono, evidenziando anche la condizione di incertezza che può caratterizzare un virus sconosciuto rispetto al quale non esistono evidenze scientifiche né la garanzia della miglior qualità di vita possibile. Nei processi comunicativi il tentativo deve essere quello di superare la contrapposizione – potenzialmente sterile in questa situazione – tra il dire la verità ad ogni costo e l’atteggiamento “paternalista-palliativo”: in questa occasione, infatti, una chiave di lettura oppositiva può essere insufficiente a leggere la complessità del reale.

La relazione di cura deve fondarsi, infine, su un processo del morire che assume forme inedite, sulla condizione di potenziale vulnerabilità alla quale anche gli operatori sono esposti, sulla situazione di fragilità ed isolamento in cui i pazienti si trovano<sup>9</sup>.

#### 4. Il contributo dell’etica e le azioni concrete

L’etica svolge correttamente il suo mandato se riesce a fare delle proposte concrete che possano incidere sulla società.

Il rischio di semplificare una realtà estremamente complessa è proprio ciò che l’etica medica cerca di eludere, offrendo, al contempo, risposte e possibili soluzioni da inquadrare in una cornice etica rispettosa dei principi costituzionali – nel caso italiano orientati al personalismo –, della responsabilità morale e politica di scelte condivise, del dialogo sempre aperto tra medicina ed etica.

La situazione di estrema crisi sanitaria non presuppone necessariamente una negazione *tout*

*court* della valutazione morale delle scelte ma, al contrario, una loro maggiore problematizzazione.

Concludiamo queste riflessioni con la proposta di una serie di azioni concrete, sperando che possano contribuire ad un dibattito appena iniziato e che meriterà ulteriori approfondimenti.

Innanzitutto, riteniamo opportuno che, nelle situazioni di emergenza e di fronte ad un problema di grave carenza di risorse con conseguenti e necessarie scelte di allocazione, venga condotta una valutazione su ciascun paziente multidisciplinare, multidimensionale ed individualizzata. È necessario evitare riduzioni semplicistiche orientate a criteri oggettivamente ritenuti validi, così come contestualizzare le raccomandazioni e le linee guida che si propongono, invitando ad un confronto costruttivo chi nell’applicarle è direttamente coinvolto.

In secondo luogo, crediamo sia un dovere morale prioritario offrire a tutti, nei diversi setting di cura, indipendentemente dalle scelte, un efficace approccio palliativo che non si “riduca” nella proposta della sedazione continua profonda, ma che sia, al contrario, volto a garantire il miglior controllo possibile della sofferenza fisica, psicologica e spirituale dei pazienti durante l’intero decorso della malattia, così come la cura dei bisogni dei familiari.

Crediamo, inoltre, che sia necessario mettere in atto le strategie per costruire un supporto decisionale concreto, orientato a non lasciare i medici soli a compiere scelte difficili e a condurre comunicazioni dolorose. I comitati per l’etica clinica rappresentano, in questa situazione, una risorsa importantissima da utilizzare a sostegno dei professionisti sanitari e delle organizzazioni, a garanzia del dialogo tra scienza ed etica e della

<sup>9</sup> I Y LEONG et al., *The challenge of providing holistic care in a viral epidemic: opportunities for palliative care*, cit.

responsabilità non solo scientifica, ma anche morale, delle scelte.

È, infine, di fondamentale importanza che sia mantenuto aperto il dialogo con i cittadini da parte non soltanto delle istituzioni, ma anche della comunità scientifica ciascuno nei propri

ambiti di competenza, e a tal fine è necessario che sia utilizzata una comunicazione veritiera, chiara e adeguata mirante a responsabilizzare ed informare la popolazione.

(20 marzo 2020)

*Forum*





## Tragic choices in the time of pandemics

**Paolo Sommaggio**

Associate Professor, Faculty of Law, University of Trento.

Mail: [paolo.sommaggio@unitn.it](mailto:paolo.sommaggio@unitn.it).

**Samuela Marchiori**

JD Candidate, University of Trento.

Mail: [samuela.marchiori@studenti.unitn.it](mailto:samuela.marchiori@studenti.unitn.it).

As the World Health Organisation declared CoViD-19 a pandemic<sup>1</sup> on March 11, 2020, WHO's Director-General, Dr. Ghebreyesus, stressed the importance of a ready reaction from the states, directed at the containment of the spread of the virus, while also finding a «fine balance between protecting health, minimising economic and social disruption, and respecting human rights».

At the time of writing, with the total number of positive cases well within the 5-digit territory<sup>2</sup>,

the CoViD-19 emergency has been putting the Italian health system to a severe test<sup>3</sup>. Data<sup>4</sup> recovered from the first two weeks of the CoViD-19 outbreak show that about 1 in 10 of infected patients require intensive treatment in the form of ventilatory support, due to interstitial pneumonia characterised by severe hypoxemia, which is potentially reversible, but can result in a long, acute phase, and has led to abnormal exploitation of intensive care units, whose maximum capacity has been severely challenged.

It is in this context<sup>5</sup> that the *Italian Society of Anesthesia, Analgesia, Resuscitation, and Intensive Care (SIAARTI)*, noticing a massive imbalance between the availability of intensive resources and the actual clinical needs of the population, introduced the *Recommendations of clinical ethics for admission to intensive care treatments and their suspension, in exceptional conditions of imbalance between needs and available resources*<sup>6</sup> (March 6), which have since been heavily criticised on multiple fronts<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> <https://bit.ly/3eanZH7> (last visited 15/04/2020).

<sup>2</sup> Since the online-first publication of this piece, the total number of cases has risen significantly. For an accurate insight into the current number of cases, we refer the Reader to <https://bit.ly/2XmvKTO> (Last visited 22/04/2020).

<sup>3</sup> L. SANTACROCE, I.A. CHARITOS, R. DEL PRETE, *COVID-19 in Italy: an overview from the first case to date*, in *Electronic Journal of General Medicine*, 2020.

<sup>4</sup> A. REMUZZI, G. REMUZZI, *COVID-19 and Italy: what next?*, in *The Lancet*, 2020; G. G. GRASELLI, A. ZANGRILLO, A. ZANNELLA, M. ANTONELLI, L. CABRINI, A. CASTELLI, D. CEREDA, A. COLUCCELLO, G. FOTI, R. FUMAGALLI, G. IOTTI, *Baseline Characteristics and Outcomes of 1591 Patients Infected With SARS-CoV-2 Admitted to ICUs of the Lombardy Region, Italy*, in *JAMA*, 2020; H.D. MEARES, M.P. JONES, *When a system breaks: a queuing theory model for the number of intensive care beds needed during the COVID-19 pandemic*, in *The Medical Journal of Australia*, 2020.

<sup>5</sup> For a general discourse regarding the allocation of healthcare resources in difficult situations, see C.

NEWDICK, *Who Should We Treat?*, Oxford, 1995 and M. PICCINI et al., *Ethical, deontologic and legal considerations about SIAARTI Document "Clinical ethics recommendations for the allocation of intensive care treatments, in exceptional, resource-limited circumstances"*, in *Recenti progressi in medicina*, 2020, 212-222.

<sup>6</sup> <https://bit.ly/3gksq4n> (last visited 15/04/2020).

<sup>7</sup> While SIAARTI's recommendations have not been received well across the whole spectrum, examples of similar initiatives concerning ethical guidelines are not confined to the Italian scene. In this sense, among the already flourishing literature on the matter, we refer the Reader to the conversation regarding the joint statement of the Belgian Society of Emergency and Disaster Medicine and the Belgian Resuscitation Council in reference to the Belgian Society for Intensive Care Medicine's ethical guidelines, P. VAN DE VOORDE, K. MONSIEURS, W. REINER, A. GHUYSEN, S. LEMOYNE, P. JAN et al., *Ethical principles and guidance with regard to ethical decisions in pre-hospital and emergency medicine in Belgium during the COVID-19*

Tracing SIAARTI's words, the extraordinary nature of the proposed measures – which deems them justifiable only after efforts to increase the availability of resources and the possibility of transfers have been assessed – must be communicated with the patients and their families, not only for a matter of transparency and to maintain trust in the public health service, but also to ensure that caregivers' juridical responsibility be subjected to careful verification of both expertise and due diligence, from a defensive medicine perspective, by clarifying the allocation criteria of healthcare resources, as well as to relieve caregivers from the responsibility for emotionally burdensome choices made for each case.

At the core of such recommendations, regarding all ICU patients, both CoViD-19 infected and not, there are the principles of clinical appropriateness, proportionality of care, and distributive justice<sup>8</sup>.

SIAARTI deems multiple factors worthy of consideration, starting from the age of the patient and the foreseeable increase in mortality due to pre-existing clinical conditions<sup>9</sup>, as such, unrelated to the ongoing pandemic, as well" as the presence of comorbidities and the estimated

length of the progression. While these circumstances are not dismissed based on a perceived lack of intrinsic value or merit, SIAARTI's recommendations seem to embrace a consequentialist approach – according to which extraordinary measures should be taken to reserve resources for patients who are presumed to have the highest chance of survival, as well as more years of life ahead of them<sup>10</sup> –, as opposed to maintaining a *first-come, first-served* criterion, which would amount to choosing not to treat altogether, should the scenario of total saturation of intensive resources occur. It should be noted that the ceiling of care placed before mechanical ventilation must not preclude access to lower care intensities.

A scenario like the one depicted in SIAARTI's recommendations belongs to the field of the so-called disaster medicine, whose ethical component presents enormous similarities with the literature regarding the trolley problem, a thought experiment in ethics<sup>11</sup>.

What these recommendations address is a real-life scenario of a variation of the trolley problem

---

*pandemic. A joint statement of the Belgian Society of Emergency and Disaster Medicine and the Belgian Resuscitation Council, 2020, [http://www.siz.be/wp-content/uploads/COVID\\_19\\_ethical\\_E\\_rev3.pdf](http://www.siz.be/wp-content/uploads/COVID_19_ethical_E_rev3.pdf) (last visited 22/04/2020).*

<sup>8</sup> In this sense, see A. ALPEROVITCH, *et al.*, *Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale*, in *Les Cahiers du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, 2009, as well as N. DANIELS, *Health Care Needs and Distributive Justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1981.

<sup>9</sup> In this sense, see also S.R. BAGENSTOS, *May Hospitals Withhold Ventilators from COVID-19 Patients with Pre-Existing Disabilities? Notes on the Law and Ethics of Disability-Based Medical Rationing*, in *130 Yale Law Journal Forum*, 2020, Forthcoming.

<sup>10</sup> In this sense, the Spanish Society of Intensive, Critical Medicine and Coronary Units (SEMICYUC) seems to share SIAARTI's approach, stating that «It is essential to establish a triage at entry, privileging the "longest life expectancy", as well as clear entry and discharge criteria for and from the ICU, based on a principle of proportionality and distributive justice, to maximize the benefit of the greatest possible number of people», <https://bit.ly/2ywt0Le> (last visited 22/04/2020).

<sup>11</sup> P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Break the Chains: A New Way to Consider Machine's Moral Problems*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 241-257; P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Moral Dilemmas in the A.I. Era: A New Approach*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 2020, 89-102.

as initially formulated by Philippa Foot<sup>12</sup>1967. Foot's original trolley problem scenario involves a runaway trolley headed towards five workers, who are working on the tracks. The trolley cannot be stopped, but it can be diverted to another track, where only one person is working. Depending on whether one chooses to pull the lever – thereby adhering to a consequentialist approach and ensuring the greatest good for the greatest number –, or not divert the trolley and let events unfold naturally – in a deontological fashion –, the accident would result in either one or five deaths<sup>13</sup>.

At the root of both Foot's thought experiment and the imbalance between patients' needs and resources, lies the need to make an intrinsically tragic decision, as none of the alternatives is undoubtedly right or wrong. In this sense, the deontological approach of deciding not to decide, is almost a decision, no less full of consequences than a consequentialist one. Choosing not to compile a list of patients most deserving of treatment – ascertained that the lack of intensive care support does not preclude treatment in the lower degrees of care – would mean adhering to a strict *first-come, first-served* approach, which would by itself be strictly regulatory<sup>14</sup>.

In addition to the criteria for access to intensive care, SIAARTI proposes that all ICU patients be labelled "ICU trial", and be subjected to daily reassessment, based on criteria of appropriateness as well as proportionality of

care. Similarly, caregivers should discuss and define in advance the patients which deserve intensive care treatment, including the instruction "do not intubate" in case of patients with a low chance of survival, in order for medical staff to be able to intervene promptly in case of abrupt clinical deterioration. The decision to limit intensive care should be thoroughly discussed and shared by the medical team as well as, potentially, by the patients and their families. In this sense, SIAARTI's recommendations suggest that the possible existence of advanced treatment provisions<sup>15</sup> (DAT) should also be considered, although it should be noted that such provisions are a source of significant disagreement even after being confirmed by a ruling of the Constitutional Court<sup>16</sup>.

In this regard, one could argue about the advisability of there being a further distinction between *not intubating* and *extubating* patients in need of intensive care, as well as about the precise meaning that the expression "medical-clinical adequacy"» should acquire in this context.

As mentioned, SIAARTI's recommendations were criticised on several fronts.

In particular, such recommendations were followed on March 7 by a note<sup>17</sup> from Dr. Anelli, President of the *Italian National Federation of Physicians Surgeons and Odontologists*

<sup>12</sup> P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, in *Oxford Review*, 1967.

<sup>13</sup> Research shows that the vast majority of people would intervene to save four lives; <http://moralmachine.mit.edu/> (last visited 15/04/2020).

<sup>14</sup> In this sense, SEMICYUC shares SIAARTI's approach, stating that «this exceptional situation, in which we may be forced to apply triage systems in emergency

situations, requires that the allocation of resources must take into account prioritising the maximum benefit of all patients over their order of arrival», <https://bit.ly/3ecWzAm> (last visited 22/04/2020).

<sup>15</sup> Regulated by the Italian law no. 219/2017, *Rules on informed consent and advanced medical directives*.

<sup>16</sup> Judgment no. 242/2019, which declared Article 580 of the Criminal Code unconstitutional.

<sup>17</sup> <https://bit.ly/3eoe94T> (last visited 15/04/2020).

(FNOMCeO), as well as by observations<sup>18</sup> from the *Rosario Livatino Study Centre* (RLSC), together with the *Italian Catholic Medical Association* (AMCI) (March 10).

Let us start with the latter. In their observations, RLSC and AMCI noted that medical doctors are inevitably more prone to error when they have to quickly make dilemmatic choices under extraordinary situations of emergency, and should not be held liable without rigorous verifications of their diligence and expertise. In this sense, they seem to adhere to SIAARTI's purpose to partially lift caregivers' responsibility deriving from such emotionally burdensome choices. At the same time, they do not offer a strong enough argument to suggest that reacting to potential errors should be preferred to preventing such errors from occurring in the first place.

Furthermore, while RLSC and AMCI dismiss the role of SIAARTI's recommendations, as they aim to provide guidelines in a situation of abnormality that should by itself be logically impossible to control, it seems reasonable to assume that different caregivers, especially put under considerable pressure from the severity of the surrounding health crisis as well as the urgency of the decision they have to make, could react differently to the same scenario. We ask ourselves to what extent it is preferable to leave decisions of this magnitude to caregivers – knowing that this will increase their stress levels and, consequently, their propensity to make avoidable errors – than to regulate them, albeit partially and in a fallible way, and guarantee more uniform homogeneous criteria.

Moreover, RLCS and AMCI state that clinical appropriateness in view of reasonable hope of recovery should be the only criterion employed in this respect, and reject any other criteria,

including that of temporal priority, which would open the door to discretion, which would lead to medical arbitrariness. To this, we respond by asking: is a *first-come, first-served* approach not just based on temporal priority as well as the SIAARTI's one? Furthermore, solid access criteria are already in place: should we also discard any criteria which would change the order in which patients are admitted to cure, depending on the severity of their illness and urgency of care? In this sense, how should we interpret Article 3.2 of the Italian Constitution? Should it be possible to take it to mean that guaranteeing access according to ordinary criteria during an extraordinary situation would violate the principle of substantive equality, due to the different life expectancy of the patients, or should this emergency be all the more reason to reiterate such a conception? Similarly, could we not see how one would consider it painful, but overall sensible, to use the limited resources available at one time to try to save the greatest number of lives, rather than trying to save everyone, almost inevitably ending up treating patients less likely to survive, and therefore being able to save fewer lives?

Dr. Anelli's criticism about SIAARTI's recommendations reminds readers of the centrality of the medical code of professional ethics, which states that all patients are equal and treated without discrimination. However fully competent to judge the appropriateness of care, medical doctors are not, nor should they be, required to make such tragic choices. To do so, we should employ all public, private, and military resources at our disposal to avoid the conditions of disaster medicine hypothesised by SIAARTI.

The application of rationing criteria is and should be the *extrema ratio* and should require a

<sup>18</sup> <https://bit.ly/3giB96M> (last visited 15/04/2020).

collegial bioethical discussion within both the medical profession and society at large.

Before concluding our discussion, let us turn our attention to disaster medicine once again, and to the *Italian Disaster Medicine Association* (AIMC) in particular. As we mentioned, such discipline regards the large-scale application of medical care following an event that is going to exhaust all available resources. Given the numerous references to disaster medicine and the firm willingness to prevent the need to resort to such measures, it may be interesting to find out what the worst-case scenario would be. To do so, we carry out the analysis of two intra-hospital emergency plans available on the AIMC website, regarding *S. Camillo Hospital* in Rome and the hospitals of Castelfranco and Montebelluna, respectively<sup>19</sup>. What emerges from these documents is that, should they be used to deal with the CoViD-19 emergency, they could not provide clear enough indications to caregivers in case of a severe lack of capacity and resources. In particular, according to *S. Camillo's* emergency plan, the Medical Doctor Disaster Manager should identify and monitor the structure's accommodating capacity by checking the equipment for the need of critically ill patients - to whom it would be safe to assume ICU patients belong. Were they to detect any critical issues, they would be expected to «solve them», plain and simple.

Conversely, Castelfranco and Montebelluna's emergency plan comprehends a sequence of steps for structuring emergency procedures, namely: establishing standard procedures,

training, application, review and criticism, correction.

To sum up, the CoViD-19 pandemic is severely testing the Italian health system, as more patients need intensive treatment than there are resources to guarantee such care. This has led to the need to make tragic decisions in situations of healthcare resources' saturation, which closely resembles Foot's trolley problem and resulted in SIAARTI's recommendations on the one hand, but also in several criticisms on the other hand. In short, one can either choose to prioritise certain characters and circumstances, like SIAARTI does, thereby adhering to a consequentialist approach, or (apparently) decide not to choose, like FNOMCeO, RLCS, and AMCI, thus conforming to a deontological perspective.

Although Castelfranco and Montebelluna's emergency plan's directions seem more in line with the concept recalled by Dr. Anelli, one wonders whether SIAARTI's recommendations deserve to be so vigorously rejected or it is more important to have generally shared but imperfect guidelines, than none whatsoever<sup>20</sup>. It could be argued that those who criticise SIAARTI's recommendations are not criticising the choice not to provide intensive care to all patients itself, as much as they are disapproving SIAARTI's proposal to regulate in a general and abstract form (albeit through mere recommendations, as such without any claim of coercibility) a situation that would be better-kept anomalous<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> For a legal framework of health emergencies regulations in Italy and Europe, see Decision No. 1082/2013/EU, State-Regions Agreement Act of 1992, DPR March 27, 1992.

<sup>20</sup> In this sense, to quote P.S.CHAN, R.A. BERG, V.M. NADKARNI, *Code Blue During the COVID-19 Pandemic. Circulation: Cardiovascular Quality and Outcomes*, in

*AHA Journals*, 2020, «when confronted with extreme resource scarcity, rationing will occur regardless of whether one approaches the current COVID-19 crisis with a deontological or a utilitarian ethics framework.»

<sup>21</sup> Numerous examples of ethical suggestions for healthcare professionals seem to suggest that such

Concerning this criticism, by all means shareable, one could counter-argue that the soundness of SIAARTI's recommendations does not lie in them being generally implemented, but rather in them providing a compelling defensive argument, should a healthcare choice be contested or become in issue as the subject-matter of a legal proceeding<sup>22</sup>.

In the hope that hospitals will be able to cope with the CoViD-19 emergency through the

purchase and construction of all means necessary to provide adequate treatment to every patient in need, and that the dramatic scenario predicted by SIAARTI will not occur, we believe that SIAARTI's recommendations may serve to reassure caregivers<sup>23</sup>, whatever decisions they may have to take under such tragic circumstances<sup>24</sup>.

(24 April 2020)

---

general and abstract form is somewhat intrinsic to the nature of ethical guidelines, N. BERLINGER *et al.*, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19)*, in *The Hastings Center*, 2020, <https://bit.ly/36ngY3i> (last visited 22/04/2020). Note that general frameworks are not a peculiarity of the Covid-19 pandemic: Institute of Medicine, Committee on Guidance for Establishing Crisis Standards of Care for Use in Disaster Situations, *Crisis Standards of Care: A Systems Framework for Catastrophic Disaster Response*, in *National Academies Press*, 2012; D. HANFLING, B.M. ALTEVOGT, L.O. GOSTIN, *A Framework for Catastrophic Disaster Response*, in *the Journal of the American Medical Association*, 2012.

<sup>22</sup> If that was the case, the line of defence could be the following: «I acted as I did - in accordance with

discretion and appropriateness criteria – to face a peculiar situation of that patient in such a context. I had to make a tragic choice, which my peers share».

<sup>23</sup> To quote F. NICOLI, A. GASPARETTO, *Italy in a Time of Emergency and Scarce Resources: The Need for Embedding Ethical Reflection in Social and Clinical Settings*, in *The Journal of Clinical Ethics*, 2020, «the SIAARTI document has the merit of not leaving physicians to decide alone without any guidance, making choices based only on their common sense and experience. This document tries to fill an ethics gap».

<sup>24</sup> See also S. ARIE, *Covid-19: Can France's ethical support units help doctors make challenging decisions?*, in *British Medical Journal*, 2020.

## La pandemia globale di CoViD-19: riflessioni sul ruolo dell'OMS

Ilja Richard Pavone\*

THE COVID-19 GLOBAL PANDEMIC: SOME THOUGHTS ON THE ROLE OF WHO

ABSTRACT: In times of globalization, infectious diseases possess a transboundary dimension and are a common concern that require State cooperation. The CoViD-19 pandemic – which hit every country in the world – has raised several doubts on the efficiency of global health governance. In particular, the WHO Director-General Tedros Adhanom Ghebreyesus faced criticism for his presumed strategy to appease China. Against this backdrop, I will argue that the pandemic has shed light on the weaknesses of global health law. Why States' preparedness to the coronavirus was so inefficient? Why neither WHO, neither its Member States have reacted to the evident China's violations of international law (in particular the duties to share epidemiological data, duty of early warning and the obligation to avoid transboundary harm)? Why the WHO Emergency Committee had decided at first not to declare a public health emergency? This paper explains the role of WHO Director-General in responding to the CoViD-19 outbreak within the broader context. It will evaluate, in particular, which are the implications of the CoVid-19 Pandemic Declaration for health governance, its legal scope, and its contribution to the exercise of International Public Authority by WHO.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; WHO; declaration of pandemics; IHR

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La cornice giuridica in cui agisce l'OMS in presenza di emergenze sanitarie – 3. Le fasi di gestione di una pandemia globale da parte dell'OMS – 3.1. L'emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale – 3.1.1. La prassi dell'OMS e i problemi di legittimità del Direttore generale – 3.2. Dall'epidemia alla pandemia – 4. La Dichiarazione di Pandemia dell'OMS: conseguenze – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Il mondo è entrato in una nuova era di rischio epidemico. L'ultimo quarto di secolo ha registrato la rapida diffusione di nuove malattie infettive – che la comunità scientifica riteneva di poter sconfiggere dopo il successo della campagna globale di vaccinazioni che aveva eradicato il vaiolo alla fine degli anni '70<sup>1</sup> ed ha quasi sconfitto la Poliomielite. Ciò aveva determinato l'idea nella scienza per cui le principali minacce alla salute pubblica – per lo meno nei Paesi industrializzati – fossero correlate a patologie non infettive (*Non-Communicable Diseases* – NCDs), come tumori o malat-

\* PhD, Ricercatore, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Mail: [iljarichard.pavone@cnr.it](mailto:iljarichard.pavone@cnr.it). Il presente lavoro è aggiornato al 6 maggio 2020.

<sup>1</sup> V. *Declaration of Global Eradication of Smallpox*, WHA 33.3 of 8 May 1980, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/155528>.

tie neurodegenerative (Alzheimer, Parkinson, SLA) correlate al progressivo invecchiamento della popolazione (“*Epidemiological Transition Model*”)<sup>2</sup>.

Come testimoniato dal CoViD-19, la malattia causata dal virus noto come SARS-CoV2<sup>3</sup>, e dalle recenti epidemie di influenza suina A/H1N1, Ebola, Zika, SARS, MERS e di alcuni ceppi di poliovirus selvaggio, lo scenario attuale è, invece caratterizzato dall’affacciarsi di nuove malattie infettive, dal riemergere di vecchie malattie infettive e dalla persistenza di malattie infettive non trattabili<sup>4</sup>.

Tali epidemie e pandemie hanno soprattutto origine nel processo di distruzione degli habitat naturali che ci portano a contatto con virus altrimenti relegati in foreste pluviali: come per l’HIV/AIDS e la SARS, il CoViD-19 è stato trasmesso all’uomo da un animale selvatico (nel caso di specie un pipistrello tramite un ospite intermedio, per alcuni il Pangolino, *Manis javanica*)<sup>5</sup>, acquistato in uno dei tanti mercati cinesi dove viene commerciata illegalmente fauna viva<sup>6</sup>.

L’emergenza sanitaria globale causata dal CoViD-19 ha rappresentato un banco di prova per valutare l’efficacia degli strumenti previsti dal diritto internazionale sanitario (*Global Health Law*) per far fronte a malattie infettive che hanno raggiunto il livello di epidemia o pandemia<sup>7</sup>.

Mentre l’epidemia di Ebola (2014 e 2019) è rimasta relativamente contenuta ad alcuni Paesi dell’Africa Occidentale – stiamo parlando soprattutto di *Least Developed Countries*<sup>8</sup> con sistemi sanitari arretrati – il CoViD-19 si è diffuso dalla Cina all’Occidente e ha colpito rapidamente tutti il mondo inclusi i Paesi industrializzati con l’epicentro rappresentato prima dall’Europa e poi dagli USA.

Il 9 marzo 2020 il Direttore Generale dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus aveva affermato che sulla base dell’elevato tasso di diffusione del Coronavirus (CoViD-19) «the threat of a pandemic has become very real. But it would be the first pandemic in his-

<sup>2</sup> A.R. ORMAN, *The Epidemiologic Transition: A Theory of the Epidemiology of Population Change*, in *The Milbank Quarterly*, 2005, 731 ss.

<sup>3</sup> Il Gruppo di Studio sul Coronavirus (CSG) del Comitato internazionale per la tassonomia dei virus (*International Committee on Taxonomy of Viruses*) ha classificato ufficialmente con il nome di SARS-CoV-2 il virus provvisoriamente chiamato dalle autorità sanitarie internazionali 2019-nCoV e responsabile dei casi di CoViD-19 (*Corona Virus Disease*), <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2>.

<sup>4</sup> Le principali pandemie influenzali registrate nell’ultimo secolo sono l’influenza spagnola, H1N1, di origine ignota, con il tasso di mortalità del 2/3% che colpì soprattutto giovani adulti; vi sono poi Influenza Asiatica, H2N2 (1957-1958) e l’influenza di Hong Kong che ebbero ambedue origine nel Sud della Cina e colpirono tutte le fasce di età. Vi è infine l’influenza A(H1N1) che iniziò in Messico e si diffuse in Nord America e colpì soprattutto giovani adulti.

<sup>5</sup> K.G. ANDERSEN, A. RAMBAUT, W.I. LIPKIN, E.C. HOLMES, R.F. GARRY, *The proximal origin of SARS-CoV-2*, in *Nature Medicine*, 17 March 2020, <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9.pdf>.

<sup>6</sup> P. SINGER, P. CAVALIERI, *The Two Dark Sides of COVID-19*, in Project Syndicate, 2 March 2020, <https://www.project-syndicate.org/commentary/wet-markets-breeding-ground-for-new-coronavirus-by-peter-singer-and-paola-cavaliere-2020-03>; S. SHAH, *Contre les pandémies, l’écologie*, in *Le Monde Diplomatique*, 17 Mars 2020, <https://www.monde-diplomatique.fr/2020/03/SHAH/61547>.

<sup>7</sup> In generale, cfr. S. NEGRI, *Emergenze sanitarie e diritto internazionale: il paradigma salute-diritti umani e la strategia globale di lotta alle pandemie ed al bioterrorismo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, vol. I, 571 ss.

<sup>8</sup> Il termine *Least Developed Countries* (LDC) si riferisce – secondo l’ONU – a Paesi a basso reddito con severi impedimenti strutturali ad uno sviluppo sostenibile; inoltre sono altamente vulnerabili a crisi di natura economica ed ambientale. La lista dei 47 Paesi Membri dell’ONU classificati come LDC è consultabile presso [https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/ldc\\_list.pdf](https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/ldc_list.pdf).

tory that could be controlled»<sup>9</sup>. L'11 marzo 2020, alla luce dei dati allarmanti, ha finalmente dichiarato che il CoViD-19 rappresenta una “pandemia”, riconoscendo che il virus avrebbe irrimediabilmente colpito ogni parte del globo<sup>10</sup>. Ha in seguito dichiarato che questa è la crisi sanitaria che segna la nostra epoca («this is the defining global health crisis of our time»)<sup>11</sup>.

Nonostante i primi focolai del Coronavirus siano stati ufficiosamente segnalati alla fine di dicembre 2019<sup>12</sup>, l'OMS ha agito con ritardo e il Direttore generale ha dichiarato il CoViD-19 come emergenza sanitaria (*Public Health Emergency of International Concern* – PHEIC) solo il 30 gennaio 2020.<sup>13</sup> Due riunioni dell'*Emergency Committee* – organo consultivo del Direttore generale – il 22 e il 23 gennaio 2020 non hanno, infatti, portato ad una posizione univoca sul dichiarare o meno un'emergenza sanitaria<sup>14</sup>.

La dichiarazione di emergenza sanitaria rappresenta, insieme alla dichiarazione di pandemia, il principale strumento attraverso cui il Direttore generale dell'OMS esercita quella che viene definita in dottrina come autorità internazionale pubblica delle istituzioni internazionali<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 9 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---9-march-2020>.

<sup>10</sup> WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Il Direttore Generale aveva chiarito in precedenza che dichiarare una pandemia non avrebbe alcun beneficio diretto, ma, piuttosto che «it would only increase fear and stigma». WHO Director General: *Don't spread fear and stigma with travel bans*, Edition CNN, 4 February 2020, [https://edition.cnn.com/asia/live-news/coronavirus-outbreak-02-04-20/h\\_267d4c445f4bf4730abca05eccc62c67](https://edition.cnn.com/asia/live-news/coronavirus-outbreak-02-04-20/h_267d4c445f4bf4730abca05eccc62c67).

<sup>11</sup> WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 16 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---16-march-2020>.

<sup>12</sup> Il 31 Dicembre 2019, il WHO China Country Office è stato informato dalle autorità locali di alcuni casi di polmonite di eziologia sconosciuta nella città di Wuhan. <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf>.

<sup>13</sup> *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020, [https://www.who.int/news-room/detail/3001-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/3001-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Al termine della terza riunione dell'Emergency Committee del 30 aprile 2020, il Direttore generale ha confermato che “the outbreak of COVID-19 continues to constitute a PHEIC” ([https://www.who.int/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-\(covid-19\)](https://www.who.int/news-room/detail/01-05-2020-statement-on-the-third-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-(covid-19))).

<sup>14</sup> Sulla mancata dichiarazione di PHEIC nelle riunioni dell'*Emergency Committee* del 22 e 23 gennaio 2020, M. Eccleston-Turner, *COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law*, in *Opinio Juris*, 31 marzo 2020, <http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/>.

<sup>15</sup> Il concetto di *International Public Authority* (IPA) delle istituzioni internazionali ipotizza che atti di organizzazioni internazionali – a prescindere dalla loro cogenza – possano essere considerati come un esercizio di autorità, a condizione che riescano ad indirizzare le condotte dei singoli governi. In tal senso, A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM, J. VON BERNSTORFF, P. DANN, M. GOLDMANN, (eds), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, Berlin, 2011, 3, 11. Dal momento che la produzione normativa dell'OMS si basa in larga parte su dichiarazioni, racco-

Tuttavia, le misure raccomandate (che già prevedevano misure di contenimento incluso il distanziamento sociale, e richiedevano, ad esempio, il tracciamento dei contatti), sono state adottate con eccessiva lentezza dai governi occidentali al di fuori del continente asiatico<sup>16</sup> e l'operato del Direttore generale non è stato esente da critiche. Bisogna, pertanto, interrogarsi sulle ragioni per cui l'allarme dell'OMS (seppur lanciato in grave ritardo)<sup>17</sup>, sia stato in larga parte disatteso in un primo momento, e se l'Organizzazione, alla luce del biasimo per la sua azione, abbia ancora sufficiente legittimità per coordinare l'azione degli Stati in ambito sanitario<sup>18</sup>.

La velocità di trasmissione del virus e l'incertezza sull'evoluzione della pandemia hanno nuovamente sollevato dubbi sull'efficacia della cornice giuridica internazionale prevista dall'OMS, incardinata sulle *International Health Regulations* (Regolamento Sanitario Internazionale – RSI)<sup>19</sup>, già messa a dura prova dalla crisi dell'Ebola (quando fu il Consiglio di sicurezza di fatto a gestire l'epidemia con la nota Risoluzione 2177/2014)<sup>20</sup>.

Tale regime giuridico venne istituito in seguito alla crisi della SARS (2002-2003), in cui l'OMS rivestì un indubbio ruolo primario nella gestione e contenimento della malattia, attraverso l'adozione di precise direttive in materia di sorveglianza epidemiologica, valutazione del rischio sanitario e capacità di

mandazioni e linee guida tecniche, la dottrina ha evidenziato una "natura autoritativa" delle dichiarazioni di pandemia del Direttore generale. In sostanza, le dichiarazioni di pandemia avrebbero un effetto pratico sulla condotta degli Stati, ma a condizione che l'OMS, in virtù della sua natura di organismo tecnico-scientifico, venga considerata come ente indipendente da qualsiasi pressione da parte dei singoli governi. In tal senso, P. VILAREAL, *Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions between Legitimacies*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2016, 95 ss.

<sup>16</sup> L'Italia è stato il primo Paese in Europa ad imporre un *lockdown* esteso a tutto il territorio il 9 marzo 2020, seguita poi dagli altri Stati Membri dell'UE. V. Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 9 marzo 2020, recante *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, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 62 del 9 marzo 2020.

<sup>17</sup> Il presidente degli USA D.J. Trump ha incolpato l'Organizzazione di avere agito in ritardo nelle prime fasi della diffusione del CoViD-19 a causa di una (presunta) condotta volta a coprire le responsabilità della Cina nella diffusione del nuovo coronavirus. Egli ha deciso, pertanto, di sospendere i finanziamenti degli USA all'Organizzazione. Per una posizione critica in merito a tale scelta, D. FIDLER, *An Abuse of Presidential Authority and American Power: Halting U.S. Funding for the World Health Organization*, in *Just Security*, 15 aprile 2020, <https://www.justsecurity.org/69694/an-abuse-of-presidential-authority-and-american-power-halting-u-s-funding-for-the-world-health-organization/>.

<sup>18</sup> In tal senso, NG JOEL, *Trust in the age of Covid-19*, in *Today*, 19 March 2020, <https://www.todayonline.com/commentary/trust-age-covid-19-health-pandemic-government-leadership>.

<sup>19</sup> Sul tema, G.L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?*, in *EJIL Talk*, 27 February 2020, <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/>.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr., *inter alia*, I.R. PAVONE, *The Human Security Dimension of Ebola and the Role of the Security Council in Fighting Health Pandemics: Some Reflections on Resolution 2177/2014*, in *South African Yearbook of International Law*, 2014, 56; L. POLI, *La risoluzione n. 2177 (2014) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la qualificazione dell'epidemia di ebola come minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 238.; C.M. Pontecorvo, *La riforma dell'azione internazionale di risposta alle emergenze sanitarie globali all'indomani del 'caso Ebola': "quo vadis"?* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, 363 ss.

risposta.<sup>21</sup> Come stabilito nel Preambo, i RSI sono il «key global instrument for protection against the international spread of disease».

Il quadro che emerge dalla prassi degli Stati nella gestione del CoViD-19 è rappresentato da uno scarso coordinamento sul piano sanitario a livello internazionale (ONU e OMS) e tantomeno regionale (Unione europea – UE)<sup>22</sup>, con ogni Paese che ha deciso di agire in ordine sparso e unilateralmente sulla base della tutela di un “presunto” interesse nazionale come se il virus rispettasse i confini.

Pertanto, è lecito domandarsi se il Regolamento Sanitario Internazionale rappresenti o meno uno strumento efficace e valido nel contenimento delle moderne pandemie globali. Nel presente scritto si evidenzierà che la pandemia di CoViD-19 ha determinato in realtà un arretramento rispetto alla fase attuale di *governance* globale della salute ed un ritorno al dominio riservato, alla chiusura dei confini e all'unilateralismo<sup>23</sup>. Tuttavia, la prassi in merito al controllo ed alla prevenzione delle zoonosi dimostra che gli Stati non possono fare fronte in maniera adeguata alle sfide delle moderne pandemie in assenza di un'adeguata cooperazione internazionale<sup>24</sup>.

Misure unilaterali volte alla trasmissione di un determinato agente patogeno tra i confini possono avere solo un impatto limitato quando la fonte del problema è oltre la giurisdizione e la sovranità del singolo Stato colpito. In particolare, Paesi in via di sviluppo e con sistemi sanitari arretrati hanno bisogno dell'assistenza degli altri Stati e delle organizzazioni intergovernative. Meccanismi per la cooperazione in questo settore, come quelli previsti dal diritto internazionale, sono essenziali per indirizzare le risposte.

Si valuterà, in dettaglio, cosa abbia implicato sotto il profilo della *governance* sanitaria globale la dichiarazione di pandemia del CoViD-19 dell'11 marzo 2020 (è la seconda volta nella storia dell'Organizzazione che si arriva a questa dichiarazione), che verrà considerata come paradigma di (tentativo) di esercizio di autorità pubblica,<sup>25</sup> e se l'OMS possa ancora rivestire un ruolo nel garantire un maggiore coordinamento delle politiche nazionali per il contenimento delle pandemie.

<sup>21</sup> G. BURCI, *La gestion d'une crise sanitaire internationale: le cas du SRAS*, in *La société internationale et les grandes pandémies*, S. MALJEAN-DUBOIS, R. MEHDI (a cura di), Parigi, 2007, 135 ss.

<sup>22</sup> L'UE, tuttavia, ha provato a colmare la scarsa cooperazione nel settore sanitario attraverso un ingente piano di finanziamenti per contrastare il devastante impatto sull'economia del CoViD-19. V. ad esempio, il programma SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/sure\\_regulation.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/sure_regulation.pdf).

<sup>23</sup> Il dominio riservato implica una sfera di competenza entro cui lo Stato è libero di regolamentare, secondo i propri interessi e politiche, i rapporti che si svolgono all'interno del proprio territorio. L'Art. 2, Para. 7, della Carta dell'ONU, disciplina il dominio riservato, stabilendo che «Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato, né obbliga i Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamento in applicazione del presente Statuto; questo principio non pregiudica però l'applicazione di misure coercitive a norma del Capitolo VII». V. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 3. Ed., Torino, 2009, 70. Nello specifico, sul rapporto tra sovranità e salute, F. FRANCONI, *Sovranità statale e tutela della salute come bene pubblico globale*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2016, 51 ss.

<sup>24</sup> Sulla necessità di un approccio multilaterale alla gestione delle crisi sanitarie globali, D. FIDLER, *Globalization, International Law, and Emerging Infectious Diseases*, in *Emerging Infectious Diseases*, 1996, 77 ss.

<sup>25</sup> Sul concetto di autorità pubblica nel diritto internazionale e nel diritto delle organizzazioni internazionali, v. S. KADELBACH, *From Public International Law to International Public Law*, in A. VON BOGDANDY ET AL (eds.) *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, 2010, 33 ss.

## 2. La cornice giuridica in cui agisce l'OMS in presenza di emergenze sanitarie

L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) è un Istituto Specializzato dell'ONU con un mandato specifico per la promozione e la tutela della salute<sup>26</sup>. Nell'attuale periodo storico di *mutual vulnerability* caratterizzato dalla rapida diffusione di epidemie globalizzate il ricorso agli strumenti del diritto internazionale è conseguenza di una precisa strategia dell'OMS<sup>27</sup>. Il meccanismo per la gestione delle pandemie globali è imperniato sul Regolamento Sanitario Internazionale<sup>28</sup> e su una serie di linee guida di natura tecnica, quali il *Pandemic Influenza Preparedness Framework* (2011)<sup>29</sup>.

Il RSI del 2005, che innova la precedente versione del 1969, si applica a qualsiasi "public health risk" causato da una malattia ("disease"), definita, ai sensi dell'art. 1, «an illness or medical condition, irre-

<sup>26</sup> La *World Health Organization* (WHO) venne istituita con il Trattato istitutivo ("la Costituzione") firmato a New York il 22 luglio 1946 ed entrato in vigore il 7 aprile 1948. L'organizzazione ha sede a Ginevra e gode dello status di Istituto Specializzato delle Nazioni Unite; v. <http://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-mondiale-della-sanita/>. Obiettivo primario dell'OMS è «the attainment by all peoples of the highest possible level of health». Per approfondimenti sul diritto alla salute, P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011. Sul funzionamento dell'OMS, G. BURCI, C.H. VIGNES, *World Health Organization*, L'Aja, Londra, New York, 2004.

<sup>27</sup> Sui poteri atipici dell'OMS di adottare atti vincolanti ('regolamenti') ai sensi degli artt. 21 e 22 della sua Costituzione, D. AGINAM, *Global Health Governance. International Law and Public Health in a Divided World*, Toronto-Buffalo-Londra, 2005, 7-9, 11, 46 ss., D. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulation*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, 325 ss., P.A. VILAREAL, *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*, Città del Messico, 2019.

<sup>28</sup> Il Regolamento Sanitario Internazionale nell'ultima versione (la prima risale al 1951) venne adottato nel corso della 58th *World Health Assembly* nel 2005, ai sensi dell'Art. 21, lect. a, della Costituzione dell'OMS («The Health Assembly shall have authority to adopt regulations concerning: (a) sanitary and quarantine requirements and other procedures designed to prevent the international spread of disease»). Il RSI è entrato in vigore nel 2007. Atti adottati sulla base della procedura prevista all'art. 21 della Costituzione dell'OMS sono vincolanti per tutti gli Stati Membri (ad eccezione di chi decidesse di optare per la clausola "opting out"). La dottrina è concorde nel ritenere che si è in presenza di un trattato ai sensi dell'Art. 2, Para. 1, lect. a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati («il termine "trattato" indica un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione»), L. GOSTIN, R.A. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, in *The Milbank Quarterly*, 2016, 264 ss.; S. NEGRI, *Communicable Disease Control*, in G. BURCI, B. TOEBES (eds.), *Research Handbook of Global Health Law*, Cheltenham, Northampton, 2018, 265 ss. Altri, pur riconoscendo al RSI caratteristiche proprie dei trattati, lo considerano alla stregua di un atto vincolante di un'organizzazione internazionale; v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale: réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, 1157 ss.; R. VIRZO, *The Proliferation of International Acts of International Organizations. A proposal for their Classification*, in R. VIRZO, I. INGRAVALLO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden-Boston, 311 ss.

<sup>29</sup> *Pandemic influenza preparedness Framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*, 2011 (c.d. *PIP Framework*). Tale atto è stato adottato ai sensi dell'Art. 23 della Costituzione dell'OMS (Article 23 «The Health Assembly shall have authority to make recommendations to Members with respect to any matter within the competence of the Organization»). Tali raccomandazioni, in particolare, stabiliscono che, in presenza di un'epidemia o pandemia influenzale, porzioni di un eventuale vaccino debba essere messo a disposizione anche dei Paesi in via di Sviluppo in virtù del principio di condivisione dei benefici (Art. 6.11.1 «Member States should urge vaccine manufacturers to set aside a portion of each production cycle of pandemic influenza vaccine for use by developing countries»).

spective of origin or source, that presents or could present significant harm to humans». Pertanto, potenziali epidemie possono avere origine infettiva, come includere malattie non trasmissibili o malattie trasmesse da agenti batteriologici, chimici o nucleari emessi in maniera accidentale o deliberata nell'ambiente<sup>30</sup>. L'articolo 2 stabilisce che il suo obiettivo è «to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways [...] which avoid unnecessary interference with international traffic and trade». Pertanto, il RSI ha lo scopo di rafforzare il monitoraggio e la notifica immediata delle potenziali minacce internazionali alla salute e migliorare il coordinamento tra Stati delle misure di risposta, evitando al tempo stesso, in una logica di bilanciamento, misure unilaterali di chiusure indiscriminate al traffico aereo o ai commerci<sup>31</sup>.

Nel ponderare gli interessi alla tutela della salute con quelli del libero commercio, il RSI si pone in linea con il diritto del commercio internazionale e quanto previsto dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), che allo stesso tempo riconosce facoltà agli Stati di prevedere restrizioni al commercio per motivi legati alla tutela della salute<sup>32</sup>.

Il Regolamento sanitario crea quello che è stato definito un «sophisticato sistema di gestione delle crisi sanitarie»<sup>33</sup>, che è basato sulla richiesta agli Stati Membri, *inter alia*, di istituire *National Focal Points* (artt. 5 e 6) e di condividere con l'Organizzazione ogni notizia relativa ad un possibile focolaio di epidemia (art. 6). In linea generale, viene richiesto agli Stati Parti di «develop, strengthen and maintain [...] the capacity to respond promptly and effectively to public health risks and public health emergencies of international concern» (art. 13). L'obiettivo di questi obblighi a carico degli Stati è di consentire all'Organizzazione di svolgere al meglio un ruolo di coordinamento nella gestione di crisi sanitarie di portata globale.

L'architrave del meccanismo di gestione delle epidemie e pandemie è basato sulla dichiarazione di emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (*Public Health Emergency of International*

<sup>30</sup> G.L. BURCI, *Institutional Adaptation without Reform: WHO and the Challenges to Globalization*, in *IOLR*, 2005, 437 ss.; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, 41 ss.

<sup>31</sup> Per approfondimenti sul RSI, P. ACCONCI, *Il Regolamento Sanitario Internazionale dell'Organizzazione mondiale della sanità quale strumento di sorveglianza delle malattie infettive*, in M.C. DE CICCO, A. LATINO (a cura di), *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, Napoli, 2016, 101 ss.; D.P. FIDLER, L.O. GOSTIN, *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2006, 85; S. NEGRI, *La tutela della salute pubblica internazionale tra governance globale, «sovrànità sanitaria» e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Roma, 2013, 335 ss.

<sup>32</sup> L'art. 20, lect. b, del GATT (*General Exceptions*) prevede tra le eccezioni motivi legati alla necessità «to protect human, animal or plant life or health».

<sup>33</sup> In tal senso, A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'Organizzazione Mondiale della Sanità come conseguenza di violazione del Regolamento Sanitario Internazionale in contesti epidemici*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali ed interessi particolari*, Atti del XXI Convegno della SIDI, Napoli, 2016, 391 ss. at 398.

*Concern* – PHEIC)<sup>34</sup> da parte del Direttore generale, e sulle raccomandazioni tecniche che ne conseguono<sup>35</sup>.

In linea generale, la valutazione in merito alla presenza di un'emergenza sanitaria o meno deve essere basata sui dati epidemiologici. Al riguardo, la fonte principale di informazioni sono gli Stati stessi, nello specifico le autorità nazionali, che hanno l'obbligo di fornire «all relevant public health information» (art. 7 RSI); ed è il Paese direttamente colpito da una possibile epidemia che deve comunicare il potenziale focolaio entro 24 ore dal primo caso riportato (art. 6 RSI)<sup>36</sup>. Inoltre, ai sensi dell'Art. 19, lect. (c), «[e]ach State Party shall furnish to WHO, as far as practicable, when requested in response to a specific potential public health risk, *relevant data concerning sources of infection or contamination*, including vectors and reservoirs, at its points of entry, which could result in international disease spread».

Tuttavia, gli Stati sono a volte restii a comunicare in maniera trasparente i propri focolai di epidemie per paura di ritorsioni da parte di altri Paesi e danni alla reputazione (blocchi dei voli e dei commerci, restrizioni all'ingresso di propri cittadini in Stati esteri)<sup>37</sup>.

Emblematico è il caso del CoViD-19, dal momento che la Cina ha nascosto i primi rapporti che riportavano infezioni tra il personale sanitario, portando l'OMS a ritenere erroneamente, in una prima fase, che la trasmissione da uomo a uomo non fosse possibile<sup>38</sup>. Inoltre, pare che la Cina abbia deciso di non rivelare dati governativi classificati riguardanti il numero degli asintomatici, un elemento cruciale nel valutare il grado di contagiosità del CoViD-19<sup>39</sup>.

La responsabilità di determinare se un evento sanitario rientri nella categoria delle emergenze sanitarie è tra i poteri discrezionali del Direttore generale dell'OMS, e richiede la consultazione con lo

<sup>34</sup> L'art. 1 del RSI definisce una PHEIC come «an event which [...] constitute[s] a public health risk to other States through the international spread of disease and potentially require[s] a coordinated international response».

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 12 del RSI, «the WHO's Director General has the power to declare a public health emergency of international concern (PHEIC). S/he can only do so after receiving the views of an Emergency Committee, as established by Article 48 IHR».

<sup>36</sup> Secondo un rapporto del Direttore generale, nel 2019 l'OMS ha ricevuto oltre 50 notifiche di casi sospetti di epidemie legate a malattie infettive. V. *Public health preparedness and response WHO's work in health emergencies. Report by the Director-General*, Doc. n. EB146/17, 23 December 2019, [http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/EB146/B146\\_17-en.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB146/B146_17-en.pdf).

<sup>37</sup> Paradigmatico, al riguardo, il caso della SARS; il primo caso venne registrato dalle autorità sanitarie locali cinesi nel febbraio 2003; tuttavia, il governo cinese inizialmente non informò l'OMS dell'epidemia e anzi tentò a lungo di celarne l'esistenza. Solo nel marzo 2003 – in conseguenza delle pressioni politiche da parte dell'ONU e dell'OMS e dopo che si segnalavano casi al di fuori della Cina – le autorità furono costrette a dichiarare pubblicamente l'epidemia e a condividere i dati epidemiologici con l'OMS. Per approfondimenti, C. GIORGETTI, *International Health Emergencies in Failed and Failing States*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2013, 1347 ss. Sull'importanza della comunicazione dei dati epidemiologici in presenza di focolai di malattie infettive, D.L. HEYMANN, *Data sharing and outbreaks: best practice exemplified*, in *The Lancet*, 15 February 2020, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30184-7/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30184-7/fulltext).

<sup>38</sup> In un contestatissimo *tweet* del 14 gennaio 2020, l'OMS aveva sostenuto che «there is no clear evidence that the coronavirus could spread between people (<https://twitter.com/who/status/1217043229427761152?s=21>), riportando le conclusioni di un'investigazione preliminare condotta dalle autorità cinesi.

<sup>39</sup> <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-01/china-concealed-extent-of-virus-outbreak-u-s-intelligence-says>.

Stato interessato e la convocazione di riunione di un comitato di esperti – l'*Emergency Committee*<sup>40</sup>. Il Comitato fornisce consulenza al Direttore generale in merito alla gravità di un focolaio ed alle misure raccomandate che debbano essere adottate. Tuttavia, il Direttore generale può dichiarare una PHEIC anche se in disaccordo con l'*Emergency Committee*; allo stesso tempo può rifiutarsi di dichiarare una PHEIC anche in presenza di un parere favorevole da parte del Comitato.

La dichiarazione di PHEIC non determina nuovi obblighi a carico degli Stati, ma si tratta di un atto di informazione. Alla dichiarazione segue l'adozione di raccomandazioni generali da parte del Direttore generale, che sono considerate come «the Regulations' main governance activity».<sup>41</sup>

In una situazione di emergenza sanitaria è pertanto il Direttore generale – coadiuvato da un organo tecnico consultivo – che accentra su di sé una serie di funzioni politiche autonome. Come sottolineato dalla dottrina, si tratta di una «extraordinary authority» che è stata concessa dagli Stati Membri al Direttore generale<sup>42</sup>.

L'obiettivo delle raccomandazioni del Direttore generale è promuovere un coordinamento globale, la cooperazione tra Stati e l'attivazione di meccanismi di solidarietà, come ad esempio, donazioni da parte sia di altri Paesi sia di soggetti privati<sup>43</sup>. Inoltre, incrementano la trasparenza e il supporto ai Paesi con sistemi sanitari più deboli e accelerano la ricerca e lo sviluppo di vaccini e terapie.

Non è detto che a un'emergenza sanitaria segua una dichiarazione di pandemia; se, come nel caso dell'Ebola l'epidemia viene contenuta, non servono passi successivi.

Le raccomandazioni, siano esse temporanee o permanenti, «may include health measures to be implemented by the State Party experiencing the public health emergency of international concern, or by other States Parties, regarding persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and/or postal parcels to prevent or reduce the international spread of disease and avoid unnecessary interference with international traffic» (Art. 15, Para. 2).

Le raccomandazioni sono in sostanza istruzioni che l'OMS fornisce agli altri Paesi, ma anche a società private, con l'obiettivo di non penalizzare in maniera eccessiva lo Stato colpito da un'emergenza sanitaria attraverso la chiusura dei confini, le restrizioni ai voli provenienti da o diretti verso di esso, il blocco delle importazioni fino al divieto di ingresso in Paesi terzi di cittadini provenienti da aree colpite dall'epidemia.

<sup>40</sup> Ai sensi dell'Art. 48, Para. 1, delle IHR (2005) «The Director-General shall establish an Emergency Committee that at the request of the Director-General shall provide its views on: (a) whether an event constitutes a public health emergency of international concern; (b) the termination of a public health emergency of international concern; and (c) the proposed issuance, modification, extension or termination of temporary recommendations».

<sup>41</sup> L. GOSTIN, M. C. DEBARTOLO, E. A. FRIEDMAN, *The International Health Regulations 10 years on: the governing framework for global health security*, in *The Lancet*, 2015, 2222.

<sup>42</sup> D. FIDLER, *To Declare or not to Declare: The Controversy over Declaring a Public Health Emergent of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of the Congo*, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2019, 288 ss. at 290.

<sup>43</sup> P.A. VILLAREAL, *Reforms of the World Health Organization in light of the Ebola crisis in West Africa. More delegation, more teeth?*, in *Völkerrechtsblog*, 26 August 2015, <https://voelkerrechtsblog.org/reforms-of-the-world-health-organization-in-light-of-the-ebola-crisis-in-west-africa-more-delegation-more-teeth/>.

Inoltre, tali raccomandazioni possono anche prevedere misure restrittive che devono essere applicate alla popolazione, tra cui l'isolamento per le persone che potrebbero essere contagiate inclusa la quarantena e il tracciamento dei contatti per le persone sospette (Art. 18, Para. 1).

La dichiarazione di emergenza sanitaria, comunque, non autorizza l'imposizione di alcuna misura diretta indirizzata al Paese interessato, né l'ingresso di personale dell'OMS sul territorio dello Stato senza il suo consenso<sup>44</sup>.

Come sottolineato da parte della dottrina, sostenere che le raccomandazioni temporanee siano giuridicamente vincolanti implicherebbe attribuire poteri eccezionali al Direttore generale dell'OMS, non previsti per altri Istituti Specializzati dell'ONU<sup>45</sup>. Come noto, le raccomandazioni di organizzazioni internazionali pur non essendo fonti di produzione normativa nel diritto internazionale, non sono, tuttavia, del tutto prive di efficacia giuridica<sup>46</sup>; parte della dottrina ha infatti sostenuto che gli Stati sarebbero comunque vincolati a rispettarne il contenuto in virtù del principio di buona fede ex art. 2, para. 2 della Carta dell'ONU,<sup>47</sup> che può essere estrapolato dal più generale dovere di cooperazione internazionale<sup>48</sup>. Nondimeno, alla luce dell'autorità dell'OMS e della sua *expertise* tecnica, gli Stati – avendo un interesse comune alla tutela della salute pubblica – dovrebbero impegnarsi ad assicurare il rispetto delle raccomandazioni del Direttore generale<sup>49</sup>. Tale assunto può trarre fondamento dall'orientamento funzionalista delle istituzioni internazionali, secondo cui gli Stati sono interdipendenti in svariati settori e, pertanto, hanno bisogno di cooperare tra di loro in maniera permanente e non sporadica<sup>50</sup>. Pertanto, si può sostenere che organismi tecnici in ambito internazionale (quali la

<sup>44</sup> In una situazione estrema di emergenza sanitaria, in cui uno Stato non voglia o non possa cooperare (si pensi ad uno Stato fallito), si potrebbe anche ipotizzare la possibilità di intervenire con mezzi coercitivi sul territorio ex Capitolo VII della Carta dell'ONU. Manca, tuttavia, una prassi a giustificazione di tale teoria, dato che nemmeno dopo l'adozione della nota Risoluzione 2177/2014 si prese in considerazione un intervento diretto all'interno dei Paesi maggiormente colpiti dall'Ebola dell'Africa Occidentale. Cfr. I.R. PAVONE, *Ebola and Securitization of Health: Resolution 2177/2014 and Its Limits*, in *The Governance of Diseases Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond*, a cura di L. VIERCK, P.A. VILLAREAL, A. K. WEILERT, Baden Baden, 2017, 301 ss.

<sup>45</sup> In tal senso, P.A. VILLAREAL, *The World Health Organization's Governance Framework in Diseases Outbreaks: A Legal Perspective*, in L. VIERCK, P.A. VILLAREAL, A. KATARINA WEILERT (eds.), *The Governance of Diseases Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond*, Baden Baden, 2017, 243 ss.. Per una posizione contraria, nel senso di valore giuridicamente vincolante delle raccomandazioni tecniche del Direttore generale, P. ACCONCI, *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?* in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2014, 405 ss.

<sup>46</sup> In generale, sul valore giuridico di atti giuridicamente non vincolanti adottati da organizzazioni internazionali, cfr. E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, 199; C. CHINKIN, *Normative Development in the International Legal System*, in D. SHELTON (eds.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, 2000, 27; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2001, 242.

<sup>47</sup> L'art. 2, par. 2, della Carta dell'ONU stabilisce che «I Membri, al fine di assicurare a ciascuno di essi i diritti e i benefici risultanti dalla loro qualità di Membro, devono adempiere in buona fede gli obblighi da loro assunti in conformità al presente Statuto».

<sup>48</sup> B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, 8 ed., Padova, 2010, 408.

<sup>49</sup> P.A. VILLARREAL, *The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law*, in *Völkerrechtsblog*, 28 January 2020.

<sup>50</sup> In tal senso, J. KLABBERS, *The Emergence of Functionalism and International Institutional Law: Colonial Inspiration*, in *European Journal of International Law*, 2014, 645 ss.

FAO, l'OMS, il *World Food Programme*) – in virtù della loro specifica competenza – possano rivestire un ruolo di “collante” degli interessi nazionali.

Qualora uno Stato sia restio a collaborare o a rispettare le raccomandazioni dell'OMS, il Direttore generale ha la possibilità di “scavalcare” i governi nazionali ed agire anche senza il loro consenso: il Regolamento attribuisce, infatti, al Direttore generale, la facoltà di ottenere informazioni su focolai di infezioni anche da fonti non governative, quali Organizzazioni Non Governative (ONG), privati cittadini, aziende e di condividere i dati epidemiologici così ottenuti con gli altri Stati Parti; inoltre può dichiarare unilateralmente una PHEIC in presenza di un focolaio di epidemia anche contro il parere del Paese interessato<sup>51</sup>. L'idea alla base di questa “last resort” è che la dichiarazione di PHEIC permetta agli altri Paesi di adottare misure protettive, ed allo stesso tempo crei una pressione politica sullo Stato che non coopera<sup>52</sup>.

### 3. Le fasi di gestione di una pandemia globale da parte dell'OMS

La gestione di una pandemia globale da parte dell'OMS è prevista da un documento tecnico, il *WHO Pandemic Influenza Risk Management* (2017), che individua dei passaggi intermedi prima di arrivare a dichiarare una pandemia, in cui è il Direttore generale l'unico organo deputato a coordinare le misure che gli Stati debbono adottare. La prima è la fase di allerta (*Alert Phase*)<sup>53</sup>. Il Direttore generale dell'OMS, in presenza di un focolaio grave di una malattia infettiva può, come già visto, dichiarare un'emergenza sanitaria – il che non implica necessariamente che seguirà una dichiarazione di pandemia qualora il contagio venga circoscritto.

La seconda è la fase della pandemia (*Pandemic Phase*); qualora le misure di contenimento abbiano fallito e la malattia dilaghi tra gli altri Stati Membri, viene adottata la *Declaration of Pandemic* basata su una attenta valutazione del rischio (ad oggi sono state dichiarate due pandemie nella storia dell'OMS: il virus A H1N1 e il CoViD-19).

La pandemia segnala il passaggio da misure di contenimento (che hanno pertanto fallito) a misure di mitigazione, per diluire nel tempo la diffusione del virus e permettere ai sistemi sanitari di prepararsi all'ondata di casi.

Il potere del Direttore generale dell'OMS di dichiarare una pandemia non è previsto né dalla Costituzione dell'OMS né dal Regolamento Sanitario, bensì dalle linee guida per la gestione delle pandemie

<sup>51</sup> R. KATZ, J. FISCHER, *The Revised International Health Regulations: A Framework for Global Pandemic Response*, in *Global Health Governance*, 2010, 2 ss. at 3.

<sup>52</sup> Come evidenziato dalla dottrina «[h]ow and if Member States of WHO will abide by the IHR (2005) [...] will depend on a delicate balance between perception of threats from specific health events (public health effects per se, or political or economic consequences), incentives set up by interested parties and any consideration of national sovereignty». P. CALAIN, *Exploring the international arena of global public health surveillance*, in *Health Policy and Planning*, 2007, 5.

<sup>53</sup> *Pandemic Influenza Risk Management. A WHO guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response*, May 2017, [https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/influenza\\_risk\\_management/en/](https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/influenza_risk_management/en/).

di influenza, le quali stabiliscono che «the designation of the global pandemic phase will be made by the Director-General of WHO»<sup>54</sup>.

Si tratta, pertanto, di una funzione politica delegata, dato che la Costituzione dell'OMS si limita a stabilire che «the Director-General [...] shall be the chief technical and administrative officer of the Organization» (Art. 31). Quindi, il Direttore generale viene investito dalla Costituzione dell'OMS principalmente di funzioni amministrative (competenze tecniche, organizzative e di rappresentanza).

A seguito della dichiarazione di pandemia, le azioni intraprese a livello domestico sono basate oltre che sulle linee guida tecniche pubblicate dall'OMS, principalmente su una valutazione del rischio condotta in ambito nazionale e locale e commisurata all'andamento della malattia. Infatti, il RSI – anche se si sforza di bilanciare il rispetto della sovranità statale con l'obbligo di cooperazione in un'ottica di gestione multilaterale delle crisi sanitarie – dispone espressamente che gli Stati «have the sovereign right to legislate and to implement legislation in pursuance of their health policies» (Art. 3, Para. 4).

### 3.1. L'emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale

Il 30 gennaio 2020 l'OMS ha dichiarato – seppur con grave ritardo – che il focolaio di CoViD-19 in Cina rappresentasse una PHEIC<sup>55</sup>. Infatti, nel corso di una riunione dell'*Emergency Committee* il 22 gennaio 2020 poi riconvocata il 23 gennaio 2020 – a causa delle divisioni in seno a tale organo sulla gravità del focolaio di CoViD-19 in Cina (anche per la scarsa trasparenza delle autorità cinesi) – non si è arrivati ad una decisione univoca<sup>56</sup>, ma venivano richiesti dati ulteriori. Come sottolineato dalla dottrina, la valutazione di una potenziale emergenza sanitaria dipende esclusivamente dai dati epidemiologici forniti dagli Stati Membri<sup>57</sup>. In assenza di un'appropriata cooperazione nella raccolta e comunicazione dei dati, il meccanismo multilaterale di risposta non è efficace, e pertanto, una corretta informazione risponde ad un preciso interesse della comunità internazionale<sup>58</sup>.

Un'emergenza sanitaria implica che una situazione sia seria, inusuale, non prevista, abbia implicazioni transfrontaliere per la salute e richieda un'azione internazionale coordinata. Non vi è, tuttavia, una definizione univoca di PHEIC a riprova del potere discrezionale di cui gode il Direttore generale. Durante l'epidemia di Zika, si sostenne che una PHEIC debba avere tre caratteristiche, overossia debba

<sup>54</sup> *Pandemic Influenza Preparedness and Response. A WHO Guidance Document*, 2010, 20, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44123/9789241547680\\_eng.pdf;jsessionid=780EDDC465496968744709AA64AB5562?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44123/9789241547680_eng.pdf;jsessionid=780EDDC465496968744709AA64AB5562?sequence=1).

<sup>55</sup> *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, [https://www.who.int/news-room/detail/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> In tal senso, P.A. VILLAREAL, *The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law*, in *Völkerrechtsblog*, 28 January 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/the-2019-2020-novel-coronavirus-outbreak-and-the-importance-of-good-faith-for-international-law/>.

<sup>58</sup> La dottrina ritiene che una mancata comunicazione di dati epidemiologici relativi ad un'epidemia ravvisi una violazione dei c.d. *minimum core obligations* previsti nell'ambito del diritto alla salute tutelato dall'art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (1966). In tal senso, L. GOSTIN, Z. LAZZARINI, *Human Rights and Public Health Law in the AIDS Pandemic*, Oxford, 1997, 29 ss.

costituire un rischio per la salute pubblica di altri Paesi a causa di una diffusione internazionale; debba richiedere una risposta coordinata a livello globale perché è un evento inaspettato, serio o inusuale; debba avere ripercussioni transfrontaliere che richiedano un'azione immediata<sup>59</sup>. Non è sempre stato così nella prassi del Direttore generale: ad esempio, nel 2019 ha dichiarato emergenza sanitaria il focolaio di Ebola nella Repubblica Democratica del Congo in assenza di comprovate ripercussioni transfrontaliere.

Nel caso del CoViD-19, alla dichiarazione di emergenza sanitaria sono seguite raccomandazioni generali rivolte sia alla Cina sia agli Stati Membri<sup>60</sup>. Consapevole già all'epoca che un'ulteriore esportazione di casi fosse altamente probabile, il Direttore generale ha chiesto a tutti i Paesi di essere preparati per il contenimento del virus, tramite la sorveglianza attiva, la diagnosi precoce, l'isolamento e il tracciamento dei casi, oltre a condividere tutte le informazioni con l'OMS. In sostanza, veniva richiesto agli Stati non solo di limitarsi a misure passive di isolamento sociale, ma di adottare politiche attive volte a tracciare e isolare ogni persona che fosse potenzialmente venuta in contatto con un contagiato; è il c.d. modello coreano che ha avuto successo nel contenimento della pandemia in Corea del Sud; e l'invito ad agire in tale direzione è stato reiterato in tutti i successivi comunicati stampa del Direttore generale<sup>61</sup>. All'epoca il Comitato non raccomandava «any travel or trade restriction». In linea generale, l'OMS, come già visto, giudica non necessarie, se non addirittura controproducenti politiche volte a limitare il commercio internazionale. Nel documento successivo, lo *Strategic Preparedness Response Plan for COVID-19*<sup>62</sup> – lo strumento tecnico principale messo a disposizione degli Stati Membri dell'OMS – anche se l'Organizzazione si è mostrata possibilista in merito a misure restrittive sui voli e sullo spostamento delle persone,<sup>63</sup> non ha mai raccomandando, tuttavia, di bloccare i voli.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> D. L. HEYMANN ET AL., *Zika virus and microcephaly: why is this situation a PHEIC?*, in *The Lancet*, 2016, 719.

<sup>60</sup> *Supra*, nota 13.

<sup>61</sup> Alcuni sostengono che una misura fondamentale per rallentarne la diffusione e proteggere le strutture sanitarie, le case di riposo e altre aree vitali, consista nel non limitarsi a testare i casi sospetti, ma nell'effettuare uno *screening* su tutta la popolazione. L'OMS ha, tuttavia, sconsigliato tamponi di massa e ha raccomandato «testing contacts of confirmed cases only if they show symptoms of COVID-19». *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 16 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-16-march-2020>.

<sup>62</sup> *Strategic preparedness and response plan for the new coronavirus*, 3 February 2020, <https://www.who.int/publications-detail/strategic-preparedness-and-response-plan-for-the-new-coronavirus>. V. anche *COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan. Country Preparedness and Response Status for COVID-19 as of 16 March 2020*, <https://www.who.int/internal-publications-detail/updated-country-preparedness-and-response-status-for-covid-19-as-of-16-march-2020>.

<sup>63</sup> Nelle linee guida del 16 marzo 2020, l'OMS, ha stabilito che «however, in certain specific circumstances, such as uncertainty about the severity of a disease and its transmissibility, measures that restrict the movement of people may prove temporarily useful at the beginning of an outbreak to allow time to implement preparedness activities, and to limit the international spread of potentially highly infectious cases».

<sup>64</sup> Nelle raccomandazioni adottate in seguito alla terza riunione dell'*Emergency Committee* del 30 aprile 2020 (*supra*, nota 13) il Direttore generale ha sostenuto che fosse necessario “to develop strategic guidance with partners for the gradual return to normal operations of passenger travel in a coordinated manner that provides appropriate protection when physical distancing is not feasible” e che fosse essenziale allo stesso tempo “to enable essential travel needed for pandemic response, humanitarian relief, repatriation, and cargo operations.”.

In linea generale, lo *Strategic Preparedness and Response Plan for COVID-19* pone gli obiettivi di rallentare e bloccare la trasmissione del virus; fornire cure ottimizzate per tutti i pazienti, specialmente quelli seriamente ammalati; ridurre l'impatto dell'epidemia sui sistemi sanitari, i servizi sociali e le attività economiche. In altre parole, contiene istruzioni di carattere tecnico a completamento e approfondimento di quanto previsto dalle raccomandazioni temporanee.

### 3.1.1. La prassi dell'OMS e i problemi di legittimità del Direttore generale

La prassi recente evidenzia 6 PHEICs dichiarate tra il 2009 e il 2020. Caratteristica comune a queste emergenze sanitarie è che sono originate da Paesi in via di sviluppo dell'Africa Subsahariana (Polio ed Ebola) o in economie emergenti (Brasile, Cina, Messico rispettivamente per Zika, CoViD-19 e A H1N1). Inoltre, le dichiarazioni del Direttore generale non sono state esenti da critiche, per conflitto di interessi (A H1N1), eccessivo ritardo (Ebola nel 2014), eccesso di zelo (Polio nel 2014 e Zika nel 2016).<sup>65</sup> La dichiarazione del 2019 ha poi sollevato il tema di come gestire una divergenza di opinioni tra il Direttore generale e l'*Emergency Committee* sull'opportunità o meno di dichiarare un'emergenza sanitaria (furono necessarie ben quattro convocazioni del Comitato prima di arrivare ad una posizione comune); tale tema è anche riemerso con il CoViD-19, dato che in un primo momento il Comitato è stato restio nel dichiarare una PHEIC. In linea generale, comunque, il Direttore generale anche se ha i poteri per dichiarare unilateralmente un'emergenza sanitaria, nella prassi non ha mai scavalcato l'*Emergency Committee*, anche se ciò ha determinato ritardi fatali nel dichiarare un'emergenza, come testimoniato prima dall'Ebola nel 2014 poi dal CoViD-19 nel 2020.

La prima dichiarazione risale al 2009 a causa dell'influenza suina (o influenza A H1N1) originatasi in Messico<sup>66</sup>; in quel caso l'OMS venne accusata di avere sovrastimato l'epidemia (tanto da dichiarare una pandemia con fase di allerta 6) e di essere stata influenzata dal settore farmaceutico, ovviamente interessato ai profitti legati allo sviluppo di un vaccino<sup>67</sup>. In particolare, si parlò di conflitto di interessi da parte dei membri dell'*Emergency Committee* (i cui nominativi non vennero resi pubblici dall'allora Direttore generale), che avrebbero agito non sulla base di evidenze scientifiche, ma su pressioni dell'industria farmaceutica<sup>68</sup>.

La seconda emergenza sanitaria, tuttora in corso<sup>69</sup>, venne dichiarata nel 2014 a causa della diffusione internazionale di focolai di alcuni ceppi di poliovirus selvatico (si ebbe l'esportazione di casi di Polio

<sup>65</sup> M. Barna, *WHO process for declaring health emergencies scrutinized: COVID-19 response shows limitations*, in *The Nation's Health*, April 2020, 50 (2), 1 ss.

<sup>66</sup> *Statement by WHO Director-General, Dr Margaret Chan, 25 April 2009*, [https://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1\\_20090425/en/](https://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_20090425/en/).

<sup>67</sup> S. SMALLMANN, *Whom do you trust? Doubt and conspiracy theories in the 2009 influenza pandemic*, in *International & Global Studies*, 2015, 1 ss.

<sup>68</sup> R. LOWE, *WHO Says Failure to Disclose Conflict of Interests of Pandemic Advisors Was an "Oversight"*, in *Medscape*, 8 giugno 2020, <https://www.medscape.com/viewarticle/723191>.

<sup>69</sup> *Statement of the Twenty-Second IHR Emergency Committee Regarding the International Spread of Poliovirus*, 3 October 2019, <https://www.who.int/news-room/detail/03-10-2019-statement-of-the-twenty-second-ihremergency-committee-regarding-the-international-spread-of-poliovirus>.

da Paesi ancora endemici a Stati vicini)<sup>70</sup>. Contrariamente alla *ratio* della dichiarazione di PHEIC, che dovrebbe essere legata ad una situazione eccezionale e temporanea, l'epidemia di polio dura da oltre 6 anni<sup>71</sup>. Il virus della polio rappresenta un'emergenza critica – nonostante l'esistenza di un vaccino – originatasi in Paesi in cui i conflitti armati, l'instabilità politica ed economica contribuiscono al degrado dei sistemi sanitari e ad un'inappropriata copertura vaccinale. Nel caso specifico, la dichiarazione ha avuto come obiettivo primario quello di richiamare l'attenzione della comunità internazionale nei confronti un problema altrimenti sottostimato.

L'Ebola è stata dichiarata un'emergenza sanitaria ben due volte, nel 2014 e nel 2019. La prima volta, l'epidemia di Ebola scoppiata nell'Africa Occidentale (Guinea, Liberia, Nigeria e Sierra Leone) e durata dal 2014 al 2016, ha ucciso oltre 11,000 persone e ne ha infettate più di 30,000<sup>72</sup>. La seconda è stata dichiarata nel 2019 e ha colpito principalmente la Repubblica Democratica del Congo, un Paese che ha affrontato un lungo periodo di guerra civile e instabilità politica<sup>73</sup>.

I due casi di Ebola sottintendono alcune riflessioni: la prima è che ovviamente non sono state le prime epidemie di Ebola nell'Africa sub-sahariana (dal 1976 data in cui venne registrato il primo caso si registrano periodicamente *cluster* epidemici in diversi Stati dell'Africa Subsahariana); inoltre prima del 2014 non veniva data molta attenzione nei mezzi di comunicazione a questo gravissima malattia che ha un elevatissimo tasso di mortalità. Tuttavia, dato che nel 2014 vennero registrati alcuni casi in Paesi occidentali vi fu una mobilitazione senza precedenti per timore di un contagio globale. Il ritardo con cui venne dichiarata l'emergenza sanitaria dell'Ebola nel 2014 e il ruolo prioritario che venne assunto dal Consiglio di sicurezza hanno messo a dura prova i poteri e le funzioni del Direttore generale dell'OMS<sup>74</sup>.

Alla luce di quella che viene definita in dottrina come un «dysfunctional behaviour» che è tipico dell'eccessiva burocratizzazione delle organizzazioni intergovernative, non è mancato chi ha invocato una riforma radicale dell'OMS in seguito alla fine della crisi di Ebola<sup>75</sup>.

L'emergenza di Zika venne dichiarata nel 2016 e per la prima volta un'epidemia ebbe il suo epicentro in Sud America<sup>76</sup>. L'evento rappresentato dalle Olimpiadi di Rio e il fatto che la Zika causasse serie

<sup>70</sup> Polio: Statement of the Twenty-first IHR Emergency Committee Regarding the International Spread of Poliovirus, 29 May 2014, <https://www.who.int/news-room/detail/29-05-2019-statement-of-the-twenty-first-ihr-emergency-committee>.

<sup>71</sup> Questo *trend* è continuato nei primi mesi del 2014. Una diffusione internazionale del virus è avvenuta da 3 dei 10 Paesi endemico-epidemici: in Asia centrale (dal Pakistan all'Afghanistan), in Medio oriente (dalla Siria all'Iraq) e in Africa centrale (dal Camerun alla Guinea equatoriale).

<sup>72</sup> <https://www.cdc.gov/vhf/ebola/history/2014-2016-outbreak/index.html>.

<sup>73</sup> Statement on the meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee for Ebola virus disease in the Democratic Republic of the Congo, 18 October 2019, <https://www.who.int/ihr/en/>.

<sup>74</sup> I primi casi di Ebola vennero riportati da *Médecine Sans Frontières* e dal governo della Guinea nel marzo 2014; tuttavia, il Direttore generale dichiarò una PHEIC solo l'8 agosto 2013. Sui problemi di legittimità relativi al ritardo nella dichiarazione di emergenza sanitaria, cfr. G.L. BURCI, *Tutela della salute ed evoluzione della sicurezza collettiva*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali ed interessi particolari*, Atti del XXI Convegno della SIDI, Napoli, 2016, 67 ss. at 77.

<sup>75</sup> A. KAMRADT-SCOTT, *WHO's to blame? The World Health Organization and the 2014 Ebola outbreak in West Africa*, in *Third World Quarterly*, 2016, 41 ss.

<sup>76</sup> WHO statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) (IHR 2005) Emergency Committee on Zika virus and observed increase in neurological disorders and neonatal malformations, 1 Febru-

malformazioni nei neonati furono i due fattori che spinsero all'adozione della dichiarazione di emergenza sanitaria<sup>77</sup>.

La dichiarazione del 2019 relativa a un *cluster* di Ebola nella Repubblica Democratica del Congo rivelò l'esistenza di forti contrasti tra il Direttore generale e l'*Emergency Committee*<sup>78</sup>. Come noto, una dichiarazione di emergenza sanitaria ha effetti positivi per lo Stato interessato (ad esempio, catalizza l'attenzione dell'opinione pubblica sul problema), ma allo stesso tempo può dare luogo a misure restrittive da parte di altri Paesi (anche se, ai sensi dell'art. 43 del Regolamento Sanitario, tali misure non possono essere adottate arbitrariamente)<sup>79</sup>.

Pertanto, misure quali embarghi, blocchi dei voli e dei commerci rischierebbero di peggiorare ulteriormente l'economia e le condizioni di vita di popolazioni fragili già duramente colpite da malattie di vario genere.

Parte della dottrina, pertanto, ritiene che, alla luce delle problematiche emerse nella gestione delle precedenti emergenze sanitarie, l'autorità pubblica del Direttore generale sia sta già seriamente messa in crisi ancor prima del COVID-19<sup>80</sup>. Dato che l'OMS non ha la possibilità di adottare contromisure nei confronti degli Stati che non si conformino a quanto previsto dal Regolamento Sanitario o dalle raccomandazioni tecniche, risulta evidente che la sua capacità di *governance* risieda nella legittimità che gli Stati attribuiscono all'Organizzazione. Infatti, avendo un interesse specifico alla tutela della salute pubblica, i governi nazionali decidono se rispettare o meno le sue raccomandazioni

---

ary 2016, [https://www.who.int/news-room/detail/01-02-2016-who-statement-on-the-first-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-\(ihr-2005\)-emergency-committee-on-zika-virus-and-observed-increase-in-neurological-disorders-and-neonatal-malformations](https://www.who.int/news-room/detail/01-02-2016-who-statement-on-the-first-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-(ihr-2005)-emergency-committee-on-zika-virus-and-observed-increase-in-neurological-disorders-and-neonatal-malformations).

<sup>77</sup> Vi sono fattori di originalità nella gestione della Zika da parte dell'OMS. Il primo è che l'emergenza sanitaria venne proclamata in assenza di dati epidemiologici significativi e opinioni discordanti nella comunità scientifica, il secondo è che l'emergenza fu la "conseguenza" dell'infezione, che comportava malformazioni neurologiche nei neonati, non l'infezione stessa. D.L. HEYMANN ET AL, *Zika Virus and Microcephaly, why is this situation a PHE-IC*, in *The Lancet*, 10 February 2016, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)00320-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)00320-2/fulltext).

<sup>78</sup> In breve, il Comitato dichiarò che, a suo giudizio, non vi fosse alcun beneficio aggiunto nel dichiarare un'epidemia di Ebola, ma erano maggiori i possibili effetti negativi in termini di impatto sull'economia e sul turismo. V. *Statement on the Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee for Ebola Virus Disease in the Democratic Republic of the Congo on 12th April 2019*, WHO, [https://www.who.int/news-room/detail/12-04-2019-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-for-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo-on-12th-april-2019](https://www.who.int/news-room/detail/12-04-2019-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-for-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo-on-12th-april-2019). Tale posizione di chiusura venne reiterata nella riunione del giugno 2019, *Statement on the Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee for Ebola Virus Disease in the Democratic Republic of the Congo*, WHO, 14 June 2019, [https://www.who.int/news-room/detail/14-06-2019-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-for-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo](https://www.who.int/news-room/detail/14-06-2019-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-for-ebola-virus-disease-in-the-democratic-republic-of-the-congo).

<sup>79</sup> Gli Stati Parti al RSI possono adottare misure straordinarie che interferiscono con il commercio e il traffico aereo solamente se queste siano supportate dai dati scientifiche, commisurate ai rischi e in linea con gli standard di tutela dei diritti umani. R. HABIBI, G.L. BURCI, T.C. DE CAMPOS, D. CHIRWA, M. CINÀ, S. DAGRON, M. ECCLESTON-TURNER, L. FORMAN, L.O. GOSTIN, B.M., MEIER, S. NEGRI, G. OOMS, S. SEKALALA, A. TAYLOR, A. ELY YAMIN, S.J. HOFFMAN, *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, in *The Lancet*, 2020, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30373-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext).

<sup>80</sup> C. Wenham, *What we have learnt about the World Health Organization from the Ebola outbreak*, in *Philosophical Transactions*, 2017, 372 ss.

esclusivamente basandosi su una valutazione del livello di fiducia nei confronti delle capacità tecniche e dell'imparzialità dell'OMS.

### 3.2. Dall'epidemia alla pandemia

Prima di arrivare alla dichiarazione di una pandemia ci sono dei passaggi intermedi. In primo luogo, quando una determinata malattia infetta un elevato numero persone in una determinata zona in un breve arco di tempo siamo in presenza di un focolaio o *cluster*. Ad esempio, gli USA hanno registrato una serie di focolai di morbillo a partire dal 1992 con un picco registrato nel 2019<sup>81</sup>.

La crisi internazionale rappresentata dal CoViD-19 è iniziata con un primo focolaio a Wuhan in Cina nel dicembre 2019, anche se alcuni ritengono che il primo contagio risalga addirittura al 17 novembre 2019<sup>82</sup>. All'inizio, tuttavia, nulla lasciava presagire una pandemia, dal momento che non si registrava una diffusione significativa al di fuori della Cina e le autorità cinesi hanno dichiarato con ritardo l'emergenza nazionale.

Il passaggio successivo è rappresentato dalla epidemia, definita dall'OMS come «the occurrence in a community or region of cases of an illness [...] clearly in excess of normal expectancy»<sup>83</sup>. La soglia per dichiarare un'epidemia è rappresentata da «the critical number or density of susceptible hosts required for an epidemic to occur. The epidemic threshold is used to confirm the emergence of an epidemic so as to step-up appropriate control measures»<sup>84</sup>. Il *Center for Disease Control* Statunitense definisce un'epidemia come «an increase, often sudden, in the number of cases of a disease above what is normally expected in a region»<sup>85</sup>.

L'HIV/AIDS è classificato come epidemia e non pandemia con circa 40 milioni di sieropositivi al mondo (37.9 milioni), 770,000 morti e 1,7 milioni di infettati al 2018, dato che esistono terapie valide che hanno trasformato l'infezione da HIV da malattia mortale a malattia cronica nei Paesi industrializzati<sup>86</sup>.

Il 5 marzo 2020 lo stesso Direttore Generale dell'OMS ha espressamente qualificato il CoViD-19 come un'epidemia, affermando che «this epidemic is a threat for every country, rich and poor»<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> <https://www.cdc.gov/measles/cases-outbreaks.html>.

<sup>82</sup> Tale notizia è stata riportata dal *South China Morning Post*, <https://www.scmp.com/news/china/society/article/3074991/coronavirus-chinas-first-confirmed-covid-19-case-traced-back>.

<sup>83</sup> <https://www.who.int/hac/about/definitions/en/>.

<sup>84</sup> *Pandemic Influenza Preparedness and Response: A WHO Guidance Document*: «an influenza pandemic occurs when an influenza A virus [...] acquires the ability to cause sustained human-to-human transmission leading to community-wide outbreaks. Such a virus has the potential to spread rapidly worldwide, causing a pandemic».

<sup>85</sup> <https://www.cdc.gov/csels/dsepd/ss1978/lesson1/section11.html>.

<sup>86</sup> <https://www.who.int/gho/hiv/en/>. Sulle recenti strategie messe in atto a livello globale per rallentare la diffusione dell'HIV/AIDS, J. MYHRE, D. SIFRIS, *Can the UN Strategy to End HIV Epidemic Work? Policymakers call for an end to the epidemic by 2030*, in *verywellhealth*, 12 February 2020, <https://www.verywellhealth.com/united-nations-90-90-90-strategy-aims-to-end-hiv-epidemic-4105202>. Più in generale, D. PATTERSON, L. LONDON, *International law, human rights and HIV/AIDS*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2002, 964 ss.; I.R. PAVONE, *HIV/AIDS and International Human Rights Law*, in *LawAsia Journal*, 2009, 96 ss.

<sup>87</sup> *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 5 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---5-march-2020>.

Lo stadio finale è quello della pandemia, generalmente considerata come «an epidemic occurring over a very wide area, crossing international boundaries, and usually affecting a large number of people»<sup>88</sup>. Il criterio principale preso a riferimento dall'OMS è quello del grado di diffusione di un determinato virus su scala globale e non del livello di mortalità, sebbene la soglia specifica per determinare un "elevato" grado di diffusione sia vaga e discrezionale<sup>89</sup>. L'unico parametro è quello previsto dalle linee guida dell'OMS sulle pandemie influenzali che stabiliscono che per dichiarare la presenza di una pandemia in fase 6 è necessaria la diffusione del virus in più regioni dell'OMS<sup>90</sup> (fasi 1-3 predominanza di infezioni animali, pochi casi trasmessi all'uomo; 4-5 trasmissione uomo-uomo sostenuta; 6 ampia e diffusa infezione nell'uomo).

Pertanto, l'OMS ha deciso di definire una pandemia prendendo come modello di riferimento l'influenza A/H1N1. Una spiegazione di questa scelta risiede nell'esperienza del passato che ha mostrato il potenziale di diffusione dei ceppi influenzali; la più grande catastrofe sanitaria della storia, l'influenza spagnola del 1918-1919 venne appunto causata da un ceppo dell'influenza. Alla luce di questo scenario di rischio, l'OMS ha adottato le citate linee guida che offrono definizioni e suggeriscono misure di risposta ad una pandemia<sup>91</sup>.

Le caratteristiche principali delle pandemie possono essere riassunte in: ampia estensione geografica, facilità di contagio, diffusione rapida, immunità minima tra la popolazione, elevata infettività (il termine non si applica a malattie non trasmissibili)<sup>92</sup>. Pertanto, altre variabili come la severità della patologia correlata al virus o la non-trasmissibilità non si applicano a tale definizione. All'11 marzo 2020 il numero di casi al di fuori della Cina era aumentato di 13 volte ed il numero di Stati coinvolti era triplicato (oltre 118,000 casi in 110 Paesi).

La scelta di classificare una determinata malattia infettiva come una pandemia indica che si è ufficialmente sparsa nel mondo ed è anche il riflesso della preoccupazione dell'OMS che il numero di casi, morti e Paesi colpiti continueranno a crescere. L'influenza A/H1N1 venne ufficialmente considerata dall'OMS alla stregua di una pandemia (2009), con un tasso di infezione pari a 1 su 5, ma un tasso di mortalità molto basso 0.02% (ciò ha infatti sollevato critiche di eccessivo allarmismo a posteriori)<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> M. PORTA, *A Dictionary of Epidemiology*. 6th ed, Oxford, 2014.

<sup>89</sup> L'assenza al criterio della gravità, unitamente a quello geografico è stato oggetto di critiche, riportate in P. DOSHI, *The elusive definition of pandemic influenza*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2011, 532 ss.; D. FIDLER, *H1N1 after action review: learning from the unexpected, the success and the fear*, in *Future Microbiology*, 2009, 767; P. LOPALCO, *L'Organizzazione mondiale della sanità*, in *Manuale critico di sanità pubblica*, a cura di F. CALMO-SPECCHIA (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2015, 318.

<sup>90</sup> Gli Stati Membri dell'OMS sono raggruppati in 6 regioni: regione Africana, regione delle Americhe, regione del Sud-Est Asiatico, regione Europea, Regione del Mediterraneo dell'Est e regione del Pacifico Occidentale. [https://www.who.int/healthinfo/global\\_burden\\_disease/definition\\_regions/en/](https://www.who.int/healthinfo/global_burden_disease/definition_regions/en/).

<sup>91</sup> D.M. MORENS, J. K. TAUBENBERGER, *The Mother of All Pandemics Is 100 Years Old (and Going Strong)!* in *Am J Public Health*, 2018, 1449 ss.

<sup>92</sup> Per approfondimenti, D. MORENS, G. FOLKERS, A. FAUCI, *What is a Pandemic?* in *The Journal of Infectious Diseases*, 2009, 1018.

<sup>93</sup> [https://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1\\_pandemic\\_phase6\\_20090611/en/](https://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_pandemic_phase6_20090611/en/).

Il caso dell'A/H1N1 è generalmente considerato come un "cry wolf", ovvero una situazione in cui si è registrata una reazione spropositata da parte dell'Organizzazione<sup>94</sup>. Questo è forse uno dei motivi per cui l'OMS è stata molto cauta nel classificare il CoViD-19 come pandemia. Nel passato, la diffusione di altri coronavirus è stata molto pericolosa, ma non ha raggiunto il livello di pandemia. L'epidemia della SARS nel 2002-2003 – contenuta principalmente in Cina e a Hong Kong – ha avuto una mortalità pari al 14-15%<sup>95</sup>. Ma, dal momento che la malattia è stata frenata velocemente, non ha mai raggiunto la soglia delle pandemie e nessuno caso è stato più registrato dal 2004. Il rapido contenimento della SARS in assenza di una terapia e di un vaccino viene considerato come un successo della *global health governance* così come della cooperazione internazionale<sup>96</sup>.

Allo stesso tempo, l'ancora più mortale coronavirus MERS (*Middle East Respiratory Syndrome*) – con un tasso di mortalità del 35%<sup>97</sup> – non è mai stato molto contagioso ed è circolato molto lentamente, non avendo mai raggiunto la dimensione di pandemia. La MERS ha avuto origine in Arabia Saudita e la trasmissione si è limitata a quella regione (sebbene si sia registrato un unico caso di un turista proveniente dal Medio Oriente che ha trasmesso la malattia in Sud Corea)<sup>98</sup>.

A volte, tuttavia, pandemie hanno avuto nel contempo sia un elevato tasso di mortalità sia di trasmissibilità. Questo è probabilmente lo scenario peggiore, rappresentato dalla pandemia di influenza nel biennio 1918-1919 che – aiutata a diffondersi dallo spostamento di truppe durante la Prima Guerra Mondiale – uccise milioni di persone.

#### 4. La Dichiarazione di Pandemia dell'OMS: conseguenze

Il Direttore generale aveva sostenuto il 9 marzo 2020 che, alla luce dell'incertezza in merito all'impatto della malattia su molti Paesi ed alle concrete possibilità di contenimento, la parola pandemia non fosse ancora appropriata, salvo poi dichiararla l'11 marzo 2020<sup>99</sup>.

Il 23 marzo 2020 il Direttore generale ha poi sottolineato che la pandemia è in fase di crescita esponenziale raccomandando ancora una volta ai Paesi di non limitarsi al distanziamento sociale, ma di adottare tattiche aggressive testando ogni sospetto contagiato, isolando e curando ogni caso confermato e tracciato e mettendo in quarantena ogni contatto<sup>100</sup>.

Tale dichiarazione rappresenta il massimo livello di allarme sanitario possibile ed ha una serie di conseguenze politiche e di *governance*.

<sup>94</sup> R. WATSON, *WHO is accused of "crying wolf" over swine flu pandemic*, in *British Medical Journal*, 2010, 340 ss.

<sup>95</sup> R. Ross, *Estimates of SARS death rates revised upward*, in *CIDRAP News*, 2013, <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2003/05/estimates-sars-death-rates-revised-upward>.

<sup>96</sup> A. WILDER-SMITH, C.J. CHIEW, V. J. LEE, *Can we contain the COVID-19 outbreak with the same measures as for SARS?*, in *The Lancet*, 5 March 2020, [https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30129-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30129-8/fulltext).

<sup>97</sup> <https://www.who.int/emergencies/mers-cov/en/>.

<sup>98</sup> <https://www.who.int/csr/don/31-january-2020-mers-united-arab-emirates/en/>.

<sup>99</sup> Sull'eccessivo ritardo nella dichiarazione di pandemia, E. CALLAWAY, *Time to use the p-word? Coronavirus enter dangerous new phase*, in *Nature*, 2020, 579.

<sup>100</sup> WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 23 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---23-march-2020>.

Sotto il profilo operativo, la dichiarazione è una “chiamata alle armi” per gli Stati Membri. Infatti, il Direttore generale ha chiesto ai governi di attivare i piani nazionali di risposta alle pandemie (“I remind all countries that we are calling on you to activate and scale up your emergency response mechanisms”). Inoltre, la dichiarazione contiene alcune indicazioni generali rivolte ai Paesi su quali misure adottare: gli Stati debbono identificare, testare, trattare, isolare, tracciare i casi, oltre a impegnarsi a coinvolgere e informare la popolazione nella risposta alla pandemia. Oltre a ciò, il Direttore generale ha richiesto agli Stati di trovare un equo compromesso tra le esigenze di tutela della salute pubblica, e allo stesso tempo quelle economiche e sociali e di rispettare i diritti umani.

Il Direttore Generale ha sottolineato che le misure di distanziamento sociale, autoisolamento e quarantena siano la strategia principale per contrastare e ritardare la trasmissione del virus, dato che molti infettati sono contagiosi e asintomatici (“pre-symptomatic transmission”)<sup>101</sup>. Infatti, la dichiarazione di pandemia viene fatta quando le autorità nazionali non possono più contenere la diffusione della malattia e debbono giocoforza adottare strategie di mitigazione per “diluire” il contagio nella popolazione (c.d. “lockdown”).

Dichiarare una pandemia può produrre poi un effetto giuridico diretto, dato che può determinare l’attivazione dei piani per le pandemie da parte dei singoli Paesi (che resta comunque una scelta discrezionale dei singoli Stati Membri)<sup>102</sup>, come stabilito dalle linee guida dell’OMS sulle pandemie in-

<sup>101</sup> In un primo momento l’OMS aveva dato indicazioni agli Stati nel senso di non considerare gli asintomatici come possibili vettori del CoViD-19. Infatti, le prime linee guida tecniche (*Global Surveillance for human infection with novel coronavirus (2019-nCoV): interim guidance* 31 January 2020, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/330857>) non includevano gli asintomatici tra i casi sospetti, e, pertanto, non raccomandavano alle autorità nazionali di condurre test su questa categoria di persone. Infatti, il criterio principale per effettuare un test su un paziente era rappresentato da una “severe acute respiratory infection”. Anche il successivo *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)* (<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>), ricalcava nelle sue raccomandazioni la decisione delle autorità cinesi – nelle prime fasi della pandemia – di escludere gli asintomatici come possibile veicolo di trasmissione, sostenendo che «the proportion of truly asymptomatic infection is unclear but appears to be relatively rare and does not appear to be a major driver of transmission». Tali affermazioni sono state in seguito smentite dagli stessi dati riportati dalla Cina a partire dal mese di aprile 2020, secondo cui la maggior parte dei pazienti infetti da COVID-19 (4/5) sarebbero privi di sintomi. Cfr. M. DAY, *Covid-19: four fifths of cases are asymptomatic, China figures indicate*, in *British Medical Journal*, 2 aprile 2020, <https://www.bmj.com/content/bmj/369/bmj.m1375.full.pdf>.

<sup>102</sup> L’Italia ha un Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale, [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_501\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_501_allegato.pdf).

fluenzali<sup>103</sup>. Pertanto, si può sostenere che gli Stati debbano attivare i piani nazionali per le pandemie non alla luce del RSI, ma delle linee guida sulle pandemie influenzali<sup>104</sup>.

La dichiarazione di pandemia di CoViD-19 da parte di un organismo tecnico come l'OMS può essere considerata come il tentativo di esercitare una "International Public Authority" attraverso strumenti informali forniti dal diritto internazionale<sup>105</sup>. Si è in presenza, in sostanza, di un'attività di *governance* da parte di istituzioni internazionali volta a indirizzare l'azione di altre istituzioni pubbliche (come gli Stati e i governi nazionali), ma anche individui e imprese, mediante atti non vincolanti<sup>106</sup>. L'autorità viene, pertanto, definita come «the legal capacity to determine others and to reduce their freedom, i.e. to unilaterally shape their legal or factual situation»<sup>107</sup>.

Nel caso di specie si è in presenza di atto unilaterale adottato da un organo non rappresentativo e non votato in seno ad un organo assembleare, che richiede agli Stati di attuare determinate misure di contenimento e mitigazione, con l'obiettivo di perseguire un fine comune, che è quello della tutela della sanità pubblica. Infatti, una pandemia viene dichiarata non sulla base di considerazioni politiche e di un'ampia partecipazione democratica (infatti non viene discussa e votata in seno alla *World Health Assembly*), ma esclusivamente sulla scorta di considerazioni scientifiche; di fatto è la comunità scientifica, rappresentata dal Comitato di esperti, che fornisce un parere al Direttore generale suggerendo quando vi siano i presupposti per dichiarare una pandemia. Quindi, anche se priva di effetti giuridici vincolanti, una dichiarazione di pandemia ha una notevole "legittimità morale" che va ben oltre la mera distinzione tra *hard law* e *soft law* e costituisce un caso di «governance through information»<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Secondo il *Pandemic Influenza Risk Management: WHO Interim Guidance (2017)*, «[t]he determination of a declaration of a pandemic may trigger certain regulatory actions by WHO and Member States», *ivi*, 14; <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259893/WHO-WHE-IHM-GIP-2017.1-eng.pdf;jsessionid=FF0E44DE342CCEF9F0A31E1EFB14C8E8?sequence=1>. Infatti, una dichiarazione di pandemia, come detto, informa gli Stati che si è in fase 6, fase che prevede, secondo le citate linee guida, l'attivazione dei piani nazionali contro le pandemie. La tabella 3 del *Pandemic Influenza Preparedness Framework*, che elenca le azioni principali degli Stati per ogni singola fase di una pandemia, prevede in fase 6, «[p]andemic response: each country to implement actions as called for in their national plans».

<sup>104</sup> Il RSI si limita a stabilire che ogni Stato Parte debba «establish, operate and maintain a national public health emergency response plan [...] to respond to events that may constitute a public health emergency of international concern» (dall'Annesso I, lect. 6 g.).

<sup>105</sup> In merito P. VILLAREAL, *Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2016, 95.

<sup>106</sup> A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, cit., 3 ss. at 5.

<sup>107</sup> *Ivi*, 11-12.

<sup>108</sup> In generale, sul ruolo dell'informazione nel contesto delle istituzioni internazionali, A. VON BOGDANDY, M. GOLDMANN, I. VENZKE, *From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority*, in *European Journal of International Law*, 2017, 115 ss. at 143. In sostanza, tale teoria, che tra la propria origine dagli studi sull'impatto dell'informazione quale strumento di *governance* nello Stato moderno, viene traslata a livello internazionale. Essa parte dalla constatazione del fatto che le organizzazioni internazionali facciano largamente ricorso ad atti informali. Si tratta di rapporti, linee guida tecniche, indici (ad esempio lo *Human Development Index* dell'UNDP), dati, che influenzano le politiche dei singoli Stati. L'OMS, nel caso specifico del CoViD-19, ha pubblicato regolarmente atti atipici sotto forma di comunicati stampa con dati aggiornati sull'andamento della pandemia, documenti tecnici (*technical guidance*), note scientifiche

Pertanto, è corretta la tesi per cui un'organizzazione internazionale prettamente tecnica come l'OMS acquista maggiore legittimità – e pertanto rispetto delle sue linee guida, rapporti tecnici, note scientifiche – da parte dei Paesi Membri, tanto più è indipendente rispetto ai processi decisionali tipici della politica<sup>109</sup>.

La scelta di classificare il CoViD-19 come una pandemia ha avuto, tuttavia, implicazioni politiche. Alla stregua della decisione del Consiglio di sicurezza di dichiarare l'Ebola come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali con la nota Risoluzione 2177/2014, l'OMS ha voluto catalizzare l'attenzione della comunità internazionale per ottenere una risposta il più coordinata possibile ed ottenere fondi e risorse addizionali a disposizione. Non a caso il 13 marzo 2020 l'OMS ha lanciato una nuova iniziativa di finanziamento, il *COVID-19 Solidarity Response Fund*<sup>110</sup>, che permette a privati, aziende ed istituzioni di donare fondi per la lotta al CoViD-19.

Il Fondo – in linea con le azioni previste dal *COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan* – ha l'obiettivo di rafforzare i sistemi sanitari di tutti i Paesi, in particolar modo di quelli maggiormente vulnerabili e a maggior rischio – per individuare rapidamente nuovi casi, bloccare la trasmissione del virus e prendersi cura degli infetti.

Il Direttore generale dell'OMS, in particolare, con la dichiarazione ha voluto denunciare gli allarmanti livelli di inazione da parte di alcuni Stati, il cui ritardo nell'attuare misure di distanziamento sociale e politiche di “testing, tracking, tracing” ha determinato una rapida diffusione del virus, ed ha pertanto fatto ricorso alla propria autorità pubblica. Ovviamente l'OMS non può criticare pubblicamente un Paese Membro, né tantomeno può adottare contromisure per violazione del RSI, dato che il rispetto delle norme contenute sia nel Regolamento sanitario, sia nelle raccomandazioni e linee guida, si basa esclusivamente sulla volontà politica dei singoli Stati e sulla loro buona fede. Risulta evidente, tuttavia, che alcuni Stati abbiano sottovalutato all'inizio la minaccia del CoViD-19 – anche a causa del ritardo dell'OMS nel dichiarare una PHEIC e della fallacità delle sue prime linee guida tecniche (che non raccomandavano di effettuare il test sugli asintomatici) – e abbiano adottato (per lo meno in una prima fase) misure troppo blande (si pensi, su tutti, al Regno Unito e agli USA). La stessa Cina, non avendo comunicato tempestivamente all'OMS i primi focolai di epidemia di CoViD-19 e fornito repentinamente dati epidemiologici corretti, ha palesemente violato gli art. 7 e 19, lect. (c) del RSI. Allo stesso modo, Paesi che hanno adottato con lentezza misure di contenimento del virus, hanno violato

---

(*scientific briefs*), rapporti (v. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>) con cui ha indubbiamente indirizzato in qualche misura le politiche sanitarie nazionali per la gestione del nuovo coronavirus. Infatti, i governi nazionali, sulla base degli indicatori dell'OMS, hanno poi orientato alcuni punti della loro azione di contrasto, seppure con modalità e tempi diversi.

<sup>109</sup> Sul tema della legittimità dell'OMS in quanto ente tecnico, I. KICKBUSCH, *Politics or Technocracy – What Next for Global Health? Comment on “Navigating Between Stealth Advocacy and Unconscious Dogmatism: The Challenge of Researching the Norms, Politics and Power of Global Health”*, in *Int J Health Policy Manag*, 2016, 201; J.A. SCHOLTE, J. TALLBERG, *Theorizing the Institutional Sources of Global Governance*, in J. TALLBERG, K. BACKSTRAND, J.A. SCHOLTE (eds.), *Legitimacy in Global Governance. Sources, Processes and Consequences*, Oxford, 2018, 64.

<sup>110</sup> <https://www.who.int/news-room/detail/13-03-2020-who-un-foundation-and-partners-launch-first-of-its-kind-covid-19-solidarity-response-fund>.

l'obbligo di *due diligence* di prevenire ed arrestare la diffusione del CoViD-19 sia all'interno che all'esterno del proprio territorio<sup>111</sup>.

## 5. Conclusioni

Le misure drastiche di distanziamento sociale e quarantena adottate in Cina ed in particolare a Wuhan sono state definite dall'OMS come «the most ambitious, agile and aggressive disease containment effort in history. [...] Most importantly, due to the modality of transmission of the virus, such measures aimed at reducing social contacts have been effective, and COVID-19 cases are now declining in China»<sup>112</sup>. Diversi Stati nel mondo hanno poi adottato misure simili nel tentativo di contenere e mitigare la diffusione della pandemia – anche se la compressione delle libertà fondamentali attraverso il *lockdown* si è rivelata assai più ardua nelle democrazie occidentali – e molti hanno dichiarato lo stato di emergenza sulla base di quanto previsto dalle proprie costituzioni e leggi nazionali.

La pandemia di Coronavirus ha ancora una volta messo alla luce le debolezze dell'OMS in termine di risposta rapida alle minacce alla salute correlate alla rapida diffusione di malattie infettive. Dopo le esperienze dell'Ebola nel 2016 e nel 2019, l'annunciata riforma dell'OMS e il rafforzamento del Regolamento sanitario non è avvenuta<sup>113</sup>.

È indubbio che l'OMS abbia parzialmente fallito nella sua funzione di “sentinella globale” per una serie di ragioni legate alla sua struttura e funzionamento (una di queste è correlata alla mancanza di un reale meccanismo di “intermediate alert” che possa scattare prima che un sospetto focolaio epidemico raggiunga il livello di PHEIC). Inoltre, sono stati sollevati seri dubbi sull'imparzialità dell'operato del Direttore generale dell'OMS e dei membri dell'*Emergency Committee*<sup>114</sup>. Innegabilmente, ci sono questioni da chiarire, tra cui le reali motivazioni del ritardo del Direttore generale nel dichiarare una PHEIC (infatti, avrebbe avuto il potere di dichiararla già il 23 gennaio 2020 scavalcando il parere negativo dell'*Emergency Committee*). Ciò è stato probabilmente dovuto sia a motivazioni legate alla struttura binaria delle PHEIC<sup>115</sup>, sia ad una scarsa trasparenza da parte della Cina, dato che l'OMS non può effettuare investigazioni *in loco* senza il consenso dello Stato territoriale. Infatti, l'Organizzazione basa le sue valutazioni tecniche in merito alla severità di un focolaio epidemico principalmente sull'analisi delle informazioni che gli vengono fornite dai Paesi Membri.

<sup>111</sup> In tal senso, T. DE SOUZA DIAS, A. COCO, *Part III: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, in *EJIL Talk*, 25 March 2020, <https://www.ejiltalk.org/part-iii-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>.

<sup>112</sup> *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 16-24 February 2020, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>, 16-17.

<sup>113</sup> S. MOON ET AL, *Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola*, in *The Lancet*, 386, 2015, 2204 ss.

<sup>114</sup> In tal senso, C. KREUDER-SONNEN, *The WHO after Corona: Discretionary Powers for the Next Pandemic?*, in *VerfBlog*, 27 marzo 2020, <https://verfassungsblog.de/the-who-after-corona-discretionary-powers-for-the-next-pandemic/>.

<sup>115</sup> Sui limiti relativi alla configurazione di un'emergenza sanitaria ai sensi del RSI, v. D.P. FIDLER, *To declare or not to declare. Controversy over declaring a Public Health Emergency of International Concern for the Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo*, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 14, 2019, 287 ss.

Tuttavia, è possibile che un'eccessiva deferenza nei confronti di Pechino sia stato uno dei fattori preponderanti. In poche parole, i requisiti dell'imparzialità e dell'indipendenza, che sono alla base dell'autorità pubblica dell'OMS, sono stati messi seriamente in discussione nella gestione del CoViD-19 nelle sue prime fasi.

Per tali ragioni, alcuni hanno sostenuto la necessità di istituire un comitato di revisione indipendente, ai sensi dell'art. 50 del RSI, che dovrà valutare *ex post* l'operato dell'OMS<sup>116</sup>, inclusi eventuali profili di responsabilità sia del Direttore generale che dei membri dell'*Emergency Committee*.

In linea più generale nell'attuale società globalizzata la diffusione di malattie infettive rappresenta e rappresenterà sempre di più in futuro una delle principali minacce all'umanità.

Il caso del CoViD-19 segna purtroppo l'abbandono di un approccio multilaterale nella gestione della crisi sanitaria in favore di politiche unilaterali, che hanno visto la chiusura dei confini e il ripiegamento entro il proprio dominio riservato. Tuttavia, le crisi sanitarie internazionali che hanno caratterizzato l'inizio del XXI secolo hanno in pratica dimostrato come gli Stati non possano gestirne gli effetti agendo individualmente ed in totale isolamento. Il necessario ricorso a meccanismi multilaterali di prevenzione e risposta rapida ha contribuito a trasformare l'interesse dello Stato alla propria sicurezza sanitaria in un obiettivo di *global concern*; pertanto, l'OMS può e deve svolgere un ruolo di coordinamento in virtù della legittimità che le deriva dall'essere un organismo tecnico.

Infatti la dichiarazione di pandemia di CoViD-19, pur essendo tecnicamente un mero atto di informazione, ha avuto un impatto sui processi decisionale dei singoli Stati Membri mediante l'attivazione dei piani nazionali per le pandemie. Pertanto, il Direttore generale è riuscito ad esercitare la propria autorità pubblica tramite tale dichiarazione, che seppur informale, ha in qualche modo indirizzato le azioni dei governi.

---

<sup>116</sup> In tal senso, A. VON BOGDANDY, P. VILLAREAL, *The Law of the WHO, COVID-19 and the Multilateral World Order*, in *VerfBlog*, 24 aprile 2020, <https://verfassungsblog.de/the-law-of-the-who-covid-19-and-the-multilateral-world-order/>.

## La scienza oltre i confini: obblighi di cooperazione internazionale nel campo della ricerca in relazione alle epidemie e alle pandemie

Simona Fanni\*

SCIENCE BEYOND BORDERS: OBLIGATIONS OF INTERNATIONAL COOPERATION IN THE FIELD OF RESEARCH IN RELATION TO EPIDEMICS AND PANDEMICS

ABSTRACT: The desolation of Wuhan's empty roads will always mark the memory of the last days of 2019. Epidemics and pandemics, indeed, determine a restrictive impact on the freedoms of movements, for both individuals and trade. Research is a different story: the circulation of the knowledge and the results it produces, and of biological materials too, should be encouraged. The purpose of this study is to explore States' duties under international law in the field of research, in times of health emergencies, in order to advance some critical considerations in relation to the challenges that CoViD-19 poses for the international community.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; research; epidemics; benefit sharing

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La gestione delle epidemie e delle pandemie a livello internazionale – 3. Condivisione, equità e *benefit sharing*: il *Global Influenza Surveillance and Response System* e la *Pandemic influenza preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits* – 4. Alcune possibili soluzioni offerte dal diritto internazionale – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

**N**ella memoria collettiva, gli ultimi giorni dell'anno 2019 così come gli albori della terza decade del Nuovo Millennio rimarranno segnati dalle desolanti immagini delle strade deserte della città di Wuhan dove, nel silenzio assordante, risuonava l'eco della perplessità della scienza, davanti al dilagare di una forma di polmonite dall'eziologia sconosciuta. Dal 31 dicembre, quando la Cina ha comunicato all'Ufficio Nazionale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) il diffondersi dell'infezione nella città di Wuhan, all'inizio del mese di marzo del 2020, la situazione ha conosciuto un'evoluzione rapida e imponderabile solo due mesi prima, che riecheggia i reconditi timori dell'umanità che il romanzo *Station Eleven* di Emily St. John Mandel, sembrava aver saputo paradigmaticamente rappresentare. Già prima di metà gennaio, la nuova sindrome aveva cominciato ad avere un'identità più chiara. Il 12 gennaio, infatti, la sequenza genomica del virus venne

\* *Dottoranda di Ricerca in Scienze Giuridiche all'Università di Cagliari, Italia, e Doctora en Derecho all'Universidad de Sevilla, Spagna; Doctor Europaeus. Cultrice di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea all'Università di Cagliari, Facoltà di Scienze Economiche, Giuridiche e Politiche. Mail: [simona.fanni@outlook.it](mailto:simona.fanni@outlook.it). Il presente lavoro è aggiornato al 4 maggio 2020.*

condivisa in un *database* pubblico dalla Cina, e il 12 febbraio si scelse, per l'inedita, dilagante polmonite, il nome di CoViD-19.

Il responsabile di tale male risultò essere un ceppo mutato del coronavirus, che è stato chiamato "SARS-CoV-2", una denominazione che rispecchia il proposito di evitare stigmatizzazioni, risultando volutamente scevra da qualsiasi riferimento all'origine geografica – inizialmente, si parlava di "Wuhan virus" – o alla specie animale da cui l'infezione è stata trasmessa all'uomo – un dato sul quale ancora oggi, vi è incertezza, sospettandosi del pipistrello o del pangolino.

Di fondo, il Coronavirus, in alcune sue forme, non è sconosciuto alla comunità internazionale e alla scienza. Non solo esso è già stato responsabile dell'epidemia della sindrome respiratoria acuta grave (SARS) dilagata nel 2002 così come della preoccupante sindrome respiratoria del Medio Oriente (MERS), che dal 2012 ad oggi ha interessato 27 Paesi. Ma, ancor più, si devono a dei suoi più innocui ceppi – almeno quattro – alcune delle comuni forme influenzali che interessano la popolazione durante la stagione invernale. Eppure, nonostante la comunità internazionale, sia politica che scientifica, abbiano già dovuto fronteggiarsi con il coronavirus, le sfide che pone il nuovo ceppo che oggi iniziamo a conoscere appaiono inedite, in primo luogo per la sua attitudine di diffusione. Benché attualmente siano ancora in corso degli studi riguardo alle dinamiche del contagio del CoViD-19, per quanto si è potuto chiarire appare che esso non avvenga secondo modalità sostanzialmente differenti dalla SARS o dal MERS, essendo il virus trasmissibile in tutti e tre i casi attraverso il contatto personale ravvicinato, specialmente attraverso le secrezioni e le cosiddette *droplets*, ossia le piccole gocce che vengono emesse dal soggetto infetto quando tossisce o starnutisce. Ciononostante, le cifre della diffusione delle infezioni rispettivamente provocate dai tre distinti ceppi di coronavirus considerati sono abissalmente diverse: la MERS ha provocato, dal 2012 ad oggi, il decesso di circa 858 persone in tutto il mondo, risultando il contagio aver interessato intorno ai 2494 individui, secondo le segnalazioni effettuate da laboratori a livello globale. A confronto, la SARS, agli inizi degli anni 2000, aveva segnato più profondamente l'umanità: in circa otto mesi, fra novembre 2002 e luglio 2003, vennero riportati ben 8.098 casi di contagio, costando tale epidemia la vita a ben 774 persone. Nonostante il SARS-CoV-2 condivida con il SARS-Cov, il virus responsabile della SARS, circa l'80% del suo genoma, il confronto dell'impatto della loro diffusione è sconcertante.

Tanto che è difficile fotografarla e descriverla. Quando la redazione dell'introduzione del presente lavoro ebbe inizio, nelle prime ore dell'8 marzo 2020, lo scenario globale era già impressionante se confrontato con la SARS: solo in Italia si registravano 5.833 casi di persone risultate positive, e ben 233 persone avevano perso la battaglia contro l'infezione ed erano decedute. Il Governo italiano stava per adottare importanti misure di mitigazione rispetto alle aree del Paese più colpite dall'epidemia.

Oggi, solo undici giorni più tardi, si assiste a un forte incrinarsi di una situazione già profondamente drammatica: nel nostro Paese, non più frammentato nel contenimento e nella mitigazione della diffusione del CoViD-19 ma riunito nel regime unitario dell'"Italia protetta", attualmente, cerca di far fronte a oltre 33.190 casi di persone risultate positive, per complessivi 41.035 casi. Più di 3.400 persone hanno perso la vita. Anche gli altri Paesi europei stanno conoscendo una rapida e allarmante diffusione del CoViD-19, specialmente la Spagna e la Francia, ma la Cina dà i primi spiragli di speranza, riportando solo 8 nuovi casi di contagio al 13 marzo. A livello globale, le cifre, che dietro

all'espressione numerica parlano di un dramma tutto umano, sono ancora più allarmanti: si stimano circa 8.780 decessi e oltre 209.830 casi di persone risultate positive al coronavirus SARS-CoV-2, con riferimento a circa 168 Paesi al mondo. Ma ogni stima, è solo temporanea: in poche ore, il quadro è destinato a cambiare<sup>1</sup>.

L'11 marzo, quando ben 114 Paesi risultavano essere colpiti dalla diffusione del CoViD-19, l'OMS ha dichiarato tale dilagante malattia infettiva una pandemia, una scelta che viene compiuta in modo ponderato e oculato, per l'effetto disincentivante e demoralizzante che potrebbe produrre sul piano psicologico, suggerendo l'idea che non si riesca a contenere la diffusione del virus. Di fondo, sulla prudenza dell'OMS nel dichiarare l'esistenza di una pandemia, influisce indubbiamente anche la vaghezza concettuale della definizione adottata nel sistema dell'Organizzazione stessa. Al riguardo, infatti, secondo gli standard dell'OMS, occorre che si verifichino «sustained community-level outbreaks» in almeno due regioni del mondo<sup>2</sup>. Concretamente, la comunità scientifica ha iniziato a rivolgersi alla diffusione del CoViD-19 come pandemia prima dell'11 marzo 2020, come era stato autorevolmente ritenuto da Lauren Sauer, direttrice delle operazioni al *John Hopkins Office of Critical Event Preparedness and Response* (CEPAR). Tuttavia, la stessa Dottoressa Sauer evidenziava l'insidiosità della dichiarazione di pandemia, riconoscendo che «[u]tilizzando questo termine riconosciamo che la diffusione della malattia non si può più impedire». Ciò, peraltro, appare particolarmente significativo anche nell'orientare le scelte statali nella definizione della propria risposta. Quando si dichiara la pandemia, come ancora Lauren Sauer ha evidenziato, «non serve più cercare di contenerla: ora è il momento di adottare strategie di mitigazione»<sup>3</sup>. In questo senso, infatti, le conseguenze che la dichiarazione di pandemia produce a livello statale si incentrano sull'incoraggiamento ad adottare misure di mitigazione, le quali vanno oltre l'individuazione e l'isolamento dei soggetti colpiti dall'infezione per prevenire ed arginare ulteriori contagi – come avvenuto, ad esempio, per contrastare la SARS o l'epidemia di ebola del 2014-2016 – comportando la mitigazione un impatto pervasivo sull'intera comunità. Più concretamente, ciò si traduce nella chiusura di centri e attività di fondamentale importanza, come le scuole, i negozi, le fiere, per mitigare la diffusione. Del resto, queste sono state le strategie che la Cina ha prontamente adottato per la città di Wuhan e che già ad inizio marzo l'Italia andava progressivamente adottando per le aree più fortemente colpite da CoViD-19.

Al giorno d'oggi, è difficile predire come si evolveranno gli eventi a livello globale, così come è prematuro esprimere delle considerazioni prognostiche rispetto all'efficacia delle risposte per cui i diversi Paesi stanno optando e, in particolare, delle importanti strategie di mitigazione che l'Italia ha adottato, ricevendo peraltro il plauso dell'OMS e venendo attualmente seguita da altri Paesi, come la Spagna, divenuta attualmente la seconda Nazione più colpita in Europa.

Una considerazione però, può esprimersi: la pandemia del CoViD-19 ci pone davanti a delle riflessioni profonde e può offrirci delle lezioni per il futuro. In tal senso, infatti, l'attuale pandemia ha posto in

<sup>1</sup> I dati e le informazioni sono stati consultati su <https://nyti.ms/3cXxs4n> e su <https://lab24.ilsole24ore.com/coronavirus/> (ultima consultazione 20/03/2020).

<sup>2</sup> Secondo la definizione data dalla stessa OMS nella descrizione delle *WHO pandemic phase descriptions and main actions by phase*, il cui schema è disponibile qui: <https://bit.ly/36kUSym> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>3</sup> C. GUZZONATO, *CoViD-19: l'OMS ha dichiarato la pandemia*, in *Focus*, 11 Marzo 2020, <https://bit.ly/2TvAXre> (ultima consultazione 19/03/2020).

luce alcune criticità del sistema così come configurato: essa si è diffusa rapidamente a livello globale in un modo che appare difficilmente arrestabile. Similmente a quanto verificatosi nel caso della SARS, forti critiche sono state mosse rispetto alla mancanza di solerzia, da parte della Cina, nella gestione della fase della notifica all'OMS, avvenuta il 31 dicembre 2019, a cui è seguita la dichiarazione della PHEIC un mese più tardi, il 30 gennaio 2020, a seguito della seconda riunione del Comitato d'Emergenza convocato dal Direttore Generale. La mancanza di tempestività ha inevitabilmente inciso sul drammatico sviluppo della situazione a livello globale, nonostante la stessa Cina, il 12 gennaio 2020, avesse condiviso il genoma del nuovo coronavirus responsabile della dilagante epidemia – che il 13 gennaio risultava aver già raggiunto anche la Thailandia.

A fronte di tale scenario, il presente lavoro mira a proporre una prospettiva critica sull'impatto del CoViD-19 sul sistema di gestione delle emergenze sanitarie di rilevanza internazionale e la gestione, sorveglianza e prevenzione delle pandemie facente capo all'Organizzazione Mondiale della Sanità, analizzandone i tratti salienti per evidenziare, in tale quadro, il ruolo della ricerca, come orizzonte di speranza per costruire una cornice solida anche per il futuro. In questo senso, la chiave di lettura è imperniata sulla condivisione e sulla circolazione della scienza, come dimensione da valorizzare mediante approcci lungimiranti di prevenzione e gestione delle epidemie e delle pandemie.

Tradizionalmente il diritto internazionale si è concentrato sull'impatto che le epidemie e le pandemie possono provocare rispetto alle libertà di circolazione, colpendo la sfera individuale così come i traffici commerciali. Già dai primi approcci maturati in seno all'OMS si è mirato a temperare i valori e gli interessi in gioco attraverso una limitazione il meno pesante possibile sui traffici commerciali così come delle persone. Tracciando un parallelo, la ricerca appare incoraggiata nel suo dinamismo, specialmente laddove esso si esprima nell'ottica della condivisione e della circolazione della conoscenza e dei risultati che essa genera, così come dei materiali biologici. È in questa prospettiva che il presente studio si sviluppa, con l'intento di esplorare gli obblighi statali nel campo della ricerca scientifica in rapporto alle emergenze sanitarie, potenziali e conclamate, con il proposito di offrire alcune considerazioni critiche e trarre delle conclusioni propositive rispetto alle sfide che il CoViD-19 propone per la comunità internazionale.

In tale contesto, vengono in rilievo gli *International Health Regulations*, incardinati nell'ambito dell'OMS, che incarnano i meccanismi di allerta e risposta alle epidemie – così come alle pandemie – da parte della comunità internazionale.

Tale meccanismo costituisce il fulcro del prossimo paragrafo, in cui si analizzano le caratteristiche di tale sistema, ripercorrendo le dinamiche di approccio alla diffusione delle emergenze sanitarie dalle prime fasi di accertamento fino alla dichiarazione dell'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale – con l'acronimo in lingua inglese PHEIC, "Public Emergency of International Concern". In tale prospettiva, si prendono in considerazione anche le funzioni e gli equilibri che scandiscono il ruolo del Direttore Generale dell'OMS e del Comitato d'Emergenza, il cosiddetto *Emergency Committee*, che sono espressione del proposito di combinare e bilanciare la componente più squisitamente politica con l'elemento dell'*expertise* tecnica, al fine anche di assicurare la *legitimacy* dell'operato dell'OMS.

Alla luce di tali considerazioni, nel terzo paragrafo, la riflessione si estende alla *Pandemic influenza preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other bene-*

*fits*, più sinteticamente nota come *PIP Framework*, e al *Global Influenza Surveillance and Response System* (GISRS) e *FluNet*, che sono concepiti con la precipua funzione di costruire un sistema permanente di monitoraggio, studio e condivisione delle informazioni e della conoscenza in campo epidemiologico e virologico. In tale prospettiva, si ripercorre il noto caso di ritiro dei campioni del virus H5N1 da parte dell'Indonesia durante la pandemia dell'influenza aviaria, esplorando il richiamo alla sovranità sulle risorse biologiche in virtù della Convenzione sulla Diversità Biologica che lo Stato aveva compiuto nell'argomentare il proprio approccio alla questione della condivisione dei campioni virali e la ricerca.

Il quarto paragrafo mira, invece, a proporre un'analisi incentrata sul più ampio quadro offerto dal diritto internazionale nel campo della cooperazione scientifica e nell'ambito delle epidemie e pandemie, di cui finora l'OMS non si è avvalsa né riguardo agli *International Health Regulations* (IHR) né rispetto al quadro del GISRS. A tal fine, si esplorano i riferimenti normativi che contemplano o promuovono paradigmi di circolazione e condivisione nel campo della ricerca, per saggiarne la peculiare pregnanza nell'ambito delle emergenze sanitarie aventi rilevanza internazionale. In questo senso, lo schema della condivisione dei benefici o *benefit sharing*, che lo stesso GISRS contempla, viene esaminato con peculiare attenzione. Inoltre, si pone, particolare enfasi sull'inquadrabilità degli obblighi statali nella dimensione dei diritti umani, facendo riferimento specialmente al diritto alla scienza, anche noto come diritto a godere dei benefici del progresso scientifico. In questa prospettiva, si formulano alcune proposte, con l'intento di teorizzare meccanismi di collaborazione e di condivisione che affianchino l'attuale quadro dell'OMS, in un'ottica duratura e lungimirante, con l'obiettivo di assicurare risposte sempre più efficaci dinanzi all'insorgenza di epidemie e pandemie.

Infine, la riflessione elabora alcune conclusioni alla luce dell'analisi e delle considerazioni sviluppate.

## 2. La gestione delle epidemie e delle pandemie a livello internazionale

Nel corso degli ultimi decenni, si è assistito ad una crescente attribuzione dei poteri di gestione delle emergenze e delle crisi, in molteplici campi, alla dimensione internazionale. Tale fenomeno va compendosi e maturando in diverse cornici, ed è frutto dell'esigenza di fornire delle risposte concertate a problematiche che interessano beni e valori facenti capo all'intera comunità internazionale. In tal senso, si è evidenziato in dottrina come dovrebbe ormai opportunamente parlarsi non più di *common interests* bensì di *general interests* della comunità internazionale, che sono espressione di una concezione della stessa non come una somma di voci, quanto come una dimensione corale trasversalmente interessata<sup>4</sup>. Concretamente, la sfera della gestione internazionale viene progressivamente sostituendo la tradizionale preminenza dell'individualità degli Stati, in precedenza guidata e orientata da un nucleo di principi posti dal diritto internazionale nell'affrontare le problematiche più critiche e sensibili. Queste ultime, oggi, richiedono una concertazione e una definizione di strategie, piani e approcci condivisi e frutto della cooperazione internazionale, che implicano l'adozione di un

<sup>4</sup> D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *European Normative Framework for Biomedical Research in Human Embryos*, Cizur Menor, 2013, 44, 47 ss. Per un approfondimento: E. BENVENISTI, G. NOLTE, *Community Interests Across International Law*, Oxford, 2018. Si veda: S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, 135 ss.

quadro normativo così come di cornici operative più sofisticate, che vanno oltre la precedente condivisione di principi comuni. Emblematicamente, può pensarsi alla realtà ambientale o, ancora, alla gestione delle catastrofi nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite attraverso l'esercizio del potere normativo dell'Assemblea Generale<sup>5</sup>.

Le emergenze sanitarie non fanno eccezione alla traslazione della gestione in seno alla comunità internazionale, che discende altresì dall'esigenza di assicurare un'adeguata tutela alla *global health* o *global public health*, ossia alla salute globale o salute pubblica globale. In questa prospettiva, tale concezione, che si fonda su un approccio olistico e integrale, si contraddistingue precipuamente per andare oltre il riconoscimento di ambiti e settori internazionali comuni in materia sanitaria – come, invece, postula la *international health* – penetrando «en la estructura, los procesos y las relaciones de poder mundial, que abren espacios aún no ocupados por instituciones políticas verdaderamente globales, con capacidad de influencia en el proceso salud-enfermedad y en los sistemas de salud de cada país»<sup>6</sup>. È in quest'ottica che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) si è resa interprete dell'esigenza di adottare una «nuova agenda per la salute pubblica internazionale» e nuove forme di *governance*, capaci di concretizzare uno «sforzo organizzato globale e locale per promuovere e proteggere la salute delle popolazioni e ridurre le iniquità in campo sanitario»<sup>7</sup>. Questa prospettiva appare essenziale per fronteggiare il diffondersi delle epidemie e delle pandemie, anche alla luce dell'attitudine dell'approccio olistico ad essa sotteso di esprimere e temperare il complesso insieme di fattori rilevanti, fra cui non trascurabilmente quelli di carattere economico e l'impatto sui diritti fondamentali. La gestione delle emergenze sanitarie è stata oggetto dell'impegno dell'OMS già dagli anni Cinquanta del secolo scorso, incarnando una componente di primaria pregnanza nella sua *leadership* nella promozione della salute globale, come espressione di «una strategia organizzativa que propugna la supervivencia y la renovación»<sup>8</sup>. Un impegno che ha conosciuto un'intensificazione specialmente dopo il superamento della crisi che aveva interessato l'Organizzazione fra la fine degli anni Ottanta e la fine degli anni Novanta del secolo scorso.

<sup>5</sup> A. BAUTISTA-HERNÁEZ, *Órgano político o legislativo? Revisitando el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en materia de catástrofes*, in M.I. TORRES CAZORLA (a cura di), *Bioderecho Internacional y Universalización: el papel de las Organizaciones y los Tribunales Internacionales*, Valencia, 2020, 52-78. Si veda, inoltre: H. TORROJA MATEU, *Estrategia Internacional para la seguridad humana en los desastres naturales*, in *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 18, 36, 2016, 253-257.

<sup>6</sup> Á. FRANCO-GIRALDO, C. ÁLVAREZ-DARDET, *Salud pública global: un desafío a los límites de la salud internacional a propósito de la epidemia de influenza humana*, in *Revista Panamericana de Salud Pública*, 25, 6, 2009, 540-547. S. TAYLOR, "Global health": meaning what?, in *BMJ Global Health*, 3, 2, 2018, disponibile in: <https://gh.bmj.com/content/3/2/e000843> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>7</sup> R. BEAGLEHOLE (a cura di), *Global public health: a new era*, Oxford, New York, 2003, 8. Sul ruolo dell'OMS e la sua *leadership* nell'ambito della *global health*, si vedano: C. CLINTON, D. SRIDHAR, *Governing Global Health: Who Runs the World and Why?*, Oxford, 2017; Y. BEIGBEDER, *The World Health Organization: Achievements and Failures*, Oxford, New York, 2018.

<sup>8</sup> T.M. BROWN, M. CUETO, E. FEE, *The World Health Organization from international to global public health*, in *American Journal of Public Health*, 96, 1, 2006, 62-72. Per un approfondimento sul ruolo e sull'evoluzione dell'OMS: A.L. TAYLOR, *Global governance, international health law and WHO: looking towards the future*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 80, 2002, 975-980; S.E. DAVIES, J.R. YOUDE, *The Politics of Surveillance and Response to Disease Outbreaks: The New Frontier for States and Non-State actors*, Farnham, Burlington, 2015; M. CUETO, T.M. BROWN, *The World Health Organization: A History*, Cambridge, 2019.

Gli *International Health Regulations* (IHR) – ossia il Regolamento Sanitario Internazionale – costituiscono lo strumento, di indole vincolante, con cui l’OMS sostanzia e articola il proprio ruolo nella gestione delle emergenze sanitarie, una funzione alla quale essa si dedica già dagli albori della propria attività quando, nel 1951, venne adottata la prima versione degli IHR.<sup>9</sup> Nel corso del tempo, il testo originario ha conosciuto diverse revisioni che hanno mirato ad assicurarne l’attitudine a rispondere alle esigenze sanitarie poste dalla rapida evoluzione che in mezzo secolo ha progressivamente, ma profondamente, trasformato la società a livello globale. Come si evidenziava all’inizio del presente paragrafo, la globalizzazione ha comportato un’intensificazione dei traffici commerciali così come degli spostamenti degli individui a livello mondiale. Se da un lato, tale libertà e i diritti che ad essa intimamente ineriscono sono divenuti una componente ormai irrinunciabile del nostro stile di vita e del nostro sistema economico e produttivo, dall’altro lato, sul versante sanitario, ciò comporta importanti conseguenze a livello epidemiologico, non sempre positive. La globalizzazione, inevitabilmente, implica anche un incremento e un’accelerazione della diffusione degli agenti patogeni, agevolando l’insorgenza di epidemie e, nei casi più complessi, di pandemie. Peraltro, sono proprio le libertà di circolazione a subire in modo più immediato gli effetti delle restrizioni che si rende necessario imporre per contenere il dilagare delle patologie infettive.

In quest’ottica, l’OMS si è resa interprete del necessario approccio olistico richiesto dalla tutela della salute globale, nella gestione della delicata interazione di tali fattori e dell’esigenza di bilanciare interessi e diritti che giungono a divergere quando sorge un’epidemia o una pandemia.

Tale intento già emergeva negli *International Sanitary Regulations*, l’originaria versione degli IHR prima citata, risalente al 1951, che si imperniava sui due capisaldi rappresentati dall’obbligo degli Stati alla notifica dell’insorgenza di malattie infettive nel proprio territorio, insieme con il mantenimento delle *health capabilities* nei centri fulcro dell’accesso e dell’uscita dal territorio nazionale, come i porti, e dal temperamento delle esigenze di tutela della salute pubblica con gli interessi di carattere economico, assicurando l’imposizione delle limitazioni possibilmente meno stringenti al commercio e alla circolazione<sup>10</sup>. A quest’ultimo riguardo, le restrizioni, sin dall’epoca, dovevano fondarsi sull’evidenza scientifica e i principi fondanti in materia di salute pubblica. Questa logica discendeva dal cosiddetto “classical regime” che affondava le proprie radici nei cent’anni precedenti all’adozione del primo testo degli IHR e che era stato inaugurato dalla prima conferenza internazionale, specificamente europea, in ambito sanitario, tenutasi a Parigi nel 1851. L’elemento di novità era rappresentato dall’approccio che veniva adottato negli *International Sanitary Regulations*, che dava vita a una cooperazione internazionale nella realtà sanitaria, traducendo gli sforzi e l’esperienza maturati nell’alveo del *classical regime* in un corpo di regole sottoposte ad un meccanismo internazionale di supervisione. In tal modo, peraltro, si superava l’approccio del regime classico frammentato in una molteplicità di specifici trattati volti a promuovere il controllo delle malattie infettive, che venivano

<sup>9</sup> Per un’approfondita analisi degli IHR, la loro rilevanza e prospettive attuali e future, si veda: L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, in *The Milbank quarterly*, 94, 2, 2016, 264–313. Si veda, inoltre: Institute of Medicine, Board on Global Health, Forum on Microbial Threats, *Infectious Disease Movement in a Borderless World: Workshop Summary*, Washington D.C., 2010, 180 ss.

<sup>10</sup> L.O. GOSTIN, *World Health Law: Toward a New Conception of Global Health Governance for the 21st Century*, in *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, 5, 1, 2013.

stipulati con il proposito di rivolgersi a determinati ambiti, come la circolazione delle persone, la quarantena, il commercio marittimo e, più tardi la navigazione e le tecnologie aeronautiche<sup>11</sup>.

Ad ogni modo, il fulcro dell'approccio caratterizzante gli *International Sanitary Regulations*, non è andato perduto nelle successive versioni degli IHR, neppure quando il loro nuovo testo venne adottato nel 1969, venendo sottoposto ad alcune revisioni negli anni successivi, in particolare nel 1973 e nel 1981. In tal senso, infatti, il nucleo duro consacrato nei due succitati capisaldi degli *International Sanitary Regulations* appare resistente dinanzi all'evoluzione dello scenario epidemiologico e al progresso economico, che interessa soprattutto i Paesi Occidentali. Accanto a tali fondanti elementi, persiste anche il meccanismo di identificazione delle patologie infettive suscettibili di determinare l'attivazione del meccanismo di gestione internazionale concertata contemplato negli IHR, il quale originariamente si fondava sull'indicazione di una serie di malattie specificamente individuate, una sorta di *numerus clausus* a cui si ricollegava l'operatività dei meccanismi facenti capo al quadro dell'OMS.

Tuttavia, non mancavano alcune criticità, che condussero alla crisi del sistema degli IHR dagli inizi degli anni Ottanta, che si ricollegava a molteplici fattori, come un'inadeguata considerazione degli squilibri fra i Paesi sviluppati e i Paesi in via di sviluppo, fra l'altro esacerbati dalla più celere e proficua evoluzione dei sistemi sanitari nazionali e della promozione e della tutela della salute negli Stati industrializzati. L'analisi integrale dei fattori di crisi andrebbe oltre la portata e gli obiettivi della presente riflessione; ma vi sono, tuttavia, dei profili che è essenziale e funzionale evidenziare. Innanzitutto, proprio la volontà di apportare le minime restrizioni possibili alla circolazione e ai traffici commerciali emerse come una criticità, laddove il loro intensificarsi e ampliarsi su scala mondiale accanto alle trasformazioni che andavano progressivamente interessando la realtà economica, richiedevano dei correttivi a tale logica, per garantire una più adeguata gestione della diffusione delle patologie infettive. Ciò in ragione anche dell'ampiezza del ruolo statale nella gestione delle fasi primarie delle epidemie, che sovente si traduceva in una posticipazione e, quindi, in un ritardo della notifica di tali vicende all'OMS.

Oltre a tutto ciò, un'ulteriore pregnante criticità era rappresentata dalla rigidità del meccanismo che gli IHR prevedevano riguardo all'individuazione delle malattie infettive di riferimento per la loro operatività. Il novero delle malattie comprese nell'elenco contemplato dagli IHR era venuto riducendosi nel corso degli anni fino ad essere circoscritto al colera, alla peste alla febbre gialla, ciò anche in considerazione del successo con cui alcune malattie erano state eradicare come, ad esempio, il vaiolo. Erano evidenti i limiti insiti in un meccanismo che circoscriveva in modo così ristretto il campo d'operatività degli IHR e, quindi, della risposta internazionale concertata a fronte dell'insorgenza delle epidemie. Una serie di dinamiche ha posto in luce tale carenza, prima fra tutte il diffondersi della pandemia di HIV, così come il bioterrorismo e il riemergere di alcune minacce patogene dovuto, a sua volta, a molteplici cause, fra cui proprio la globalizzazione, e ancora i fenomeni migratori, la degradazione delle condizioni ambientali del nostro Pianeta, e le precarie condizioni di vita in molte regioni del mondo<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> D.P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security*, in *Chinese Journal of International Law*, 4, 2, 2005, 325-393.

<sup>12</sup> D.P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security*, cit.

La mancanza dell'influenza dal campo applicativo degli IHR era sicuramente degna di nota.

In tale clima maturò la consapevolezza di dover procedere alla revisione degli IHR. Si diede vita, così, ad un processo che iniziò nel 1995, con la Risoluzione WHA 48.7, per concludersi dieci anni più tardi, quando il nuovo testo fu adottato. Il 23 maggio 2005, la Risoluzione WHA 58.3 venne adottata all'unanimità dall'Assemblea Mondiale della Sanità, dopo intense e ampie negoziazioni che avevano visto coinvolto un articolato novero di soggetti oltre ai 191 Stati Membri dell'OMS, come le maggiori Agenzie dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e le *Intergovernmental Regional Economic Integration Organizations*, tra cui la Commissione Europea<sup>13</sup>.

L'approccio dei nuovi IHR, entrati in vigore per 196 Paesi nel 2007, segna un cambiamento rispetto al passato, che concerne il campo di applicazione, la sorveglianza e la notifica di eventi, le capacità essenziali per la sorveglianza e la applicazione di misure di sanità pubblica, meccanismi di collaborazione, criteri per l'emanazione delle raccomandazioni temporanee e permanenti da parte dell'OMS<sup>14</sup>. In particolare, i nuovi IHR non adottano più un ristretto novero di malattie infettive per definire il proprio campo applicativo, optando per un meccanismo flessibile e "aperto". Innanzitutto, l'articolo 1 dello strumento adotta una definizione di *disease* intesa come «an illness or medical condition, irrespective of origin or source, that presents or could present significant harm to humans». Dinanzi ad una concezione così ampia e flessibile, potremmo dire aperta, può desumersi la delicatezza e la complessità dell'interazione multilivello che struttura la gestione delle emergenze sanitarie internazionali nel quadro degli IHR. Il previgente meccanismo, poiché fondato su un novero circoscritto e specifico di malattie infettive che ne compendiarono il campo operativo e determinavano l'attivazione della pronta notifica da parte dello Stato interessato dall'emergenza sanitaria e la risposta internazionale concertata incardinata nel quadro dell'OMS, consentiva a quest'ultima di operare nell'ambito di malattie di cui si conoscevano i meccanismi di diffusione così come i possibili mezzi di prevenzione<sup>15</sup>. Nell'attuale sistema configurato dagli IHR nel 2005, la mancanza di predeterminazione delle malattie rilevanti comporta una serie di conseguenze: in primo luogo, si fa ancora più intenso e strategico il ruolo degli Stati nell'esercitare le proprie funzioni di sorveglianza, le quali, ai sensi dell'articolo 5 degli IHR, sono intese come «the capacity to detect, assess, notify and report events in accordance with these Regulations», che gli Stati hanno il dovere di sviluppare, rinforzare e conservare. Tale capacità nazionale è, infatti, prodromica e coesistente al fine del corretto adempimento del dovere di notificare all'OMS la sussistenza di una situazione di salute pubblica suscettibile di costituire una emergenza sanitaria di rilevanza internazionale.<sup>16</sup> La valutazione di questa situazione è guidata dai criteri che

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Ministero della Salute, *Scheda informativa/descrittiva sul Regolamento Sanitario Internazionale*, disponibile qui: [http://www.salute.gov.it/resources/static/uffici/Regolamento\\_Sanitario\\_Internazionale-SITO-PDF.pdf](http://www.salute.gov.it/resources/static/uffici/Regolamento_Sanitario_Internazionale-SITO-PDF.pdf) (ultima consultazione 19/03/2020). Si vedano: M.G. BAKER, D.P. FIDLER, *Global Public Health Surveillance under New International Health Regulations*, in *Emerging Infectious Diseases*, 12, 7, 2006, 1058-1065; S. NEGRI, *op. cit.*

<sup>15</sup> Ministero della Salute, *Scheda informativa/descrittiva sul Regolamento Sanitario Internazionale*, *cit.*

<sup>16</sup> Sulle *national core capacities* e sulla *compliance* rispetto agli IHR, incluso il profilo della tempestività della notifica, si veda: L.O. GOSTIN, R. KATZ, *op. cit.*, 276 ss.; 279 ss. Sull'attuazione degli IHR nei Paesi dotati di risorse limitate (o "resource-constrained countries"): Institute of Medicine, Board on Global Health, Forum on Microbial Threats, *op. cit.*, 204 ss. tali questioni sono affrontate anche da H. KLUGE, J.M. MARTÍN-MORENO, N. EMIROGLU, G. RODIER, E. KELLEY, M. VUJNOVIC, G. PERMANAN, *Strengthening global health security by embedding the International Health Regulations requirements into national health systems*, in *BMJ Global Health*, 3, 2018. Per un ulte-

gli IHR enunciano nel loro Allegato II, nel quale si fa riferimento anche agli eventi «con causa o fonte sconosciuta», proprio come avvenuto con il CoViD-19, e nel quale si considera se l'evento sia grave, sia insolito o inaspettato, se sussista un rischio significativo di diffusione internazionale o di restrizioni al commercio o al traffico internazionali. In secondo luogo, il nuovo meccanismo plasma in modo innovativo anche il quadro operativo in seno all'OMS: esso si impernia sulla sinergia fra il Direttore Generale (DG), il quale, alla luce delle informazioni ricevute dalla sfera statale, convoca il Comitato d'Emergenza (CE), un organo la cui composizione non è fissa, ma viene definita di volta in volta, con una sua variabilità, quindi, nei diversi eventi sanitari – un profilo verso il quale non sono mancate le critiche. Il CE svolge una funzione di supporto e consulenza tecnica nei confronti del DG, il quale, invece, incarna più spiccatamente la componente politica di tale sinergia, con un'importante funzione di assolvere e realizzare la stessa *legitimacy* dell'operato dell'OMS nell'alveo delle emergenze sanitarie nella sfera internazionale. Si tratta di una sinergia delicata, perché volta ad assicurare un adeguato contemperamento di quella molteplicità di fattori che proprio l'approccio olistico intrinseco alla stessa *public health* comporta. Sovente, sono state mosse delle critiche all'operato del DG, tacciando tale figura di un atteggiamento troppo ossequioso nel recepire le indicazioni promananti dal CE, i cui lavori, peraltro, si svolgono in privato, sollevando anche censure in merito alla trasparenza e la stessa *legitimacy* dell'operato del Comitato<sup>17</sup>. Infatti, il DG, a cui è attribuito il compito di decidere riguardo alla dichiarazione di una PHEIC gode di una discrezionalità che gli consente di assumere le proprie determinazioni anche discostandosi dalle indicazioni fornite dal CE. Ancor più, tale autonomia è valorizzata anche in merito alla valutazione delle informazioni ricevute per pervenire alla dichiarazione di una PHEIC: nessuna informazione, infatti, è vincolante in tale senso, e anche in assenza di una comunicazione ufficiale statale il DG potrebbe determinarsi in senso positivo rispetto alla dichiarazione<sup>18</sup>. Ciò, peraltro, può contribuire a superare eventuali carenze o ritrosie nazionali nella notifica di sindromi infettive in conformità agli IHR.

Ulteriori critiche sono state espresse riguardo alle stesse dinamiche con cui il DG perviene alla dichiarazione di una PHEIC: anche a tale proposito il nuovo testo degli IHR ha privilegiato la flessibilità, non venendo dunque prefissati dei parametri rigidi che dettino tale scelta. In particolare, le indicazioni fornite dall'articolo 1 degli IHR nel definire una PHEIC, qualificano quest'ultima come «an extraordinary event which is determined, as provided in these Regulations: [...] to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease and [...] to potentially require a coordinated international response». Ciò che si evidenzia in tale definizione è la logica emergenziale sottesa alla dichiarazione della PHEIC, la quale è espressione della «idea of emergency as a justification for using extraordinary power»<sup>19</sup>, potendosi, altresì, ricavare un ulteriore elemento in ordine alla portata e all'estensione «geografica» dell'emergenza sanitaria. In particolare, non è richiesto che la stes-

---

riore approfondimento: SAM F. HALABI, LAWRENCE O. GOSTIN, JEFFREY S. CROWLEY (a cura di), *Global Management of Infectious Disease After Ebola*, Oxford, New York, 2017.

<sup>17</sup> M. ECCLESTON-TURNER, A. KAMRADT-SCOTT, *Transparency in IHR emergency committee decision making: the case for reform*, in *BMJ Global Health*, 4, 2, 2019.

<sup>18</sup> J.B. HEAT, *Global Emergency Power in the Age of Ebola*, in *Harvard International Law Journal*, 57, 2016, 9. Per una più ampia analisi del tema: C. KREUDER-SONNEN, *Emergency Powers of International Organizations: Between Normalization and Containment*, Oxford, New York, 2019.

<sup>19</sup> J.B. HEAT, *op. cit.*, 9.

sa abbia varcato i confini nazionali ma che, pur localizzandosi all'interno di un determinato Paese, sia suscettibile di costituire un rischio per altri Stati ed estendersi a livello internazionale<sup>20</sup>.

La dichiarazione della PHEIC da parte del DG determina l'adozione di *standing recommendations* o di *temporary recommendations*, ossia di raccomandazioni permanenti o di raccomandazioni temporanee, che nel nuovo, più flessibile meccanismo degli IHR del 2005 «sostituisce le misure di sorveglianza e di controllo delle malattie quarantenarie propriamente dette»<sup>21</sup>. Il contenuto delle misure adottate mediante le raccomandazioni può avere una portata variabile, la cui definizione è affidata, ancora una volta, alla discrezionalità del DG. Diversi sono gli ambiti a cui tali determinazioni possono rivolgersi, spaziando dalla circolazione delle persone alla regolamentazione o l'esclusione dell'accesso a determinate aree interessate dal diffondersi della malattia infettiva. Ad ogni modo, ciò che viene chiarito dagli articoli 15 e 16 degli IHR è che tali misure «should be calibrated to “prevent or reduce the international spread of disease and avoid unnecessary interference with international traffic”». Ancora una volta, si cerca “olisticamente” un contemperamento fra i diversi fattori e valori coinvolti. Se da un lato, il profilo della circolazione è considerato e contemperato dagli IHR quando esso si riferisce alle persone e ai traffici commerciali, nell'attenta ottica del contemperamento non paralizzante per prevenire che l'emergenza sanitaria si traduca anche in una crisi economica, nulla si dice in modo esplicito rispetto alla dimensione della ricerca e dell'esigenza della sua circolazione che diviene particolarmente pregnante durante le emergenze sanitarie internazionali. In dottrina, è stato osservato come le raccomandazioni temporanee possano sortire un effetto di persuasione politica, che può concernere anche delle pressioni affinché gli Stati provvedano a «provide certain vaccines»<sup>22</sup>, ma possiamo domandarci se ulteriori previsioni possano offrire riferimenti rilevanti, benché non specificamente indirizzati alla dimensione della ricerca, ai fini di definire degli obblighi statali di cooperazione – e, possibilmente, di condivisione – scientifica.

In tal senso, un interessante dibattito era sorto nel 2007, quando l'Indonesia aveva cessato di fornire i propri campioni del virus H5N1 durante la diffusione dell'influenza aviaria, dichiarata pandemia dall'OMS. Come vedremo più approfonditamente nel prossimo paragrafo, le argomentazioni indonesiane si fondavano sulla sovranità sulle proprie risorse ed erano state fondate sulla Convenzione sulla Biodiversità. Tale vicenda aveva fornito un'occasione preziosa per teorizzare un più specifico quadro di obblighi statali nel campo della ricerca e della cooperazione scientifica in relazione alle emergenze sanitarie. Pur tuttavia, non fu possibile pervenire a una lettura condivisa degli IHR in tal senso. Da un lato, la World Health Assembly, con una propria Risoluzione, aveva esortato gli Stati «to comply immediately, on a voluntary basis, with provisions of the IHR 2005 considered relevant to the risk posed by avian influenza and pandemic influenza»<sup>23</sup> nonché a «disseminate to WHO collaborating centres information and relevant biological materials related to highly pathogenic avian influenza and other novel influenza strains in a timely and consistent manner»<sup>24</sup>. Al tempo, gli IHR non erano ancora entrati in vigore, ma sicuramente gli Stati soggiacevano agli obblighi interali di non vanificazione dello

<sup>20</sup> L.O. GOSTIN, R. KATZ, *op. cit.*, 270 ss.; 304 ss.

<sup>21</sup> Ministero della Salute, *Scheda informativa/descrittiva sul Regolamento Sanitario Internazionale*, cit.

<sup>22</sup> J.B. HEAT, *op. cit.*, 10.

<sup>23</sup> World Health Assembly, *Application of the International Health Regulations (2005)*. WHA59.2, 26 May 2006, para. 1.

<sup>24</sup> *Ibid.*, para. 4(5).

scopo del trattato in virtù dell'articolo 18 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati. Tuttavia, la questione era individuare il fondamento normativo di tale obbligo nel quadro degli IHR, che veniva ravvisato alla luce dell'obbligo della condivisione delle informazioni di cui all'articolo 6 dinanzi a situazioni sanitarie suscettibili di costituire una PHEIC, secondo un'interpretazione improntata al principio di buona fede. Una visione che era stata caldeggiata anche dagli Stati Uniti d'America, che avevano «[a]ll nations have a responsibility under the revised IHRs to share data and virus samples on a timely basis and without preconditions. The United States wishes to be clear that our view is that withholding influenza viruses from GISN [il meccanismo precedente al GISRS] greatly threatens global public health and will violate the legal obligations we have all agreed to undertake through our adherence to IHRs»<sup>25</sup>. Tuttavia, tale interpretazione non è rimasta immune da critiche. Ciò, in primo luogo, in virtù della considerazione per cui il contenuto dell'obbligo informativo di cui all'articolo 6, emblematicamente, attiene a «case definitions, laboratory results, source and type of risk, number of cases and deaths, conditions affecting the spread of disease, and the health measures used», che rientrano ordinariamente nella concezione dell'informazione. Laddove gli IHR, invece, si rivolgono alla condivisione di materiali biologici, ciò viene esplicitato, come nel caso dell'articolo 46, che prevede il dovere statale di agevolare, di «facilitate the transport, entry, exit, processing and disposal of biological substances and diagnostic specimens, reagents and other diagnostic materials for verification and public health response purposes under these Regulations»<sup>26</sup>.

Similmente, sembra difficile proporre un'interpretazione scandita dal principio di buona fede dell'articolo 44 degli IHR<sup>27</sup> suscettibile di estendere tale previsione alla ricerca e alla sua condivisione, così come alla condivisione dei risultati conseguiti e dei materiali biologici utili in tale alveo. Sembra doversi pertanto opinare in questo senso sebbene il campo applicativo dell'articolo 44 degli IHR, nel promuovere la cooperazione e l'assistenza reciproca fra gli Stati nonché fra questi e l'OMS in campo tecnico e logistico e attraverso il supporto finanziario, includa ma non si esaurisca nello sviluppo, nel rafforzamento e nel mantenimento delle *public health capacities* nazionali – come si evince, in particolare dall'articolo 44(1)(b).

Ad ogni modo, nonostante sia complicato individuare o definire specifici obblighi di condivisione ai sensi degli IHR, vi sono altri importanti orizzonti da esplorare nel quadro dell'OMS. Infatti, benché nella definizione dello scenario normativo di gestione delle emergenze sanitarie la ricerca non sia stata espressamente valorizzata, l'Organizzazione non ha trascurato l'esigenza di affrontare le pandemie influenzali. In quest'ottica, è stata delineato un meccanismo di prevenzione e cooperazione che si incentra sulla *Pandemic influenza preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*, più sinteticamente nota come *PIP Framework*, che interagisce si-

<sup>25</sup> U.S. statement on pandemic-influenza preparedness: sharing of influenza vaccines and access to vaccines and other benefits, 23 May 2007. Disponibile qui: <http://geneva.usmission.gov/press2007/0523whabirdflu.html> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>26</sup> D.P. FIDLER, *Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy*, in *Emerging Infectious Diseases*, 14, 1, 2008, 88-94.

<sup>27</sup> Sull'obbligo di assistenza e cooperazione in virtù dell'articolo 44 degli IHR, si veda: N.M. M'IKANATHA, J. ISKAN- DER (a cura di), *Concepts and Methods in Infectious Disease Surveillance*, Oxford, Chichester, Hoboken, 2015, 197.

nergicamente con una vera e propria rete di condivisione e concertazione della ricerca e dei materiali biologici incarnata dal *Global Influenza Surveillance and Response System* (GISRS).

È in rapporto a tale cornice che possono svilupparsi più solide proposte di inquadramento degli obblighi statali secondo il diritto internazionale nell'ottica della scienza e delle emergenze sanitarie.

### **3. Condivisione, equità e *benefit sharig*: il *Global Influenza Surveillance and Response System* e la *Pandemic influenza preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits***

Il diffondersi di epidemie e di pandemie non è un fenomeno inedito per la comunità internazionale, che ha dovuto saper fornire delle risposte già prima della nascita dell'OMS, già durante il *classical regime* al quale ci siamo dedicati nel precedente paragrafo.

La nascita dell'OMS, nel 1948, ha segnato un'importante svolta nella gestione e nella tutela della salute globale, che sin dagli albori della storia dell'Organizzazione ha assistito ad iniziative pregnanti per definire sistemi di concertazione improntati ad una stabile e duratura cooperazione anche nel campo della prevenzione e della preparazione delle risposte da porsi in essere a fronte del diffondersi dei fenomeni infettivi su scala internazionale ed addirittura globale.

In quest'ottica, la riflessione non può che dedicarsi alla pregnante dimensione di collaborazione che l'OMS ha creato e perfezionato nel corso della sua attività di prevenzione e di contrasto rispetto alla diffusione dell'influenza, la quale è stata creata agli albori dell'operatività dell'Organizzazione.

Correva, infatti, l'anno 1952 quando venne istituito il *Global Influenza Surveillance Network* (GISN), con il proposito di perseguire in modo concertato, a livello internazionale, una serie di obiettivi strategici per affrontare la diffusione dell'influenza. In tal senso, tale meccanismo si rivolge ad un'ampia attività di studio, ricerca e cooperazione che interessa i patogeni influenzali e le questioni epidemiologiche connesse sia all'influenza stagionale che al rischio di fenomeni influenzali epidemici. Si tratta, dunque, di obiettivi ambiziosi, ispirati ad un'ottica lungimirante ma anche alla creazione di un sistema di *early warning*, che si attivi efficacemente dinanzi al rischio di epidemie.

In particolare, gli scopi perseguiti nell'ambito del GISN attengono al monitoraggio dei *trend*, ossia dell'andamento, delle infezioni influenzali, alla definizione e alla "tracciabilità" dei mutamenti che interessano i ceppi virali influenzali, all'identificazione di nuovi virus suscettibili di provocare l'influenza, all'aggiornamento inerente ai vaccini antinfluenzali.

L'architettura del GISN si basa su due livelli operativi, uno più ristretto, incarnato da cinque *Collaborating Centres* (CCs) distribuiti nelle diverse regioni del mondo – in particolare, in Australia, Cina, Giappone, Regno Unito e Stati Uniti d'America – e un livello più ampio, che si articola nei *National Influenza Centres* (NICs), che sviluppano le attività del GISN in modo più "capillare" nel territorio degli Stati aderenti. Attualmente, si contano più di 150 NICs a livello globale, a cui si sommano gli ulteriori laboratori esterni al GISN, con cui l'OMS collabora.

In questa cornice, l'interazione fra le due dimensioni dei CCs e dei NICs si esprime attraverso la confluenza nei primi dalle informazioni epidemiologiche e dei materiali biologici, nella specie campioni virali, che i secondi raccolgono a livello nazionale, in connessione con gli obiettivi del GISN. I CCs svolgono diverse importanti funzioni e attività di ricerca, fra cui il sequenziamento genetico dei virus di

cui ricevono i campioni, l'esecuzione di test di sensibilità antivirale, l'elaborazione di kit diagnostici, ancora, si dedicano all'isolamento di ceppi virali per lo sviluppo di vaccini, si occupano di sierologia umana, di analisi antigenica e della collazione dei dati per sviluppare raccomandazioni riguardo ai vaccini. I NICs, mediante la propria attività, rendono disponibili e, quindi, forniscono i campioni virali, gli isolati virali così come i dati epidemiologici che alimentano le attività dei CCs.

Dal 2011, con l'adozione della *Pandemic influenza preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*, più sinteticamente nota come *PIP Framework*, il GISN si è convertito nel *Global Influenza Surveillance and Response System* (GISRS). I profili fondanti e le aree operative dell'attività e dell'articolazione del sistema sono rimasti immutati, ma ciò che è mutato, con un impatto pregnante, è l'approccio alla condivisione dei benefici.

Tale aspetto merita particolare attenzione, ed è significativo per la riflessione che si propone. Per saggiare la sua rilevanza, occorre fare un passo indietro fino alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, ripercorrendo alcuni eventi che hanno profondamente condizionato l'adozione di tale rinnovato approccio e, nello specifico, osservando come la *PIP Framework* gli ha conferito corpo e realizzazione.

Nel 1997, il diffondersi dell'influenza aviaria aveva destato l'attenzione della comunità internazionale, facendo maturare la consapevolezza dell'esigenza di adottare soluzioni concertate, da strutturare e far maturare nel lungo periodo, con stabilità e lungimiranza, che si rivolgessero in modo più mirato alla diffusione delle epidemie e, ancor più delle pandemie. Una consapevolezza che era venuta irrobustendosi nel corso degli anni 2000, quando la comunità internazionale, nel 2006, dovette affrontare la pandemia di influenza aviaria scatenata dal virus H5N1.

In questo contesto, fu determinante la vicenda che vide come protagonista l'Indonesia e che pose in luce le criticità e le esigenze di rafforzamento del quadro cooperativo incarnato dal GISN, specialmente la definizione di un più solido meccanismo di condivisione dei campioni biologici nonché di specifici schemi di interazione fra gli Stati e l'OMS, specialmente quando l'Organizzazione si relazionasse con soggetti esterni rispetto al GISN, specialmente laboratori farmaceutici privati, col rischio di incrinare o compromettere le dinamiche di condivisione dei benefici a vantaggio degli Stati membri, in un'ottica equitativa.

In particolare, il caso dell'Indonesia prese le mosse dalla richiesta, rivolta allo Stato dall'OMS, di fornire dei campioni biologici del virus H5N1, nel 2006, in ragione dell'ipotesi che tale virus stesse subendo una mutazione capace di renderlo trasmissibile non più solo dagli animali all'uomo, ma anche da uomo a uomo, dopo aver esaminato il caso di un gruppo familiare che aveva riportato una serie di decessi dovuti all'infezione. La richiesta era giustificata dal fatto che, l'anno precedente, in Indonesia si erano verificati alcuni casi di infezione da virus H5N1, che avevano visto interessate venti persone, tredici delle quali erano decedute. L'Indonesia si era mostrata collaborativa; i campioni del virus erano stati forniti all'OMS; per agevolare le operazioni, lo Stato non aveva insistito per sottoscrivere con l'Organizzazione alcun *material transfer agreement* (MTA), che consiste in un accordo che contempla i diritti e gli obblighi del soggetto ricevente<sup>28</sup>. Infatti, in tal senso, l'Indonesia avrebbe poi affermato

<sup>28</sup> E.C. KAMAU, G. WINTER, *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law*, London, New York, 2013, 317 ss. Si veda anche: F. RABITZ, *The Global Governance of Genetic Resources: Institutional Change and Structural Constraints*, Abingdon, New York, 2017.



di aver confidato nell'osservanza, da parte, dell'OMS, delle rilevanti prescrizioni contenute in tal senso nelle linee guida generalmente indicate nei *material transfer agreements* (MTAs).

Tuttavia, quando si scoprì che un'azienda australiana aveva depositato una domanda di brevetto relativa ad un vaccino che aveva prodotto proprio utilizzando i campioni del virus H5N1 forniti attraverso il GISN, l'Indonesia cessò di inviarli. In tal senso, fra le doglianze, il Paese asiatico lamentò che l'OMS avesse omesso di consultarlo prima di cedere i campioni a un soggetto terzo, esterno al GISN. Ciò, peraltro, comportava la conseguenza di vedere frustrate le possibilità, per i cittadini indonesiani, di avere accesso ai vaccini elaborati mediante l'impiego dei materiali forniti proprio dal loro Paese e dei loro derivati. Infatti, i vaccini così sviluppati sarebbero stati resi disponibili a condizioni preclusive per la popolazione, non solo indonesiana, ma più ampiamente di qualsiasi altra Nazione in via di sviluppo. Da questo punto di vista, lo Stato aveva dunque lamentato la violazione della sovranità sulle proprie risorse genetiche, facendo appello al concetto di sovranità virale e richiamando a supporto, quale fonte di riferimento, la Convenzione sulla Diversità Biologica (CDB)<sup>29</sup>.

Quest'ultima consiste in uno strumento di diritto internazionale *hard*, ossia vincolante, adottata nel quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1992, e successivamente articolata mediante l'adozione del Protocollo di Nagoya sull'Accesso alle Risorse Genetiche e l'equa condivisione dei benefici derivanti dal loro utilizzo, entrato in vigore nel 2014<sup>30</sup>. L'intento perseguito da tale cornice normativa consiste nella protezione della diversità biologica, mediante l'affermazione della sovranità degli Stati sulle risorse biologiche presenti nel loro territorio. Il concetto di sovranità costituisce un caposaldo del diritto internazionale e si esprime nel potere che lo Stato esercita nel proprio alveo territoriale, così come inteso, con le sfumature del paradigma proprietario, da Grozio nel *De iure belli ac pacis*. La sovranità sulle risorse naturali ha natura di principio di diritto internazionale, frequentemente statuito in materia ambientale sin dalla Dichiarazione di Stoccolma nel 1972, e successivamente ribadito, ad esempio, dalla Dichiarazione di Rio del 1992 e dalla Convenzione Quadro sui Cambiamenti Climatici, anch'essa risalente al 1992<sup>31</sup>. È in quest'ottica che si inserisce il concetto di sovranità virale che l'Indonesia aveva invocato negli anni 2000, fondando le proprie argomentazioni sulla CDB. Al riguardo, vengono in rilievo, in particolare, gli articoli 2 e 15 della Convenzione, i quali, rispettivamente, forniscono la definizione di "risorse biologiche" e di "accesso alle risorse genetiche". In particolare, si intendono per "risorse biologiche", «gli organismi o loro componenti [...] o ogni altro com-

<sup>29</sup> Convenzione sulla Diversità Biologica (CDB), aperta alla firma il 5 Giugno 1992 ed entrata in vigore il 29 Dicembre 1993 (1760 U.N.T.S. 69). R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004; E. MORGERA, J. RAZZAQUE (a cura di), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Cheltenham, Northampton, 2017.

<sup>30</sup> Protocollo di Nagoya sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione relativo alla Convenzione sulla diversità biologica, aperto alla firma il 2 Febbraio 2011, entrato in vigore il 12 Ottobre 2014.

<sup>31</sup> R. CIPPITANI, *La investigación científica sobre los recursos genéticos: reflexiones jurídicas*, in C. MAYORGA MUÑOZ, F. TREGGIARI (a cura di), *Biodiversidad y conocimientos tradicionales. Perspectivas históricas, socioculturales y jurídicas*, Santiago (Chile), 2018, 125-147. Si vedano: E. MORGERA, E. TSIOUMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, Leiden, Boston, 2014; I.R. PAVONE, *Il Protocollo di Nagoya e l'attuazione del principio di access and benefit sharing con particolare riferimento all'user compliance pillar*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 251-273.

ponente biotico degli ecosistemi aventi un uso o valore attuale o potenziale per l'umanità», mentre l'articolo 15 statuisce che «[i]n considerazione dei diritti sovrani degli Stati sulle loro risorse naturali, spetta ai Governi determinare l'accesso alle risorse genetiche», sulla base della manifestazione di un preventivo consenso informato e «secondo termini mutuamente convenuti». Tale visione venne presa in considerazione dalla *World Health Assembly* (WHA), ossia l'Assemblea Mondiale della Sanità, laddove ha affermato, nel Preambolo della propria Risoluzione del 2007 sulla controversa vicenda, di riconoscere «the sovereign right of States over their biological resources». Ciononostante, vi sono delle argomentazioni piuttosto forti che hanno condotto all'esclusione dell'inquadrabilità delle rivendicazioni avanzate dall'Indonesia nell'alveo della CDB e, dunque, che hanno indotto ad escludere una lettura delle sue disposizioni nell'ottica dell'affermazione della sovranità virale, intendendo, in particolare, quest'ultima come l'affermazione da parte degli Stati «that viruses isolated from within their jurisdictions are their sovereign property»<sup>32</sup>. In realtà, infatti, la visione sostenuta dall'Indonesia risulterebbe collidere proprio con lo spirito sotteso alla CDB, la quale mira a preservare l'integrità dell'ecosistema e la sua diversità biologica, con riferimento alle risorse naturali intese come «gli organismi o loro componenti [...] o ogni altro componente biotico» autoctoni, come emerge dal Preambolo della Convenzione, laddove afferma che gli «Stati hanno diritti sovrani sulle loro risorse biologiche» (ancor più efficacemente rimarcato nella versione in lingua inglese della CDB, laddove afferma che «States have sovereign rights over *their own* biological resources»)<sup>33</sup>. In questo senso, i virus che provocano l'influenza non possono qualificarsi come risorse autoctone, dato che essi si introducono in un determinato ecosistema, sono quindi degli elementi esterni ad esso. Da questo punto di vista, non può affermarsi che tali organismi costituiscano delle risorse biologiche autoctone «in which governments, communities, and persons have invested time, effort, and resources to protect, cultivate, understand, and use», che si mira a preservare, specie mediante la protezione da pratiche predatorie perpetrate da imprese provenienti dai Paesi industrializzati, sovente integranti degli atti di biopirateria<sup>34</sup>. A tale proposito, la prassi statale inerente alla CDB considera i virus influenzali una minaccia per l'ecosistema, con la conseguenza di ambire alla loro eradicazione<sup>35</sup>. Inoltre, un'intrinseca incongruenza che discenderebbe dal considerare i virus delle risorse biologiche si evince dalla stessa definizione di queste ultime in quanto «aventi un uso o valore attuale o potenziale per l'umanità» che, come evidenziato da David P. Fidler, nel caso dei virus influenzali «comes from their widespread sharing for surveillance and vaccine development purposes because of the global threat such viruses

<sup>32</sup> A. HONG, *Viral Sovereignty: Equity and Global Health Risk Controversy*, in *Global Health Forum*, Global Health Initiative – Georgetown University, 1 May 2018, disponibile qui: <https://bit.ly/2WUjw1z> (ultima consultazione 19/03/2020). Si vedano, inoltre: S. HAMEIRI, *Avian influenza, "viral sovereignty", and the politics of health security in Indonesia*, in *The Pacific Review*, 27, 3, 2014, 333-356. J.B. HURLBUT, *A science that knows no country: Pandemic preparedness, global risk, sovereign science*, in *Big Data & Society*, 1, July–December 2017, 1–14.

<sup>33</sup> Enfasi aggiunta in entrambe le citazioni.

<sup>34</sup> D.P. FIDLER, *Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy*, in *Emerging Infectious Diseases*, cit., 90. Per un approfondimento: C.E. RESTREPO ORREGO, *Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: "biopiratería"*, Bogotá, 2006. Z.A. ZAINOL, L. AMIN, F.I. AKPOVIRI., R. RAMLI, *Biopiracy and States' sovereignty over their biological resources*, in *African Journal of Biotechnology*, 10, 58, 2011, 12395-12408; F. RABITZ, *op. cit.*

<sup>35</sup> *United Nations Environment Program. Convention on Biological Diversity: report of the meeting on the impact of avian influenza on wildlife: note by the executive secretary*. UNEP/CBD/COP8/8/INF/47, 22 Mar 2006.

pose». In questo senso, il principio di sovranità – che costituisce un *regulatory instrument* per conseguire gli obiettivi della protezione, la conservazione e l'uso sostenibile delle risorse biologiche – se fosse inteso nella prospettiva caldeggiata dall'Indonesia, non costituirebbe «a useful basis for facilitating timely and comprehensive sharing that global health governance requires»<sup>36</sup>.

La controversa vicenda esaminata ha contribuito ad evidenziare le criticità del GISN in merito alla condivisione dei campioni virali e agli schemi adottati dall'OMS nell'interazione con i soggetti esterni alla sfera del GISN a cui tali materiali siano ceduti. Difatti, come evidenziato nel precedente paragrafo, tale controversia non trova ricomposizione neppure nell'alveo degli IHR, date le distinte visioni riguardo alla condivisione dei campioni virali e, dunque, l'inesistenza di una convergenza rispetto all'individuazione di specifici obblighi di condivisione nel quadro considerato in seno all'OMS – con riferimento sia agli IHR che alla cornice del GISN. Tali criticità si estendevano anche alla definizione di un regime di *benefit sharing* che potesse essere opportunamente assicurato tanto per gli Stati membri nel loro complesso, quanto e ancor più per i Paesi in via di sviluppo che avessero contribuito all'elaborazione di vaccini o comunque di risposte farmaceutiche alle minacce poste dai virus influenzali.

Fu così che, in seno all'OMS, maturò l'esigenza di definire un approccio volto ad affrontare tali criticità, adottando una prospettiva incentrata sull'equità e sulla condivisione dei benefici<sup>37</sup>. Ma non solo: il proposito rinnovatore si diresse anche in modo mirato alle pandemie.

In questo quadro, la WHA, il 24 maggio 2011 adottò la propria Risoluzione istitutiva della *Pandemic influenza preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*, più sinteticamente nota come *PIP Framework*, con l'approvazione unanime dei 194 Stati membri dell'OMS e a seguito di un articolato dibattito che aveva visto coinvolti molteplici soggetti, come rappresentanti dell'industria farmaceutica e della società civile, per assicurare un'adeguata rappresentatività nelle negoziazioni dei differenti interessi, così come un loro appropriato contemperamento. La *PIP Framework* si riferisce specificamente ed esclusivamente ai virus influenzali suscettibili di causare pandemie, e ambisce a cogliere le esigenze di equità nello sviluppo e nell'accesso ai vaccini, svolgendo tale accesso un ruolo fondamentale nella prevenzione della diffusione dei virus pandemici e delle gravi conseguenze che derivano dalla diffusione dei virus influenzali. Da un lato, dunque, la *PIP Framework* mira a recepire l'esigenza di preservare e realizzare le istanze dei Paesi in via di sviluppo, rafforzatesi durante la pandemia di influenza aviaria del 2009, assicurando un adeguato "ritorno dei benefici" e l'accesso alla vaccinazione, ancora più strategico in realtà socioeconomicamente vulnerabili e nelle quali sovente le criticità sul piano sanitario attengono proprio alle più basilari necessità, in primo luogo proprio l'accesso al sistema sanitario. Si pensi, come paradigmatico esempio, che negli Stati africani spesso tale accesso è condizionato alla stipula di un'assicurazione sanitaria, un meccanismo preclusivo per un'ampia fetta delle popolazioni di quella Regione. Ancora, la *PIP Framework* prende le mosse dalla considerazione che lo sviluppo dei vaccini implichi indefettibilmente un sinergico contributo e la collaborazione da parte dell'industria farma-

<sup>36</sup> D.P. FIDLER, *Influenza Virus Samples, International Law, and Global Health Diplomacy, in Emerging Infectious Diseases*, cit., 91.

<sup>37</sup> J. YOUDE, *Globalization and Health*, Lanham, Boulder, New York, London, 2019, 129 ss.

ceutica – i *manufacturers*, come si legge nel testo del documento in lingua inglese – e gli Stati, che forniscono i materiali biologici costituenti l'indispensabile materia prima per la ricerca.

Ecco perché, come evidenziato dalla stessa OMS, gli obiettivi della *PIP Framework* possono essere sinteticamente descritti come «to increase the access of developing countries to vaccines and other pandemic related supplies» e «to improve and strengthen the sharing of influenza viruses with human pandemic potential for global monitoring, risk assessment and the development of safe and effective pandemic influenza vaccines»<sup>38</sup>.

Ma non solo: l'adozione della *PIP Framework* ha comportato un intervento di fondamentale pregnanza sul precedente GISN, trasformandolo nella *Global Influenza Surveillance and Response System*, potenziando i profili di condivisione dei campioni virali e introducendo una saliente riconfigurazione del regime di *benefit sharing*.

Come osservato efficacemente da Gostin, in tal senso, la *PIP Framework* può qualificarsi come «the first time the international community had established a before-the-fact-agreement for a global health issue that addressed questions of multijurisdictional surveillance and benefit sharing»<sup>39</sup>. I profili innovativi che tale metamorfosi ha introdotto meritano una più specifica attenzione. In primo luogo, lo stesso cambiamento della denominazione ha voluto essere indicativo di un approccio più "proactive", sottolineando come «the system had to do more than just passively collect data; GISRS would act on the basis of the surveillance data it collected»<sup>40</sup>. In secondo luogo, è stato introdotto un importante meccanismo di *benefit sharing*, che ha rappresentato il *noyau dur* delle novità apportate. In tal senso sono state introdotte delle responsabilità che gravitano attorno a tale nuovo regime di condivisione di benefici che si rivolgono, in modo saliente, al miglioramento delle capacità tecniche e che incoraggiano il trasferimento di tecnologie fra i Paesi industrializzati e i Paesi in via di sviluppo. Ma, ancor più, la condivisione di benefici contemplata nel GISRS mira a introdurre nuove responsabilità nell'ambito della condivisione dei materiali biologici virali e dei dati ad essi connessi, definendo un meccanismo di tracciabilità della loro cessione e circolazione e incardinando la condivisione su nuovi modelli di *standard material transfer agreements* (SMTAs), che mirano a scandire ed assicurare appropriate garanzie. Si tratta di una novità che è stata ben accolta in dottrina, laddove si è osservato come tale scelta possa avere un effetto deflativo rispetto alle dispute che sovente sorgevano in merito alla destinazione e l'impiego dei campioni virali. Il caso dell'Indonesia è emblematico, in tal senso, significativamente, sono stati introdotti due modelli di SMTAs, l'SMTA 1 e l'SMTA 2, che possono essere intesi come delle "contract clauses"<sup>41</sup>, contemplati nell'allegato della *PIP Framework*, che operano rispettivamente, in relazione ai soggetti facenti parte del sistema del GISRS e in rapporto a soggetti esterni rispetto a tale cornice. Una prima differenza, sul piano formale, riguarda la sot-

<sup>38</sup> *Pandemic Influenza Preparedness Framework, Questions & Answers - Q&As*, World Health Organization, 2016, disponibile qui: [https://www.who.int/influenza/pip/QA\\_Flyer.pdf?ua=1](https://www.who.int/influenza/pip/QA_Flyer.pdf?ua=1) (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>39</sup> Come citato da J. YOUDE, *op. cit.*, 130; si veda, per un approfondimento, L.O. GOSTIN, D.P. FIDLER, *WHO's Pandemic Influenza Preparedness Framework: A Milestone in Global Governance for Health*, in *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 11-102*, Georgetown Business, Economics and Regulatory Law Research Paper No. 11-14, Georgetown University Law Center, 2011.

<sup>40</sup> J. YOUDE, *op. cit.*, 130.

<sup>41</sup> E.C. KAMAU, G. WINTER, *op. cit.*, 320.

toscrizione, non richiesta nel primo caso ma necessaria per gli SMTAs 2, che vengono appositamente sottoscritti, prima del trasferimento dei campioni, dal DG dell'OMS e dal soggetto cessionario, che può consistere in un fabbricante, in un'azienda operante nel campo delle biotecnologie, così come in un'istituzione accademica o un ente di ricerca. Uno SMTA 2, peraltro, costituisce un *one-time agreement*<sup>42</sup> con una portata e un oggetto specifico, inerente ad una determinata vicenda di cessione dei materiali virali. Ancor più, ciò che distingue le due tipologie di *agreements* è il contenuto, nonché l'atteggiarsi della condivisione dei benefici.

Gli SMTAs 1 contemplano una serie di profili, innanzitutto l'osservanza dei *terms of reference* inerenti ai laboratori cedenti facenti parte del sistema del GISRS - che attengono, essenzialmente ai minimi requisiti che, ad esempio i CCs devono soddisfare, così come i NICs, e che sono, ancora una volta, contemplati negli Allegati alla *PIP Framework*. Infatti, tali *agreements* devono essere conformi sia ai *terms of reference* che agli standard nazionali in materia di biosicurezza. Inoltre, gli SMTAs 1 si dedicano alla tracciabilità dei campioni ceduti, la quale viene realizzata anche mediante il supporto dell'*Influenza Virus Traceability Mechanism* (IVTM), un meccanismo elettronico, operante via internet, che concerne gli invii di materiali sia interni che esterni al sistema del GISRS e consultabile attraverso un *Geotrace*<sup>43</sup>. Un ulteriore saliente profilo del contenuto degli SMTAs 1 è rappresentato dal coinvolgimento dei ricercatori dell'ente cedente nei progetti di ricerca che vengano sviluppati dai cessionari, una forma di partecipazione particolarmente interessante quando i ricercatori coinvolti provengano dai Paesi in via di sviluppo, per quanto tale forma di collaborazione non si spinga fino alla creazione di un'*expertise* o di una formazione nell'ottica della lungimiranza e nella prospettiva di una forma di *research capacity-building* che gli enti cedenti possano ricevere in eredità. Ad ogni modo è prevista l'inclusione nella realizzazione di lavori di ricerca da pubblicarsi, con un riconoscimento del contributo offerto dai ricercatori dell'ente cedente. Inoltre, si statuisce, in tale tipologia di *agreements*, che nessuna delle parti avanzerà alcuna pretesa in merito ai diritti di proprietà intellettuale. Le conseguenze, in caso di grave violazione degli SMTAs 1, possono variare dalla sospensione fino all'esclusione dell'ente interessato dal sistema del GISRS.

Gli SMTAs 2 rispondono ad esigenze differenti, in virtù delle quali il loro contenuto è stato plasmato. Essi contengono una serie di statuizioni che spaziano dagli obblighi gravanti sul cedente, questioni afferenti alla responsabilità e al risarcimento del danno, la durata dell'accordo, la legge applicabile e la definizione dei contenuti del regime di *benefit sharing* che si applica al rapporto. In tal senso, quest'ultimo aspetto viene delineato mediante l'individuazione dei benefici da assicurarsi che vengono negoziati fra le parti, sulla base di un apposito schema contenuto nella *PIP Framework*. Nello specifico, i benefici possono consistere nella cessione di una parte dei vaccini prodotti dal cessionario, o anche nella cessione di farmaci, come gli antivirali, e prodotti farmaceutici e tecnologie applicabili al campo delle pandemie. O ancora, ad esempio, può prevedersi che determinati prodotti farmaceutici

<sup>42</sup> People's Health Movement, Medact, Third World Network, Health Poverty Action, Medico International, Asociación Latinoamericana de Medicina Social, *Global Health Watch 5: An Alternative World Health Report*, London, 2017.

<sup>43</sup> In particolare, il sito dell'IVTM può essere consultato alla presente pagina: <https://www.who.int/influenza/pip/ivtm/en/> (ultima consultazione 19/03/2020).

vengano resi disponibili ad un costo accessibile durante le pandemie, così come possono rilasciarsi delle licenze per la produzione di farmaci generici.

Ad ogni modo, i benefici sono rivolti all'OMS nel suo complesso e non a singoli Stati in particolare, venendo messi a disposizione dei Paesi che li necessitano in caso di pandemie. Al riguardo, appare saliente chiarire che l'accesso ai benefici non è condizionato dall'aver contribuito al meccanismo di condivisione del GISRS; tutti gli Stati, infatti, possono aver accesso, ad esempio, a benefici collettivi come l'analisi e l'informazione sulla valutazione del rischio globale e, secondo determinate regole, a materiali come i "candidate vaccine virus". Più specifici benefici, come i finanziamenti sponsorizzati dalla *Partnership Contribution* per obiettivi e attività di *capacity-building*, come progetti di ricerca e prodotti da utilizzarsi nella risposta alle pandemie – ad esempio, prodotti farmaceutici come vaccini e antivirali, vengono allocati in virtù dei rischi e delle esigenze di salute pubblica<sup>44</sup>.

Si prevede, inoltre, sul piano finanziario, che i soggetti che beneficiano della partecipazione al GISRS versino un contributo annuale, nell'alveo della *Partnership Contribution*, la cui entità complessiva ammonta a circa 28 milioni di dollari americani annui. Le somme così versate verranno impiegate secondo le indicazioni statuite dal DG dell'OMS, sentito il *PIP Advisory Group* (costituito da 18 esperti, provenienti da tre Paesi per ognuna delle sei Regioni in cui gli Stati sono raggruppati in seno all'OMS) e attraverso l'interazione con l'industria farmaceutica e la società civile, senza trascurare il contributo dell'*Executive Board*. Concretamente, le risorse convergenti nella *Partnership Contribution* vengono destinate, per il 70%, alla "pandemic preparedness", che include una serie di aree che l'OMS ha indicato come «strengthening laboratory and surveillance capacities, conducting burden of disease studies, strengthening regulatory capacities, strengthening risk communications, planning for deployment». Il restante 30% delle risorse verrà, invece, utilizzato nell'eventualità che si diffonda una pandemia, come avvenuto nel caso del COVID-19. Data la difficoltà, in circostanze così delicate e necessitanti una risposta tempestiva, sono stati predisposti i *Guiding Principles for Use of PIP Partnership Contribution Response Funds*<sup>45</sup>, per orientare il DG nelle proprie decisioni in merito alla destinazione delle risorse nel caso di pandemie. Infatti, in un contesto così pressante, non sarebbe postulabile operare tali scelte in modo più diffuso, attraverso la convocazione di un *PIP Advisory Group* e mediante la consultazione dell'industria farmaceutica e della società civile. In questo caso, la corralità deve cedere il passo alla prontezza e alla tempestività delle risposte.

Un'ulteriore novità, oltre ai cambiamenti sopra descritti, introdotta con l'evoluzione del GISRS nel GISRS come rinnovato dalla *PIP Framework*, è costituita dal controllo sull'implementazione di tale cornice, che viene affidata al *PIP Advisory Group*, il quale ne valuta inoltre il funzionamento, formulando le relative valutazioni e raccomandazioni.

Il meccanismo della *PIP Framework* è, altresì, costellato da una serie di ulteriori soggetti e progetti che gravitano intorno ad esso, in un'ottica di complementarità. Benché soffermarsi sulla loro analisi vada oltre i propositi e il campo della presente riflessione, appare tuttavia opportuno ricordarne alcuni, come il *Global pandemic influenza action plan to increase vaccine supply* e lo *Strategic Advisory Group of Experts on Immunization*.

<sup>44</sup> *Pandemic Influenza Preparedness Framework, Questions & Answers – Q&As*, cit.

<sup>45</sup> Accessibili qui: [https://www.who.int/influenza/pip/guiding\\_principles\\_pc\\_response\\_funds.pdf?ua=1](https://www.who.int/influenza/pip/guiding_principles_pc_response_funds.pdf?ua=1) (ultima consultazione 19/03/2020).

Formulando alcune considerazioni complessive sul GISRS e la *PIP Framework*, da un lato, non possono che evidenziarsi i benefici per la scienza e il suo sviluppo nel campo delle pandemie, essendo pregevole come l'approccio innovativo adottato abbia inteso affrontare le criticità connesse alla condivisione dei benefici, anche attraverso una primaria valorizzazione dell'equità. Come osservato in una *Expert Review*<sup>46</sup> che, nel 2016, esprime una valutazione sul primo quinquennio di operatività della rinnovata cornice, quest'ultima, pregevolmente si fonda sul principio di «placing virus-sharing and benefit-sharing on an equal footing». Inoltre, la *Expert Review* ha sottolineato come la nuova *Framework* sia da ritenersi un «bold and innovative tool for global pandemic influenza preparedness [and] its implementation has led to greater confidence and predictability in the global capacity to respond to an influenza pandemic»<sup>47</sup>.

A livello operativo, il meccanismo che tale quadro definisce è certamente attento ed equilibrato nella valorizzazione e nel temperamento del ruolo così come degli interessi dei diversi soggetti coinvolti, inclusi gli Stati, specialmente i Paesi in via di sviluppo. La considerazione rivolta al tema del *benefit sharing* e la loro incorporazione nel sistema mediante ricadute proficue per la collettività degli Stati membri dell'OMS, che ci fa rievocare la concezione dei *general interests* della comunità internazionale, ha rappresentato un cambiamento strategico nell'approccio alla condivisione della conoscenza e dei materiali biologici in seno all'OMS. Similmente, e in modo inscindibile, è altrettanto determinante l'inclusione degli schemi degli SMTAs 2, per scandire e assicurare le garanzie della condivisione dei benefici anche laddove l'attività di ricerca sui materiali biologici sia condotta da soggetti esterni al meccanismo del GISRS.

Nonostante ciò, dall'altro lato, non ci si può esimere dal rilevare alcune criticità che tuttavia emergono dal sistema incarnato dal GISRS e dalla *PIP Framework*. Come posto in luce da David P. Fidler e Lawrence O. Gostin, nonostante i pregevoli aspetti che connotano il rinnovato sistema, questo tuttavia «reflects compromises that could jeopardize more equitable allocation of benefits in a future pandemic»<sup>48</sup>. Gli Autori rivolgono le proprie critiche ad una serie di profili, come l'indole di *soft law* di tale cornice, adottata con un atto fondato sull'articolo 23 della Costituzione dell'OMS, laddove il potere normativo che si esprime nel campo della *hard law* – sotteso, quindi, per esempio agli IHR - alberga nell'articolo 19 della Costituzione dell'OMS<sup>49</sup>. Ma, in realtà, appare ancor più pregnante che mai si sia fatto riferimento in modo più ampio al diritto internazionale, che pure, come si mira a porre in luce nel prossimo paragrafo – offre dei riferimenti pregnanti per la definizione degli obblighi di

<sup>46</sup> Per un approfondimento, a tale proposito, si veda World Health Organization, *Review of the Pandemic Influenza Preparedness Framework, Report by the Director-General, Seventieth World Health Assembly, Provisional agenda item 12.5, A70/17, 10 April 2017*, disponibile qui: <https://bit.ly/3cR9pnM> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>47</sup> Si vedano le considerazioni espresse in People's Health Movement, Medact, Third World Network, Health Poverty Action, Medico International, Asociación Latinoamericana de Medicina Social, *op. cit.* Per un approfondimento, si veda: National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine, Health and Medicine Division, Board on Global Health, Forum on Microbial Threats, *Exploring Lessons Learned from a Century of Outbreaks: Readiness for 2030. Proceedings of a Workshop (2019)*, Washington D.C., 2019.

<sup>48</sup> L.O. GOSTIN, D.P. FIDLER, *op. cit.*, 201.

<sup>49</sup> Per un approfondimento, si veda: L.O. GOSTIN, D. SRIDHAR, D. HOUGENDBLER, *The Normative Authority of the World Health Organization, in Public Health*, XXX, 2015, 1-10.

cooperazione degli Stati nel campo della prevenzione delle pandemie così come della ricerca e della sua condivisione, includendo i relativi materiali biologici costituenti la sua materia prima.

Tale carenza, che interessa sia la cornice della *PIP Framework* che del GISRS, appare ancor più evidente quando si considera l'altrettanto forte silenzio in tal senso nell'applicazione degli IHR, che contengono un'esplicita clausola di compatibilità all'articolo 57(1), che recita «[l]e disposizioni dell'RSI [con l'acronimo italiano] non devono pregiudicare i diritti e i doveri degli Stati Parti derivanti da altri accordi internazionali».

Ma non solo: una vulnerabilità della nuova cornice risiede precisamente nella mancata definizione degli obblighi statali che scandiscono, dunque, proprio quei rapporti fra i Paesi industrializzati e i Paesi in via di sviluppo che lo spirito di equità che ispira la rinnovata cornice mira a strutturare e orientare.

Peraltro, gli opportuni riferimenti offerti dal diritto internazionale consentirebbero di individuare un quadro giuridico di prevenzione, cooperazione e condivisione non circoscritto solo alla sfera delle pandemie, ma capace di rivolgersi in modo più ampio ai vari patogeni influenzali, il cui studio può rivelarsi strategico proprio per prevenire l'insorgenza di fenomeni infettivi di proporzioni pandemiche, ad esempio, attraverso lo studio delle mutazioni dei virus e dell'efficacia delle risposte terapeutiche, diagnostiche, specialmente dei vaccini per rispondere all'evoluzione e alla diffusione di tali così insidiosi e pericolosi organismi. Ne costituisce la riprova il fatto che, anche a seguito dell'adozione della *PIP Framework*, episodi simili alla vicenda che nel 2007 aveva visto protagonista l'Indonesia, si sono ripetuti. Può pensarsi emblematicamente al rifiuto di alcuni Paesi, come il Canada, di restituire i campioni biologici ceduti dall'Africa Occidentale durante l'epidemia di ebola diffusasi nel 2014, adducendo a giustificazione «biosafety and biosecurity concerns»<sup>50</sup>.

Al riguardo, il ruolo degli Stati può rivelarsi strategico, e gli operatori privati, specialmente quelli operanti nell'ambito dell'industria farmaceutica, non possono essere dei sostituti in tal senso. Facendo ancora una volta riferimento all'epidemia di ebola appena citata, in quell'occasione diverse aziende si offrirono per sviluppare un vaccino. Ma le motivazioni di tale solerzia, come evidenziato in dottrina, non erano solo puramente umanitarie<sup>51</sup>, ma erano dettate anche da logiche economiche che non possono, ontologicamente, essere abdicare dagli operatori del mercato. Ancor più, in quest'ottica, è difficile aspettarsi ragionevolmente un cambiamento se non si interviene sui meccanismi di proprietà intellettuale che conducono ad effetti preclusivi per l'elaborazione di vaccini da parte dei produttori provenienti dai Paesi in via di sviluppo<sup>52</sup>.

Alla luce di tutto ciò, in dottrina si è ritenuto che «the actual degree of change that [the modifications] introduced to the system is rather small» e che, del resto, «[i]t did relatively little to change the status quo, [and] imposed no specific and measurable requirements to take specific actions»<sup>53</sup>.

Ad ogni modo, ciò non significa che non si possa superare la questione per cui «the lack of obligations on Member States is not unusual and reflects the long-standing inviolability of State sovereign-

<sup>50</sup> A. HONG, *op. cit.*

<sup>51</sup> J. YOUDE, *op. cit.*, 136 ss.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 132.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 131; per un approfondimento: L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge, 2014.

ty»<sup>54</sup>. Un superamento appare, infatti, possibile richiamando il più ampio quadro di obblighi applicabili nel campo della nostra riflessione offerti dal diritto internazionale.

Per queste ragioni, il prossimo paragrafo sviluppa alcune brevi proposte per affrontare le criticità rilevate, fondate sull'idea che un riferimento al diritto internazionale che trascenda la sfera del GISRS, della PIP Framework e degli IHR (peraltro, rispetto a questi ultimi nello specifico, pienamente coerente sia con la clausola di compatibilità sia con i criteri interpretativi sanciti dalla Convenzione di Vienna in materia di diritto dei trattati – nella specie l'articolo 31(3)(c)) possa contribuire ad affrontare le criticità rilevate e offrire delle risposte concretamente realizzabili.

#### 4. Alcune possibili soluzioni offerte dal diritto internazionale

La realtà dinanzi alla quale l'attuale pandemia di CoViD-19 ci ha posto, ci richiede di affrontare delle sfide notevoli. Quando, infatti, si pensa alle fasi iniziali della diffusione del virus SARS-CoV-2 in una prospettiva critica e compiendone un inquadramento nell'ambito del sistema sopra descritto, in particolare degli IHR, non sembra che l'operato prima della Cina possa andare esente da censure, diversamente da un'iniziale impressione positiva riguardo all'approccio adottato dal Paese. In un primo momento, difatti, era stata da più voci sottolineata la tempestività con cui lo Stato cinese aveva notificato l'insorgenza dell'epidemia nella città di Wuhan, poi estesasi all'intera Regione dell'Hubei, la quale da sola conta tanti abitanti quanto l'Italia<sup>55</sup>. Il plauso era stato espresso anche dallo stesso DG dell'OMS, il Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, che non aveva omissso di porre in luce come il celere sequenziamento del genoma del nuovo coronavirus e la sua condivisione avessero costituito un passo essenziale per lo sviluppo della ricerca a livello globale nella lotta alla diffusione del COVID-19<sup>56</sup>. Si era affermato che, grazie alla solerzia cinese, l'OMS aveva potuto attivarsi prontamente, constatando e monitorando la situazione, e procedendo alla dichiarazione di PHEIC il 30 gennaio 2020, quasi un mese esatto dopo la notifica da parte della Cina<sup>57</sup>. Oltre a questo, che l'OMS, non immaginasse lo sconcertante decorso che il CoViD-19 avrebbe conosciuto emerge dalle considerazioni contenute nel-

<sup>54</sup> A. KAMRADT-SCOTT, K. LEE, *The 2011 Pandemic Influenza Preparedness Framework: Global Health Secured or a Missed Opportunity?*, in *Political Studies*, 59, 2011, 831-847; J. YOUDE, *op. cit.*, 132.

<sup>55</sup> G. L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?*, in *EJIL:Talk!*, 27 February 2020, disponibile qui: <https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>56</sup> Il Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus aveva, infatti, affermato che: «We would have seen many more cases outside China by now – and probably deaths – if it were not for the government's efforts, and the progress they have made to protect their own people and the people of the world. The speed with which China detected the outbreak, isolated the virus, sequenced the genome and shared it with WHO and the world are very impressive, and beyond words. So is China's commitment to transparency and to supporting other countries. In many ways, China is actually setting a new standard for outbreak response. It's not an exaggeration». *WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020, disponibile qui: [https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>57</sup> L'evoluzione della diffusione di CoViD-19 attraverso la sua timeline può essere consultata sul sito dell'OMS, alla pagina accessibile tramite il presente link: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen> (ultima consultazione: 19/03/2020).

la *Strategic preparedness and response plan for the new coronavirus*<sup>58</sup>, risalente allo scorso 3 febbraio. Al di là della consapevolezza del rischio di diffusione molto elevato per la Cina e del rischio elevato per l'Asia e a livello mondiale, il documento testimonia come ancora vi fosse incertezza rispetto all'entità della diffusione della malattia nel contesto nazionale cinese e alla gravità dell'impatto sulla salute umana, riconoscendo la stessa OMS che «many uncertainties remain, including the full extent of the current outbreak within China, and the full clinical spectrum of illness, including the prevalence of mildly symptomatic cases». Peraltro, secondo una prima valutazione, si era ritenuto che gli Stati che avevano registrato degli *imported cases* avessero dimostrato «[an] efficient and effective disease surveillance and response measures».

Ad ogni modo, le criticità e la mancata tempestività della Cina nella gestione della fase iniziale dell'emergenza sono progressivamente emerse, e hanno ormai fatto maturare un vivace dibattito scientifico sulla possibilità di affermare la responsabilità dello Stato ai sensi del diritto internazionale. Molteplici sono le ipotesi suggerite, basate su diverse scelte di inquadramento: in alcuni casi, il fondamento giuridico viene ravvisato nella violazione della Costituzione dell'OMS, in particolare degli obblighi – dal contenuto di carattere informativo – contemplati dal suo articolo 63 o dal suo articolo 64 (il cui contenuto potrebbe anche definirsi attraverso il riferimento agli articoli 6 e 7 degli IHR)<sup>59</sup>. Ancora, è stato suggerito che la responsabilità della Cina possa affermarsi sulla scorta della violazione dell'articolo 37 della Costituzione dell'OMS, per aver cercato di influenzare il DG e il personale dell'OMS, omettendo di fornire le informazioni relative agli sviluppi del CoViD-19 a livello nazionale o fornendo un'informazione inaccurata al rispetto. Un ulteriore fondamento giuridico della responsabilità internazionale della Cina discenderebbe dalla violazione dell'articolo 18 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969, per avere privato del suo scopo e del suo oggetto la Costituzione dell'OMS, con particolare riferimento al suo obiettivo di conseguire per tutti i Popoli il più elevato livello di salute ottenibile.<sup>60</sup> In tutti questi casi, discenderebbero importanti conseguenze sul piano della giustiziabilità ai sensi dell'articolo 75 della Costituzione dell'OMS<sup>61</sup>, il quale prevede che

<sup>58</sup> Il testo è disponibile qui: <https://www.who.int/publications-detail/strategic-preparedness-and-response-plan-for-the-new-coronavirus> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>59</sup> Si tratta, nello specifico, rispettivamente, dell'obbligo di comunicare “senza indugio” all'OMS «le leggi, i regolamenti, i rapporti ufficiali e le statistiche importanti, che concernono la sanità, pubblicati nello Stato», e di «forni[re] rapporti statistici ed epidemiologici, secondo le modalità che saranno fissate dall'Assemblea della sanità».

<sup>60</sup> Riguardo ai profili considerati, è stata proposta un'interessante riflessione da P. TZENG, *Taking China to the International Court of Justice over COVID-19*, in *EJIL:Talk!*, 2 April 2020, disponibile qui: <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/> (ultima consultazione 03/05/2020). Una simile prospettiva è stata proposta anche da M. KHUBCHANDANI, *Did Not Even “Bat” an Eye on China? A Case at the International Court of Justice to Prevent China from Re-opening Wet-bat Markets in Wake of the COVID-19 Furore*, in *International Law Blog. Fresh Perspectives on International Law*, 6 April 2020, disponibile qui <https://internationallaw.blog/2020/04/06/did-not-even-bat-an-eye-on-china-a-case-at-the-international-court-of-justice-to-prevent-china-from-re-opening-wet-bat-markets-in-wake-of-the-covid-19-furore/> (ultima consultazione 03/05/2020).

<sup>61</sup> In particolare, l'articolo 75 della Costituzione dell'OMS prevede che: «Qualsiasi questione o controversia concernente l'interpretazione o l'applicazione della presente costituzione, non regolata mediante trattative o dall'Assemblea della sanità, dev'essere sottoposta dalle Parti alla Corte Internazionale di Giustizia, conforme-

qualora sorga una controversia internazionale e questa non venga risolta né con modalità transattive né dall'Assemblea Mondiale della Sanità, potrà adirsi la Corte Internazionale di Giustizia.

Per ora, è complesso prevedere quale evoluzione conoscerà la delicata vicenda descritta in merito alla posizione della Cina, così come la valutazione degli sviluppi della pandemia di CoViD-19 richiede prudenza ed un'osservazione e uno studio scrupolosi, incessanti e costanti.

Nel delicato momento che stiamo attraversando, ciò a cui possiamo rivolgere la nostra attenzione sono i profili dell'attuale sistema facente capo all'OMS ancora suscettibili di essere vulnerabili, come evidenziato nelle considerazioni conclusive del precedente paragrafo. Infatti, se appare condivisibile l'idea che il caso dell'«Indonesia could not force a radical restructuring of political and economic structuring»<sup>62</sup>, può però suggerirsi che l'attuale pandemia possa condurre a un ripensamento dell'approccio agli IHR così come al GISRS che abbracciano il diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale dei diritti umani. Come anticipato nella parte conclusiva del precedente paragrafo, tale idea non pecca di incoerenza rispetto all'attuale sistema: sono gli stessi IHR a prevedere una clausola di compatibilità con «i diritti e i doveri degli Stati Parti derivanti da altri accordi internazionali» all'articolo 57(1), statuendo che essi non debbano essere pregiudicati dalle disposizioni dei Regolamenti stessi. Per di più, vi è un'ulteriore questione a supporto dell'integrazione degli obblighi di diritto internazionale rilevanti nella cornice dell'OMS, applicabile tanto agli IHR che al GISRS: la fonte di diritto internazionale pattizio alla quale ci accingiamo a fare riferimento, ossia il Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali delle Nazioni Unite,<sup>63</sup> vincola quasi tutti gli Stati del mondo, con pochissime eccezioni<sup>64</sup>.

In tale senso, dunque, un loro richiamo, quanto meno in via interpretativa, rispetto agli IHR, è operabile ai sensi dei criteri interpretativi del diritto pattizio dettati dalla Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969, in particolare il criterio ermeneutico di cui all'articolo 31(3)(c), il quale prevede che possa utilizzarsi come supporto interpretativo «ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti».<sup>65</sup>

Ma non solo: il quadro su cui ci accingiamo a soffermarci può costituire anche una cornice giuridica suscettibile di integrare il meccanismo del GISRS, soprattutto per la sua attitudine a descrivere ed applicarsi ai rapporti interstatali, altresì enfatizzando le logiche d'equità – e, potremmo aggiungere, di non discriminazione – sottese alla stessa concezione del rinnovato meccanismo, specialmente nei rapporti fra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo. Peraltro, ciò consentirebbe di superare

---

mente allo statuto di detta Corte, a meno che le Parti non s'accordino circa un'altra soluzione». P. TZENG, *op. cit.*; M. KHUBCHANDANI, *op. cit.*

<sup>62</sup> J. YOUDE, *op. cit.*, 131.

<sup>63</sup> Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, aperto alla firma il 16 Dicembre 1966, entrato in vigore il 3 Gennaio 1976 (United Nations, Treaty Series, 993, 3).

<sup>64</sup> Tali eccezioni sono rappresentate dai seguenti Stati: Andorra, Antigua e Barbuda, l'Arabia Saudita, la Botswana, il Brunei, la Malaysia, il Mozambico, l'Oman, il Sahara Occidentale, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucia, Sudan del Sud, lo Stato del Vaticano e alcuni Stati della Micronesia e della Polinesia.

<sup>65</sup> Sugli IHR e i diritti della persona: S. NEGRI, *op. cit.*, 110-134; A. ZIDAR, *WHO International Health Regulations and human rights: from allusions to inclusion*, in *The International Journal of Human Rights*, 19, 4, *National Security and Public Health: Human Rights in conflict*, 2015. Per un ulteriore approfondimento, si veda: B.M. MEIER, L.O. GOSTIN (a cura di), *Human Rights in Global Health: Rights-Based Governance for a Globalizing World*, Oxford, 2018.

l'ambito delle pandemie a cui la *PIP Framework* si rivolge, con l'attitudine a indirizzarsi al più ampio novero di patogeni influenzali, con un potenziamento della condivisione e della ricerca diffuso da cui, indirettamente e conseguentemente, discenderebbe un miglioramento anche dell'approccio più specificamente diretto alle pandemie. Ciò, ad esempio, può intendersi, significativamente, nell'ottica della prevenzione, attraverso lo studio costante dell'evoluzione dei virus, dei profili epidemiologici rilevanti, sviluppando un quadro di ricerca favorevole all'elaborazione di risposte diagnostiche e terapeutiche e, specialmente, di vaccini mirati rispetto a determinate vicende pandemiche, potenziali o "conclamate". Ciò contribuirebbe a far sì che l'OMS, nell'esercizio dei suoi *emergency powers*, ma non solo, possa «aprovecha[r] [su] nuevo liderazgo derivado de su preocupación por "la salud mundial"»,<sup>66</sup> maturato a seguito del superamento della crisi dell'Organizzazione fra la fine degli anni Ottanta e gli albori del Nuovo Millennio.

Del resto, in dottrina, le critiche al mancato riferimento al diritto internazionale non sono mancate e il riferimento a degli obblighi di *hard law* può contribuire a compensare la maggior vulnerabilità dell'indole di *soft law* della cornice del GISRS<sup>67</sup>.

Come anticipato sopra, la cornice di diritto internazionale che costituisce il fulcro delle proposte che si formulano, si incentra sul Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (PIDESC), adottato nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite alla fine del 1966.

In tal senso, il riferimento al PIDESC non è inedito in dottrina; al contrario, in più occasioni, si è caldeggiato l'importante ruolo che il suo articolo 12, che tutela il diritto alla salute, potrebbe svolgere nel campo delle epidemie – e, dunque, anche delle pandemie<sup>68</sup>.

In particolare, l'articolo 12(1) tutela il «diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire», la cui «piena attuazione» dovrà essere assicurata dagli Stati mediante le misure «necessarie ai [...] fini» contemplati dal paragrafo 2 della previsione, fra i quali sono inclusi, alla lettera c), «la profilassi, la cura e il controllo delle malattie epidemiche, endemiche, professionali e d'altro genere».

Dunque, sussiste un obbligo in capo agli Stati parti del PIDESC di prevenire e contrastare le malattie epidemiche, la cui portata e il cui contenuto vengono più diffusamente chiariti dal *General Comment* No. 14 sul diritto agli standard più elevati di salute<sup>69</sup>, in virtù del quale, al paragrafo 16, tale obbligo statale comporta non solo la predisposizione di programmi educativi di carattere preventivo, ma anche la creazione di un sistema di assistenza sanitaria d'urgenza capace di rispondere alle epidemie. In

<sup>66</sup> Á. FRANCO-GIRALDO, C. ÁLVAREZ-DARDET, *op.cit.*, 544.

<sup>67</sup> Si vedano, in tal senso: J. YOUDE, *op. cit.*, 132; L.O. GOSTIN, D.P. FIDLER, *op. cit.*

<sup>68</sup> Di recente, l'idea è stata sostenuta anche da P.A. VILLAREAL, *Public International Law and the 2018-2019 Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo*, in *EJIL:Talk!*, 1 August 2019, disponibile qui: <https://www.ejiltalk.org/public-international-law-and-the-2018-2019-ebola-outbreak-in-the-democratic-republic-of-congo/>, e ripresa e sviluppata da O. BOZHENKO, *More on Public International Law and Infectious Diseases: Foundations of the Obligation to Report Epidemic Outbreaks*, in *EJIL:Talk!*, 15 August 2019, disponibile qui: <https://www.ejiltalk.org/more-on-public-international-law-and-infectious-diseases-foundations-of-the-obligation-to-report-epidemic-outbreaks/> (ultima consultazione 19/03/2020).

<sup>69</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000, Contained in Document E/C.12/2000/4, disponibile qui: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf> (ultima consultazione 19/03/2020).

tal senso, emerge un inquadramento non solo individuale ma anche congiunto o collettivo dell'impegno richiesto agli Stati per il controllo delle malattie, nello specifico, possiamo precisare, infettive, laddove gli sforzi realizzati devono finalizzarsi «*inter alia*, [to] make available relevant technologies, using and improving epidemiological surveillance and data collection on a disaggregated basis, the implementation or enhancement of immunization programmes and other strategies of infectious disease control». L'affermazione della transfrontalierità degli obblighi gravanti sugli Stati, peraltro, non rimane circoscritta al paragrafo 16 del *General Comment* considerato, ma viene statuita anche al paragrafo 40, nel quale si puntualizza che gli Stati hanno una responsabilità, individuale e collettiva, fondata peraltro anche sulla Carta delle Nazioni Unite e sulle pertinenti Risoluzioni adottate dalla WHA, di *disaster relief and humanitarian assistance in times of emergency*, ciascuno al massimo delle proprie capacità<sup>70</sup>. Una statuizione, quest'ultima, che assume una particolare pregnanza rispetto al principio della *full progressive realization* sancito dal PIDESC, che comporta l'adozione immediata di misure di implementazione del Patto, che possono avere, ad esempio, un'indole legislativa, amministrativa, giudiziaria o, ancora, educativa o sociale, ma prevede un adempimento progressivo, crescente ma anche scandito tenuto conto delle specifiche esigenze di carattere finanziario connesse alla disponibilità del *budget* statale. Lo spirito corale e solidaristico che ispira il GISRS, peraltro, troverebbe un'interessante realizzazione, ancor più nitida, alla luce dell'affermazione conclusiva del paragrafo 40 del *General Comment* No. 14, laddove, considerando che alcune malattie si trasmettono al di là delle frontiere, si statuisce che «the international community has a collective responsibility to address this problem», chiarendo, altresì, che «[t]he economically developed States parties have a special responsibility and interest to assist the poorer developing States in this regard».

Si è discusso se tali obblighi formino parte del nucleo duro del diritto alla salute, con delle risposte affermative in dottrina<sup>71</sup>. In tal senso, il paragrafo 44(c) del *General Comment* No. 14 ha chiarito che «tak[ing] measures to prevent, treat and control epidemic and endemic diseases» costituisce uno degli obblighi di “comparabile priorità” rispetto alle *core obligations* incarnanti, dunque, il *noyau dur* del diritto alla salute, da godersi nei suoi *highest attainable standards*. In tal senso, peraltro, può ricordarsi come in dottrina sia stato posto in luce il maturare di un'*opinio iuris* proprio in merito a tale nucleo duro, che indurrebbe a stimolare la riflessione sulla possibilità di postulare la acquisizione di un'indole perfino consuetudinaria delle *core obligations* inerenti al diritto alla salute<sup>72</sup>.

Al riguardo, appare di essenziale rilevanza evidenziare come tale concezione del nucleo duro del diritto alla salute, inteso come godimento degli *highest attainable standards of health*, abbia trovato la propria prima affermazione proprio nel Preambolo della Costituzione dell'OMS, oltre che all'articolo 1, dove assurge a obiettivo dell'Organizzazione, venendo poi costantemente riaffermato nella gene-

<sup>70</sup> O. BOZHENKO, *op. cit.*

<sup>71</sup> Ad esempio, si vedano le soluzioni in senso positivo in merito all'obbligo di notificare l'insorgere di un'epidemia, come L. GOSTIN, Z. LAZZARINI, *Human Rights and Public Health Law in the AIDS Pandemic*, Oxford, 1997, 29, D.P. FIDLER, *International Law and Infectious Diseases*, Oxford, 1999, 193, fino all'affermazione di un diritto umano al controllo delle malattie infettive in C. PANNENBORG, *A New International Health Order: An Inquire into the International Relations of World Health and Medical Care*, The Netherlands, 1979, 318. Nel complesso, su tali considerazioni, si veda la recente riflessione di O. BOZHENKO, *op. cit.* Si veda, inoltre: B.M. MEIER, L.O. GOSTIN (a cura di), *op. cit.*, 120 ss.

<sup>72</sup> D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Crisis económica, vulnerabilidad multidimensional y cambio climático: la “tormenta perfecta” para el derecho a la salud en Europa*, in *Bioderecho.es, Estudios de Vulnerabilidad*, 5, 2017.

ralità degli strumenti di diritti umani universali e regionali, indice di una convergenza globale di vedute in tal senso (e con un'interessante specificazione nel Protocollo di San Salvador della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo che, espressamente, annovera fra i contenuti del diritto alla salute proprio la «[u]niversal immunization against the principal infectious diseases», all'articolo 10(2)(c)). Oltre al diritto alla salute, vi è inoltre un'altra importante previsione di riferimento, che non ha tradizionalmente ricevuto tanta attenzione quanto il diritto alla salute, né in dottrina né nella giurisprudenza internazionale, e che il PIDESC contempla al suo articolo 15(1)(b). Si tratta del diritto alla scienza, noto anche fungibilmente come diritto a godere dei benefici del progresso scientifico. Ai fini della nostra riflessione e nella prospettiva di definire una cornice giuridica nella quale declinare e strutturare un contenuto più articolato e determinato per gli obblighi statali di cooperazione rispetto agli IHR e al GISRS, viene particolarmente in rilievo la lettura data alla previsione dal *Venice Statement*<sup>73</sup>. Quest'ultimo è stato adottato nel 2009, al termine di un incontro organizzato dall'UNESCO, con il precipuo proposito di «clarifying the normative content of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications and generating a discussion among all relevant stakeholders with a view to enhance the implementation of this right». La sua *guidance* interpretativa, peraltro, risulta particolarmente preziosa dato che, al momento, il primo *General Comment* dedicato specificamente al diritto alla scienza è ancora in corso di elaborazione da parte del Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Per la definizione di obblighi interstatali ispirati all'equità e alla solidarietà, il *Venice Statement* appare particolarmente significativo dove afferma che «[t]he ongoing process of science has different meanings and implications in different contexts and may pose significant challenges for human rights in the world today. The processes, products and applications of science should be used for the benefit of all humanity without discrimination, particularly with regard to disadvantaged and marginalized persons and communities»<sup>74</sup>. Una lettura che appare suscettibile di tradurre e conferire respiro al dettato dell'articolo 15(4) del PIDESC, in virtù del quale gli Stati parti «riconoscono i benefici che risulteranno dall'incoraggiamento e dallo sviluppo dei contatti e dalla collaborazione internazionale nei campi scientifico e culturale».

Concretamente, il quadro descritto potrebbe fornire una cornice normativa di riferimento e ispirazione per definire il contenuto delle misure da adottarsi, mediante le raccomandazioni temporanee e permanenti in virtù degli IHR. In tal senso, offrire e condividere nel quadro dell'OMS i campioni virali che uno Stato abbia a disposizione in caso di emergenze sanitarie, così come la condivisione dei risul-

<sup>73</sup> UNESCO, *Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications*, (2009), <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001855/185558e.pdf>. Al riguardo, si veda: A. BOGGIO, C.P.R. ROMANO, *Freedom of Research and the Right to Science: From Theory to Advocacy*, in S. GIORDANO, J. HARRIS, L. PICCIRILLO (a cura di), *The Freedom of Scientific Research: Bridging the Gap between Science and Society*, Manchester, 2018. Si veda inoltre, sui profili fondanti del diritto alla scienza: M. MANCISIDOR, *Is There Such a Thing as a Human Right to Science in International Law?*, in *ESIL Reflections*, 4, 1, 7 April 2015, disponibile al presente link <http://www.esil-sedi.eu/node/896>; per un ulteriore approfondimento, può consultarsi il blog del Professor Mancisidor, disponibile al presente link: <http://mikelmancisidor.blogspot.it/> (ultima consultazione per tutti i riferimenti richiamati nella presente nota 19/03/2020).

<sup>74</sup> UNESCO, *Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications*, cit. Si veda: *The right to enjoy scientific progress and the freedom indispensable for scientific research*, 22 February, 2018 h. 3:00 – 5:00 pm, United Nations Headquarters, Conference Room 5, Concept paper, disponibile al presente link: <https://www.un.org/webcast/pdfs/180222-italy-concept.pdf> (ultima consultazione 19/03/2020).

tati conseguiti con l'impiego di tali materiali all'interno del sistema dell'Organizzazione potrebbero qualificarsi come espressione di specifici obblighi assunti dagli Stati, che offrirebbero altresì il parametro di valutazione dei rifiuti di cooperare in tale ottica alla stregua di altrettanto specifiche violazioni<sup>75</sup>.

Ma la pregnanza del riferimento al diritto internazionale non si limiterebbe alla fase di emergenza, consentendo di definire una cooperazione interstatale improntata all'equità e alla solidarietà nella prevenzione e nel contrasto delle pandemie. Si potrebbe in tal modo, altresì, fondare un nucleo di obblighi interstatali di cooperazione che vadano al di là della *PIP Framework*, con una generalizzazione applicabile a tutti i patogeni influenzali nel campo della ricerca, della sua condivisione e circolazione, in modo stabile e duraturo che trascenda le condizioni d'emergenza. L'esigenza del potenziamento della ricerca e della concertazione e condivisione dei suoi risultati sono stati messi particolarmente in luce dall'attuale pandemia del CoViD-19. Si può pensare all'importanza di condividere le informazioni e i materiali che permettono di studiare la particolare capacità di mutazione del SARS-CoV-2, con l'opportunità di esplorare sempre più mirate soluzioni diagnostiche e, auspicabilmente, un vaccino.

In tal senso, le proposte formulate richiedono di essere ulteriormente articolate sul piano più squisitamente pragmatico e operativo: senza sminuire l'utilità di un meccanismo di tracciabilità come l'IVTM, sarebbe raccomandabile creare, nel quadro del GISRS, un apposito *database* e, auspicabilmente, anche una biobanca. Ciò contribuirebbe a prevenire una frammentazione dell'informazione, che si rischia affidandosi a strumenti pubblici indubbiamente validi ma non unitari e concertati, e si limiterebbero i rischi di dispersione e non restituzione dei materiali biologici, preservati dalla *governance* e dalla tutela assicurate da una biobanca, che si sono presentati, ad esempio, in occasione della succitata epidemia di ebola del 2014-2016. Il *database*, inoltre, potrebbe costituire uno strumento proficuo di interazione con enti e istituzioni strategici, per la ricerca così come in campo farmaceutico, quali le Agenzie del Farmaco, sia nazionali che regionali come l'Agenzia Europea del Farmaco e l'Agenzia Africana per i Medicinali. Ciò sarebbe strategico non solo per la condivisione sul piano informativo e operativo, ma anche per agevolare la ricerca in caso di epidemie o pandemie, attraverso meccanismi sicuri ma più snelli e compatibili con le pressanti esigenze dettate dall'emergenza, ad esempio sul piano delle autorizzazioni e della sperimentazione. Ancora, le Agenzie del Farmaco potrebbero concorrere alla promozione di un temperamento del regime dei brevetti, stimolando l'adozione di soluzioni eque, specialmente a garanzia dei Paesi in via di sviluppo, come la previsione dell'accesso a condizioni agevolate per le popolazioni più socioeconomicamente vulnerabili, o come la previsione di *differentiated patents*.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Un'interessante riflessione è stata proposta da Y. DONDERS, *The right to enjoy the benefits of scientific progress: in search of state obligations in relation to health*, in *Medicine, Health Care, and Philosophy*, 14, 4, November 2011, 371–381. Si veda, inoltre: A. BOGGIO, C.P.R. ROMANO, *op. cit.*

<sup>76</sup> Per un approfondimento sul tema: M. ORTEGA GÓMEZ, *El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 37, 2016, 23-36. Un'approfondita riflessione sull'equità e l'accesso: C. RODRÍGUEZ REINADO, *Globalización y salud. La pandemia del VIH: Un ejemplo de desigualdad global*, Huelva, 2017. Per un ulteriore approfondimento: I. DE MIGUEL BERIAIN, C.M. ROMEO CASABONA, *Synbio and Human Health: A Challenge to the Current IP Framework?*, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, 2014.

In un'ottica ancora più propositiva, conclusivamente, potrebbe teorizzarsi l'adozione di uno strumento di *soft law* "forte" che suggelli doveri statali così strutturati, nella prospettiva della costruzione di un impegno crescente, da tradurre in integrazioni e in un aggiornamento dello strumento adottato attraverso revisioni periodiche. In tal senso, infatti, si registra una crescente tendenza a livello internazionale ad optare per questa *new gradual normativity*<sup>77</sup>, che si rivela particolarmente idonea per le materie *highly sensitive*, come quelle a cui la presente riflessione si dedica. Ciò si deve alla duttilità e alla flessibilità della *soft law*, che non richiede le più lunghe e complesse procedure di adozione richieste dalla *hard law* pattizia – si pensi, emblematicamente, ai tempi necessari per la ratifica – e che risulta più duttile sia durante la fase delle negoziazioni per l'adozione che in caso di successive modifiche, facilmente postulabili per mantenere il passo con il progresso scientifico. Un simile strumento, che potrebbe essere adottato sulla base dell'articolo 23 della Costituzione dell'OMS, potrebbe peraltro offrire una più omogenea e solida definizione del regime di *benefit sharing*, in modo più pervasivo rispetto a quanto attualmente avvenga con gli SMTAs 2 (e pur senza voler sminuire il pregio di tali strumenti). Tale condivisione di benefici potrebbe ispirarsi all'interessante modello delineato dall'articolo 15 della Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'UNESCO, che si fonda sulla concezione per cui «[b]enefits resulting from any scientific research and its applications should be shared with society as a whole and within the international community, in particular with developing countries».

## 5. Conclusioni

«No more Internet. No more social media, no more scrolling through litanies of dreams and nervous hopes and photographs of lunches, cries for help and expressions of contentment and relationship-status updates with heart icons whole or broken, plans to meet up later, pleas, complaints, desires, pictures of babies dressed as bears or peppers for Halloween. No more reading and commenting on the lives of others, and in so doing, feeling slightly less alone in the room».

C'è un inquietante e profetico senso della realtà in cui la pandemia di CoViD-19 ci ha fatto precipitare, nelle parole di Emily St. John Mandel. Ma, mentre nella descrizione del mondo *online* di *Station Eleven* il vuoto e il silenzio invadono anche la rete, nei nostri giorni internet cerca di creare quella vi-

<sup>77</sup> R. ANDORNO, *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Bruxelles, 2013. Sul crescente ricorso alla *soft law* e l'evoluzione del fenomeno, si vedano anche: D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *La elaboración de Derecho internacional más allá del consentimiento estatal. La emergente legalidad internacional de base consensual*, in *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXI V, 2008, 110-111; J. PAUWELYN, R.A. WESSEL, J. WOUTERS, *When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking*, in *European Journal of International Law*, 25, 3, 2014, 733-763; J. CRAWFORD, *Is the world suffering from treaty fatigue?*, in *Pursuit*, Interview 406, 26 September 2017, Presenter: Lynne Haultain, Director, Victoria Law Foundation, University of Melbourne, disponibile al presente link: <https://pursuit.unimelb.edu.au/podcasts/is-the-world-suffering-from-treaty-fatigue> (ultima consultazione 19/03/2020); B.S. DIALLO, *The Binding Force of International Legal Standards in the Face of the Recurrent Practice of Soft Law*, in *CEJSH The Central European Journal of Social Sciences and Humanities*, 7, 2017. Sul fenomeno della "treaty fatigue" e dell'"informal international lawmaking": A. LANGLOIS, *The global governance of human cloning: the case of UNESCO*, in *Palgrave Communications*, 3, Article number: 17019, 2017.

cinanza che, attualmente, ci è fisicamente negata dalle esigenze di mitigazione e di contenimento per arrestare la pandemia.

L'evoluzione del CoViD-19 è difficilmente prevedibile, ma possiamo affidarci alla scienza, depositaria più che mai della nostra speranza in questo drammatico momento attorno al quale il mondo sembra stringersi, al di là dei confini ripristinati e delle distanze necessarie per proteggerci.

Il presente lavoro ha mirato a proporre degli spunti di ripensamento rivolti all'OMS e al suo fondamentale ruolo di gestione delle emergenze sanitarie e di condivisione della scienza nella dimensione delle epidemie e delle pandemie, laddove «contemporary biopolitical order [is] often characterized by a reconfiguration of the sovereign in diffuse, deterritorialized operations of power»<sup>78</sup>.

Ciò che possiamo immaginare è che il mondo, così come il diritto, per questa riflessione in particolare il diritto internazionale, non saranno gli stessi di prima; sarà necessario dare spazio e attuazione alle ineludibili istanze di rinnovazione e di cambiamento.

E, in tutto questo, è ancora una volta Emily St. John Mandel a dar voce a ciò che più che mai supera i confini e, in questo momento, ci unisce a livello globale, la speranza, racchiusa nelle seguenti parole: «We traveled so far and your friendship meant everything. It was very difficult, but there were moments of beauty. Everything ends. I am not afraid».

---

<sup>78</sup> J. YOUDE, *op. cit.*, 126



## Il Regolamento Sanitario Internazionale dell'OMS alla prova dell'emergenza CoViD-19

**Giulia Perrone**

*Dottoranda di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza.*

*Mail: [giulia.perrone@unito.it](mailto:giulia.perrone@unito.it).*

Secondo i dati dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) aggiornati al 26 marzo 2020, 416.686 persone situate in 196 Paesi e territori del mondo hanno contratto il "CoViD-19", la malattia respiratoria causata dal coronavirus identificato a Wuhan, in Cina, a dicembre 2019. Di queste, 18.589 sono decedute in seguito al contagio<sup>1</sup>. L'esplosione dei nuovi agenti patogeni ha colto il mondo di sorpresa, riscoprendo un antico *vulnus* dell'interconnessione globale e sollevando punti di domanda sulle misure più efficaci per il contrasto al contagio.

Se, da una parte, la rapidità di trasmissione del virus e le relative conseguenze hanno sollevato incertezze di ogni genere – dalle risposte tecnico-scientifiche, alle decisioni politiche, alla normativa da applicare – dall'altra l'OMS ha assunto un ruolo di guida per i suoi Stati membri, ponendosi come punto di riferimento per le questioni di gestione interna, il coordinamento delle attività di ricerca, la diagnostica e la cooperazione internazionale così come disciplinata dal Regolamento Sanitario Internazionale (in seguito "RSI" o "Regolamento")<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Dati consultati su [www.covid19.who.int](http://www.covid19.who.int) (ultima consultazione: 26/03/2020).

<sup>2</sup> World Health Organization, *International Health Regulations*, 2005.

<sup>3</sup> World Health Organization, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the*

Il RSI, in vigore dal 15 giugno 2007 in 196 Stati, è l'unico strumento giuridicamente vincolante che disciplina la prevenzione e il controllo della diffusione internazionale delle malattie. Tale Regolamento attribuisce al Direttore Generale (DG) dell'OMS l'autorità di stabilire, sulla base delle informazioni ricevute e del parere di un comitato tecnico appositamente istituito, se un determinato evento costituisca o meno una emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (ESPRI). La eventuale dichiarazione di ESPRI non è priva di conseguenze ma comporta l'adozione di «raccomandazioni temporanee» contenenti misure urgenti da adottare a livello statale per contenere l'espansione del contagio e limitarne la propagazione all'estero.

Il 30 gennaio 2020 il Direttore Generale dell'OMS, dottor Tedros Ghebreyesus, ha dichiarato che l'epidemia di Coronavirus in Cina costituisce una emergenza internazionale di salute pubblica<sup>3</sup>. A distanza di poco più di un mese, i «livelli allarmanti» di trasmissione e gravità di CoViD-19 hanno condotto l'OMS a descrivere la situazione come una *pandemia*: una malattia diffusa a livello mondiale<sup>4</sup>. Nonostante le definizioni, tuttavia, la natura giuridica delle raccomandazioni temporanee, le misure di implementazione del RSI e il coordinamento internazionale sollevano numerose incertezze. La situazione di pandemia attuale ne è la conferma.

Il Regolamento Sanitario Internazionale è stato adottato durante la 58a Assemblea Generale

*outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, [www.who.int](http://www.who.int) (ultima consultazione: 26/03/2020).

<sup>4</sup> World Health Organization, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, [www.who.int](http://www.who.int) (ultima consultazione: 26/03/2020).

dell'OMS (maggio 2005)<sup>5</sup>. Per la sua entrata in vigore non è stata necessaria alcuna ulteriore ratifica, essendo sufficiente il voto a maggioranza dei due terzi degli Stati membri presenti e votanti (art. 60 Cost. OMS<sup>6</sup>). I regolamenti adottati con tale procedura diventano giuridicamente vincolanti per tutti gli Stati membri dell'OMS, salvo espressioni di volontà in senso contrario.

Rispetto alla versione precedente, il RSI del 2005 diverge in modo significativo<sup>7</sup>, sostituendo a una impostazione rigida, limitata al contrasto di un elenco già predefinito di malattie, un approccio più aperto e flessibile, ritenuto più adeguato alle trasformazioni di un contesto globalizzato e fondato sull'obbligo di cooperazione e buona fede per gli Stati parte. Questi ultimi sono infatti tenuti a informare l'OMS con minuzia di dettagli ogni qual volta emergano sul territorio nazionale eventi sanitari al di sopra di una data soglia di gravità.

In questo quadro, l'OMS è chiamata a svolgere una attività centrale di coordinamento<sup>8</sup> e fornisce assistenza agli Stati per la individuazione di misure temporanee e permanenti idonee a contrastare la diffusione internazionale delle malattie senza interferire con il traffico e il commercio tra Stati, se non per necessarie esigenze di salute pubblica.

Le criticità, tuttavia, non mancano.

L'art. 1 del RSI definisce l'«emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale» come «un evento straordinario» idoneo a «(i) costituire un rischio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale di malattie, e (ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata». L'integrazione di tali criteri con le informazioni più puntuali contenute nell'Allegato 2 del RSI, pur richiedendo una analisi di tipo epidemiologico, lascia spazio a valutazioni di carattere politico, spesso criticate di essere preponderanti rispetto a considerazioni giuridiche o tecnico-scientifiche<sup>9</sup>.

Se i ragionamenti di carattere politico, purché basati su evidenza scientifica, svolgono un ruolo significativo per la promozione della collaborazione tra Stati, le implicazioni di diritto internazionale conseguenti a una dichiarazione di ESPRI sollevano ancora molti interrogativi<sup>10</sup>. In base all'art. 13 del RSI, gli Stati Parti hanno l'obbligo di «sviluppare, rafforzare e mantenere [...] la capacità di rispondere prontamente ed efficacemente ai rischi per la sanità pubblica e alle emergenze sanitarie di interesse internazionale». La forma e il contenuto di tale capacità sono lasciate alla creazione o implementazione di strumenti interni ispirati a linee guida emanate ad hoc dall'OMS. Il verbo *ispirati* non è casuale. Le raccomandazioni temporanee (art. 1, RSI) con cui il DG esorta all'adozione di misure urgenti e

<sup>5</sup> World Health Assembly, *Resolution WHA58.3: Revision of the International Health Regulations*, adopted on 23/05/2005.

<sup>6</sup> International Health Conference, *Constitution of the World Health Organization*, 22/07/1946, art. 60.

<sup>7</sup> D.P. FIDLER, *Revision of the World Health Organization's International Health Regulations*, in *ASIL Insights*, 16 aprile 2004, reperibile sul sito internet [www.asil.org](http://www.asil.org).

<sup>8</sup> P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, 170-171.

<sup>9</sup> G.L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?*, in *EJIL: Talk!*, 27/02/2020; M. ECCLESTON-TURNER, A. KAMRADT-SCOTT, *Transparency in IHR emergency committee decision making: the case for reform*, in *BMJ Global Health*, 4, 2, 25 aprile 2019; P. VILLAREAL, *Public International Law and the 2018-2019 Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo*, in *EJIL: Talk!*, 01/08/2019.

<sup>10</sup> Sull'evoluzione pubblica dell'OMS, si veda: D.P. FIDLER, *Caught between Paradise and Power: Public Health, Pathogenic Threats, and the Axis of Illness*, in *McGLR*, 2005, 64-67.

necessarie a contrastare l'emergenza sanitaria (art. 13, RSI), non sono giuridicamente vincolanti per gli Stati, né è previsto alcun sistema sanzionatorio all'interno del Regolamento in caso di violazione delle stesse da parte del singolo Stato<sup>11</sup>. Rimane quindi da capire se l'emanazione di tali raccomandazioni sia efficacemente strumentale all'adempimento degli obblighi previsti dal RSI e se l'eventuale adozione di misure interne in contrasto con quanto raccomandato possa dar luogo a responsabilità internazionale per violazione del trattato.

L'art. 43 del RSI fornisce un'opportunità di ragionamento a tal proposito.

Ai sensi di tale disposizione, le misure sanitarie adottate dai singoli Stati in risposta a ESPRI «non devono essere più restrittive del traffico internazionale e più invasive o intrusive per le persone di ragionevoli alternative in grado di raggiungere un adeguato livello di protezione sanitaria». Per garantire il bilanciamento richiesto, la loro adozione e implementazione deve essere basata su evidenza scientifica, tenendo conto delle informazioni, delle consulenze e dei pareri forniti

dall'OMS e nel rispetto degli obblighi internazionali. Scopo del RSI è quello di evitare che gli Stati adottino misure non necessarie che possano disincentivare gli altri governi dal notificare eventuali situazioni di rischio per la salute pubblica e che risultino potenzialmente dannose per gli individui<sup>12</sup>. La formulazione dell'art. 43 non definisce in modo chiaro se e fino a che punto gli Stati Parti possano oltrepassare il dettato delle raccomandazioni. Sorge quindi il dubbio sulle conseguenze di un eventuale contrasto tra le raccomandazioni fornite dall'OMS, perseguendo gli scopi del RSI, e le misure concretamente adottate dagli Stati Parti.

Nonostante la diffusione di CoViD-19, l'OMS ha esortato i suoi membri a *non* applicare restrizioni al traffico e al commercio internazionale. Secondo i dati raccolti dall'Organizzazione, infatti, limitazioni in tal senso hanno già dimostrato di essere poco efficaci in passato e comportano, al contrario, il rischio di bloccare la circolazione di risorse fondamentali per il contrasto all'epidemia, con gravi ricadute sul sistema socio-economico di un Paese<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Nel 2015, il panel di esperti nominato dal Comitato esecutivo dell'OMS per valutare la condotta della comunità internazionale rispetto alla diffusione di Ebola ha evidenziato il problema della mancanza di un meccanismo sanzionatorio che permettesse all'OMS di punire le violazioni dirette o indirette delle raccomandazioni da parte degli Stati (World Health Organization, *Report of the Ebola Interim Assessment Panel*, 7/7/2015, [www.who.int/csr/resources/publications/ebola/ebolainterim-assessment/en/](http://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/ebolainterim-assessment/en/) (ultima consultazione 26/03/2020). Una esigenza simile era già stata sollevata nel 2009 in seguito al diffondersi dell'influenza H1N1 (World Health Organization, *Implementation of the International Health Regulations (2005). Report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) in relation to Pandemic (H1N1) 2009*, UN Doc. A64/10, 05/052011, 13, para. 24. Sulla mancanza di un sistema sanzionatorio e una

proposta alternativa, si veda: A. SPAGNOLO, (Non) Compliance with the International Health Regulations of the WHO from the Perspective of the Law of International Responsibility, in *Global Jurist*, 18, 1; A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'organizzazione mondiale della sanità come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, 391 ss.

<sup>12</sup> A. GRIGORESCU, *Transparency of Intergovernmental organizations: the roles of member States, International Bureaucracies and nongovernmental organizations*, in *Int. Stud. Q.*, 2007, 51, 3, 625.

<sup>13</sup> Sul punto: cfr. World Health Organization, *Statement on the 2nd meeting of the IHR Emergency Committee regarding the 2014 Ebola outbreak in West Africa*, 22/09/2014, <https://bit.ly/2AUkuX9> (ultima consultazione: 26/03/2020).

Tra il 30 gennaio e il 27 febbraio 2020, a dispetto di quanto raccomandato, 38 Stati hanno notificato all'OMS l'adozione di misure sanitarie che interferiscono significativamente con il traffico internazionale da e per la Cina e, in misura minore, da e per altri Paesi in cui erano stati registrati casi positivi di CoViD-19<sup>14</sup>. Le misure, che vanno dal divieto di ingresso di passeggeri nel territorio nazionale, alle restrizioni sui visti, a interventi simili e collegati, si discostano da ogni evidenza scientifica. La domanda è se tali condotte, in contrasto con raccomandazioni non giuridicamente vincolanti, costituiscano o meno una violazione dell'art. 43 del RSI e quindi una violazione del diritto internazionale.

Una lettura del RSI alla luce dei criteri interpretativi contenuti nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT, art. 31) suggerisce una possibile risposta affermativa. L'obbligo di interpretare un trattato «in buona fede» e «alla luce del suo oggetto e del suo scopo» lascia infatti emergere la discrepanza tra le restrizioni applicate e gli obiettivi del RSI cui le raccomandazioni sono strumentali. Il primo elemento di contrasto emerge dalla necessità di fondare ogni misura sanitaria interna su evidenza scientifica e su posizioni dell'OMS. L'utilizzo del principio di precauzione, a fondamento di molti degli interventi applicati a livello nazionale, si muove nella direzione opposta rispetto a quanto emerso dai dati raccolti dall'Organizzazione. Inoltre, l'OMS fornisce una ulteriore guida esortando gli Stati a non vietare gli spostamenti ma a utilizzare accorgimenti meno invasivi e più efficaci, come l'invio di informazioni complete ai viaggiatori sui metodi

di prevenzione del contagio e la raccolta dei dati e delle certificazioni sullo stato di salute di ogni passeggero al momento dell'arrivo. La mancanza di un meccanismo di *accountability*, tuttavia, e l'insufficiente garanzia di trasparenza nei processi decisionali di implementazione del RSI pongono non pochi ostacoli alla dimostrazione del carattere arbitrario di alcune reazioni e non consentono di prendere provvedimenti nei confronti dei responsabili<sup>15</sup>.

L'art. 3 del RSI obbliga gli Stati Parti a garantire che, anche in situazioni di emergenza, l'implementazione di tutte le misure sanitarie avvenga «nel pieno rispetto della dignità, dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo». Il diritto internazionale dei diritti umani, tuttavia, riconosce la possibilità che i diritti e le libertà garantite nei trattati siano soggetti a restrizioni per il perseguimento di interessi collettivi come la tutela della salute pubblica. L'emergenza CoViD-19 rientra dunque tra le circostanze in cui lo Stato può ricorrere all'istituto della deroga e introdurre limitazioni straordinarie ai diritti individuali che sarebbero invece inammissibili in situazioni normali. La natura e l'ampiezza delle restrizioni permesse varia in funzione della gravità del contesto e se, da una parte, il Direttore Generale dell'OMS ha esortato i governi alla solidarietà, dall'altra gli Stati non hanno ricevuto alcuna guida puntuale su come affrontare l'emergenza sanitaria senza violare i propri obblighi internazionali in materia di diritti umani<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sulla violazione delle raccomandazioni dell'OMS da parte degli Stati parte del RSI, si veda: S.E. DAVIES, A. KAMRAD-SCOTT, S. RUSHTON, *Disease Diplomacy. International Norms and Global Health Security*, Baltimore, 2015,

<sup>15</sup> J.M. FARRALL, K. RUBENSTEIN, D. HOVELL, *The Deliberative Deficit: Transparency, Access to*

*Information and UN Sanctions*, in J.M. FARRALL, K. RUBENSTEIN (a cura di), *Sanctions, accountability and governance in a globalized world*, Cambridge, 2009, 99.

<sup>16</sup> A.YAMIN, R. HABIBI, *Human Rights and Coronavirus: What's at Stake for Truth, Trust, and Democracy?*, in *Health Hum. Rights*, 1 marzo 2020.

Esistono tuttavia dei parametri generali che lo Stato deve rispettare nell'imporre dette limitazioni. Queste dovranno in ogni caso: 1) essere previste dalla legge; 2) perseguire un obiettivo legittimo, come la tutela della salute pubblica 3) essere necessarie e proporzionate al raggiungimento di tale obiettivo, richiedendo quindi un bilanciamento fra il diritto soggetto a limitazioni e l'interesse che si intende salvaguardare<sup>17</sup>.

Sul punto è intervenuta, il 6 marzo, Michelle Bachelet, Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, evidenziando la necessità di un approccio olistico all'emergenza CoViD-19 che tenga conto dell'effettivo impatto di misure di interesse collettivo sulla vita del singolo individuo. Secondo Bachelet, le misure di contrasto alla diffusione della malattia possono essere efficaci solo in presenza di azioni complementari che garantiscano cura e protezione anche ai soggetti più vulnerabili della società. Tra questi: le persone con patologie pregresse o disabilità, esposte al rischio di non poter accedere a terapie salvavita o altri servizi sanitari necessari alla loro condizione; i senz'atletto, esposti al rischio di contagio e privi di tutela sanitaria e socio-economica; le persone anziane che necessitano di assistenza quotidiana; i minori che non possono frequentare la scuola e rinunciano in qualche caso anche all'unico pasto caldo; i dipendenti di piccole e medie imprese, esposti al rischio di licenziamento a causa alla interferenze con il traffico e il commercio internazionali e così via.

Nell'introdurre una specifica restrizione il governo ha l'obbligo di dimostrare che la misura è

necessaria ai fini dell'emergenza CoViD-19 e che non c'è sproporzione tra l'interesse a tutelare la salute pubblica e l'entità della limitazione. Le modalità e i termini di detta dimostrazione, però, non sono chiari, così come non è chiara la forma di tutela garantita dal RSI in caso di superamento dei limiti da parte dello Stato. La procedura di composizione delle vertenze prevista dall'art. 56 del RSI non ha mai trovato concreta applicazione e non esiste dunque alcuna giurisprudenza che intervenga in aiuto a tale proposito<sup>18</sup>.

Come emerge dal testo, il RSI è lontano dall'essere esente da critiche. La non-corretta applicazione delle sue disposizioni da parte degli Stati ha spesso dato adito a incertezze circa la sua natura giuridicamente vincolante e la sua efficacia come unico strumento per la prevenzione e il controllo della diffusione internazionale delle malattie. La pandemia di CoViD-19 rappresenta la sesta messa alla prova del RSI dal 2005 a oggi<sup>19</sup>. Nonostante significativi sviluppi rispetto alla versione precedente del Regolamento, le lacune applicative sono ancora evidenti e necessitano di un ragionamento e di un intervento urgenti da parte dell'OMS e dei suoi Stati Membri<sup>20</sup>. Un'azione efficace di implementazione porterebbe con sé un doppio beneficio: per la popolazione mondiale, la pronta tutela dalla diffusione delle malattie nel pieno rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali; per il diritto internazionale, l'osservanza di obblighi assunti volontariamente dagli Stati, in uno spirito di leale collaborazione per il perseguimento di obiettivi condivisi.

(26 marzo 2020)

<sup>17</sup> I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in RDI, 88, 2005, 959.

<sup>18</sup> G.L. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?*, cit.

<sup>19</sup> Influenza H1N1 (2009); poliomielite (2014); Ebola (2014, 2019); Zika (2016), [www.who.int](http://www.who.int) (ultima consultazione 26/03/2020)

<sup>20</sup> I.T. OTTERSEN ET AL, *Ebola again shows the International Health Regulations are broken: what can be done differently to prepare for the next pandemic?* in *Am J Law Med.*, 42, 2016, 356–392.



## CoViD-19 & the international health regulations: the fallout of a multinational framework

**Lauren Tonti**

*Doctoral Candidate, Max Planck Institute for Social Law & Social Policy.*

*Mail: [tonti@mpisoc.mpg.de](mailto:tonti@mpisoc.mpg.de).*

### 1. Introduction

Time and again, airborne infections have illustrated how their silent spread can evade even the most sophisticated of security systems or the most fortified of blockades, with the swiftness that, quite literally, takes our breath away. After spreading to over 187 countries in a matter of weeks, CoViD-19 joins the ranks of infamous pandemics like the bubonic plague, yellow fever, cholera, influenza, and SARS that have left indelible marks on society. The World Health Organization (WHO) officially named CoViD-19, a respiratory illness resulting from a novel strain of coronaviruses (SARS-CoV-19), a pandemic on March 11, 2020<sup>1</sup>. Claiming over 226,000 deaths

and counting, the World Health Organization (WHO) has urged leaders to turn to the International Health Regulations to fight the rapid spread of this illness.

The International Health Regulations (2005) (“IHR”) comprise an international agreement designed to stop contagion in its tracks and insulate states from a pathogen’s side-effects. Effective as of June 15, 2007, the IHR collectively form a binding legal instrument. The goal of these regulations is «to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade»<sup>2</sup>. After initial calls for revision in 1995<sup>3</sup>, and encouraged by the modern challenges SARS presented<sup>4</sup>, the WHO finally revised the regulations in 2005<sup>5</sup>. The broadened scope of this revised agreement includes provisions requiring notification of and protocol for «public health emergenc[ies] of international concern», as well as national health surveillance criteria, guidance for disease containment at ports of entry, among other strategic directions and recommendations<sup>6</sup>. To

<sup>1</sup> World Health Organization, *Q&A on coronaviruses (COVID-19)* World Health Organization (2020), <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses> (last visited Mar 27, 2020) and WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 March 2020 (2020), <https://bit.ly/3ggMa8Q> (last visited Mar 20, 2020). See also J. GROSS & M. PADILLA, *Coronavirus Glossary: Flattening the Curve, Pandemic, Covid-19 and More*, in *The New York Times*, March 18, 2020, <https://nyti.ms/2Ztb3rL> (last visited Mar 20, 2020).

<sup>2</sup> World Health Organization, *International Health Regulations (2005)*, <https://bit.ly/2zbVkcZ> and *Frequently Asked Questions about the International Health Regulations (2005)*, <https://bit.ly/3e318xx> L.O. GOSTIN, *Meeting Basic Survival Needs of the World’s Least Healthy People: Toward A Framework*

*Convention on Global Health*, in *Georgetown Law Journal*, 96, 2008, 331-379.

<sup>3</sup> WHO, *Frequently Asked Questions about the International Health Regulations*, cit.

<sup>4</sup> R. KATZ, *Use of Revised International Health Regulations During Influenza A (H1N1) Epidemic*, in *Emerging Infectious Diseases*, 15, 2009, 1165-1169.

<sup>5</sup> L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2016, 1770, <https://bit.ly/3ebXC3A>.

<sup>6</sup> L.O. GOSTIN, *Meeting Basic Survival Needs of the World’s Least Healthy People: Toward A Framework Convention on Global Health*, cit. Finally, and importantly, the IHR requires States Parties to develop, strengthen, and maintain core public health capacities to detect, assess, notify, and report events; and to respond promptly and effectively to public health



successfully implement the IHR, some nations must revise domestic public health laws and policies to accord with the IHR standards and give effect to the regulations<sup>7</sup>. Both State Parties and the WHO share responsibility for implementing respective obligations outlined in the IHR<sup>8</sup>. But in the reality of a pandemic, it becomes evident that a significant onus to act rests on states, as performance or not non-performance of those responsibilities can either stem or speed the spread of illness<sup>9</sup>.

Despite the existence of an established protocol, developed and signed by 196 nations, the coronavirus continues to infect the bodies and minds around the world. A framework that, in theory, should have been the first and strongest line of defense instead reveals cracks in the international armor. The infractions observed worldwide in response to the CoViD-19 pandemic reflect the fallout from the current International Health Regulations framework.

## 2. Mounting evidence of IHR Framework Fallout during the CoViD-19 Pandemic

The fallout of the IHR framework is reflected in the increasing evidence of national non-adherence to the IHR, particularly regarding notification, implementation of preventative measures, and reporting.

---

risks and emergencies of international concern. See also WHO, *Frequently Asked Questions about the International Health Regulations*, cit.; L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, cit.

<sup>7</sup> WHO, *Ten things you need to do to implement the IHR*, <http://www.who.int/ihr/about/10things/en/>.

<sup>8</sup> L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, cit.

<sup>9</sup> J. BELLUZ, *China hid the severity of its coronavirus outbreak and muzzled whistleblowers — because it can*, in *Vox*, 2020, <https://bit.ly/2Tz6o42> (last visited Mar 20, 2020).

### 2.1. Flawed Notification of Outbreak

Evidence suggests that China may have violated its obligation to quickly and accurately report on the Coronavirus outbreak. Article 6 of the IHR requires that State Parties notify the WHO «of all events which may constitute a public health emergency of international concern within its territory» as efficiently as possible and within 24 hours of assessing available public health information. It also requires the State «to communicate to WHO timely, accurate and sufficiently detailed public health information available to it on the notified event»<sup>10</sup>. Article 7 also provides for information sharing during unexpected health events, reinforcing required actions in Article 6<sup>11</sup>. While information may be imperfect given the volatile and unknown nature of a novel disease, the type of information the IHR requests is critical and determinative of the WHO's ability to declare a public health emergency of international concern (PHEIC), as well as to effectively global coordinate responses to an outbreak<sup>12</sup>. Evidence suggests that China, an IHR signatory, committed IHR violations by withholding information from the public, encouraging travel to endemic regions, and underreporting of cases<sup>13</sup>. While learning from its experiences during the SARS pandemic, China built the infrastructure to

<sup>10</sup> Article 6, World Health Assembly, *Revision of the International Health Regulations*, WHA58.3, May 23, 2005, <https://www.who.int/csr/ihr/WHA58-en.pdf>.

<sup>11</sup> Article 7, World Health Assembly, *Revision of the International Health Regulations*, cit.

<sup>12</sup> Article 12, *International Health Regulations*, 3rd edn. World Health Organization, Geneva 2005, <https://bit.ly/2LOyPGM>.

<sup>13</sup> L.O. GOSTIN, *What Questions Should Global Health Policy Makers Be Asking About The Novel Coronavirus?*, in *Health Affairs Blog*, February 3, 2020, <https://bit.ly/3d1Zfkg> (last visited Mar 20, 2020); C. BUCKLEY, S.L. MYERS, *As New Coronavirus Spread, China's Old Habits Delayed Fight*, in *New York Times*,

facilitate disease reporting, but such infrastructure failed in the face of a novel virus<sup>14</sup>. In its current form, the requirement of early notification provides a disincentive, as nations fear negative repercussions like trade and travel restrictions as a result of publicizing outbreak information. In weighing reporting decisions, economic motivations provide powerful incentives to not comply with a requirement that in effect is a mere suggestion<sup>15</sup>.

## 2.2. Rapid Enactment of Travel Bans & Border Closures Violating IHR Article 43

In nations' attempts to curb the Coronavirus with precipitate travel bans and border closures, countless State Parties violated Article 43 of the IHR<sup>16</sup>. IHR Article 43.1 allows countries to enact the health measures according to their prerogatives, so long as such measures are not «more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection»<sup>17</sup>. The IHR

identify events as «significantly interfer[ing] with international traffic» as «refusal of entry or departure of international travelers, baggage, cargo, containers, conveyances, goods, and the like, or their delay, for more than 24 hours»<sup>18</sup>. The Coronavirus travel bans and border closures currently in place certainly qualify<sup>19</sup>.

On March 11, 2020, the United States barred foreign nationals from China, Iran, and select European countries from entry into the country<sup>20</sup>, seemingly emphasizing travelers' country of origin rather than exposure risk. Other nations have followed suit in closing their borders to non-citizens<sup>21</sup>. The European Union, a bastion of the freedom of movement, has sealed 26 countries for thirty days as many of its member states enacted border controls<sup>22</sup>. Imposing travel bans and border closures are not always the least restrictive or most successful containment measures available, as evidenced by the actions of other nations to contain the virus' spread. In early responses to the coronavirus threat, Singapore, Taiwan, and Hong Kong quickly scaled up extensive contact tracing and screening efforts,

February 1, 2020, <https://nyti.ms/36mEgqY> (last visited Mar 20, 2020); *He Warned of Coronavirus. Here's What He Told Us Before He Died*, in *New York Times*, February 7, 2020, <https://nyti.ms/3eednHt> (last visited Mar 20, 2020); Y. YANG & N. LIU, *China accused of under-reporting coronavirus outbreak*, in *Financial Times* (2020), <https://on.ft.com/2XpeAog> (last visited Mar 20, 2020).

<sup>14</sup> J. BELLUZ, *Coronavirus: China's draconian response to the new outbreak, explained by a China expert* - in *Vox*, 2020, <https://bit.ly/3ggKcFB> (last visited Mar 20, 2020); E.C. ECONOMY, *Yanzhong Huang on the Novel Coronavirus and China's Disease Control System*, Council on Foreign Relations Podcast (2020), <https://on.cfr.org/2yvSb0q> (last visited Mar 20, 2020).

<sup>15</sup> L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, cit.

<sup>16</sup> R. HABIBI ET AL., *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, in *The Lancet*, 2020, 664–666.

<sup>17</sup> Article 43.1, World Health Assembly, *Revision of the International Health Regulations*, cit.

<sup>18</sup> Article 43.3, World Health Assembly, *Revision of the International Health Regulations*, cit.

<sup>19</sup> R. HABIBI ET AL., *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, cit.

<sup>20</sup> A. SALCEDO, G. CHERELUS, *Coronavirus Travel Restrictions and Bans Globally: Updating List*, in *New York Times* (2020), <https://nyti.ms/2WSxJAe> (last visited Mar 20, 2020); U.S. Department of Homeland security, *Fact Sheet: DHS Notice of Arrival Restrictions on China, Iran and Certain Countries of Europe* (2020), <https://bit.ly/2yoLEV4> (last visited Mar 20, 2020).

<sup>21</sup> A. SALCEDO, G. CHERELUS, *Coronavirus Travel Restrictions and Bans Globally: Updating List*, cit.

<sup>22</sup> *Coronavirus: European Union seals borders to most outsiders*, in *BBC* (March 17, 2020), <https://bbc.in/36qy800> (last visited Mar 20, 2020).

enacted targeted travel restrictions, and launched public health information campaigns, in combination with strong incentives to practice social distancing<sup>23</sup>. Having learned from their experience dealing with the SARS outbreak of 2003, these nations now have seen some of the lowest CoViD-19 infection rates across the globe (e.g. Singapore cited only 313 CoViD-19 cases, and Taiwan experienced 108 cases, as of March 19, 2020. These numbers are far lower than China's 81,115 cases and Italy's 35,713 cases)<sup>24</sup>. While the IHR do not expressly prohibit measures like travel bans or border closures, when determining to implement protective measures of nations' choosing, State Parties are obliged to base these decisions on scientific principles, scientific evidence available contemporarily, and guidance from the WHO<sup>25</sup>. In invoking travel restrictions and closing borders, nations acted against both scientific evidence of efficacy and WHO advice. Often, travel bans and border closures are most effective at the outset of a

disease's spread; beyond that time frame, returns diminish, as infected individuals already inside the enclosed area can spread the infection<sup>26</sup>. Restriction of movement and goods are time-buying measures that are meant to happen early and briefly<sup>27</sup>. Restrictions like these can have counterproductive effects, inciting negative consequences including preventing aid delivery, disrupting business, and triggering grave economic effects, evidence of which we've begun to see as global markets plummeted<sup>28</sup>. Employing evidence-based public health prevention strategies, like proper hygiene instruction, social distancing encouragement, and community engagement around the infection, are among effective measures in controlling the spread of airborne pathogens<sup>29</sup>.

Not only does science point out the ineffectiveness of travel restrictions, but the WHO also repeatedly advised State Parties against such measures during the coronavirus outbreak<sup>30</sup>. Commenting on the delinquency, a WHO

<sup>23</sup>B.J. COWLING, W.W. LIM, *They've Contained the Coronavirus. Here's How*, in *The New York Times*, March 13, 2020, <https://nyti.ms/36nPU3F> (last visited Mar 20, 2020); C.J. WANG, C.Y. NG, R.H. BROOK, *Response to COVID-19 in Taiwan: Big Data Analytics, New Technology, and Proactive Testing*, in *JAMA*. Published online March 03, 2020.

<sup>24</sup> E. DONG, H. DU, L. GARDNER, *An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time.*, in *Lancet Infectious Diseases*; published online Feb 19, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (last visited Mar 19, 2020).

<sup>25</sup> Article 43.2, World Health Assembly, *Revision of the International Health Regulations*, cit.

<sup>26</sup> M. SINGH, *Will Trump's coronavirus travel ban work? Scientists express skepticism*, in *The Guardian*, (March 14, 2020), <https://bit.ly/2WZ6GmD> (last visited Mar 20, 2020); N.A. ERRETT, ET AL., *An integrative review of the limited evidence on international travel bans as an emerging infectious disease disaster control measure*, in *Journal of emergency management*, 18, 1, 2020, 7-14, <https://bit.ly/36sQWeV>; WHO, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation*

*to COVID-19 outbreak*, (February 29, 2020), <https://bit.ly/3bU4OA4> (last visited Mar 20, 2020); W. PARMETT, M. SINHA, *Covid-19 — The Law and Limits of Quarantine*, in *New England Journal of Medicine* (March 18 2020), <https://bit.ly/3bWXsvA>.

<sup>27</sup> WHO, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, cit.

<sup>28</sup> R. SCHARMA, *This Is How the Coronavirus Will Destroy the Economy*, in *The New York Times* ( March 16, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/03/16/opinion/coronavirus-economy-debt.html> (last visited Mar 20, 2020); M. THIELKING, L. FACHER, *Health experts warn China travel ban will hinder coronavirus response*, in *STAT news* (January 31, 2020), <https://bit.ly/2AVlgmL>.

<sup>29</sup> N. KANDEL ET AL., *Health security capacities in the context of COVID-19 outbreak: an analysis of International Health Regulations annual report data from 182 countries*, in *The Lancet*, 2020, <https://bit.ly/3e5OVI6>.

<sup>30</sup> S. NEBEHAY, *WHO chief says widespread travel bans not needed to beat China virus*, *Reuters* (February 3, 2020), <https://reut.rs/3bSVoot>.

spokesperson told the *New York Times* that «in [the] four advisories it has issued since early January, the W.H.O. has consistently advised against them, cautioning that limits on international movement during public health emergencies are unlikely to stop the pathogen's spread»<sup>31</sup>.

Unfortunately, this pattern of nationalistic response is not new. The global community witnessed countries' implementation of the same types of travel bans, trade restrictions, and quarantining during the Ebola and H1N1 outbreaks, each time defying guidance of the WHO, demonstrating "disregard" for Article 43<sup>32</sup>. A virus doesn't recognize a national border- why should we? The most indiscriminate vector causes a great deal of discrimination among us.

### 2.3. State Parties' Failure to Report National Responses

Article 43 of the IHR does allow states latitude in their public health emergency responses; it does not conscript nations to take orders from WHO. But it does oblige states to report responses states have enacted shortly after implementing them, an obligation countless states have derogated<sup>33</sup>. To date, «only 45 of the more than 70 countries that have adopted international travel restrictions have fulfilled the requirement to report their actions to the agency [WHO]»<sup>34</sup>.

### 3. International health regulations or suggestions?

No State Party to the IHR is in complete compliance with the regulations<sup>35</sup>, as revealed by WHO's State Parties Self-Assessment Annual Reporting Tool (SPAR). Europe wins the highest capacity score with 72% compliance. Legal and public health scholars highlight that «national self-assessments are unacceptable and cannot ensure uniformly high-quality national preparedness. States Parties have not collected sufficient or the right kinds of data to produce quantitative assessments of what are predominantly qualitative questions. Governments, moreover, do not use a consistent set of evidence-based metrics to measure their compliance. Most importantly, self-assessments are inherently self-interested and unreliable, absent rigorous independent validation»<sup>36</sup>.

The IHR also contains no enforcement mechanism, should parties fail to comply with terms of the agreement<sup>37</sup>. The IHR are not immune to the classic critique of other international treaties, that is, the difficulty to impose compliance or enforcement measures. The IHR rely on peer pressure and public shaming to accomplish pandemic containment, enforcement which has proven in the time of CoViD-19 woefully insufficient. For all the noncompliance named above, offenders will likely not suffer sanctions, beyond denigration

<sup>31</sup> S. GEBREKIDAN, *The World Has a Plan to Fight Coronavirus. Most Countries Are Not Using It*, in *The New York Times* (2020), <https://nyti.ms/36rNNw2> WHO, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak*, cit.

<sup>32</sup> L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, cit.

<sup>33</sup> R. HABIBI ET AL., *Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak*, cit.

<sup>34</sup> S. GEBREKIDAN, *The World Has a Plan to Fight Coronavirus. Most Countries Are Not Using It*, cit.

<sup>35</sup> WHO, *Global Health Observatory: Health Emergencies*, <https://bit.ly/2zqe69w> (last visited 20 March 2020).

<sup>36</sup> L.O. GOSTIN, KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, cit.

<sup>37</sup> D.P. FIDLER, L.O. GOSTIN, *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law & Public Health*, in *Law, Medicine & Ethics*, 34, 2006, 85-91. <https://bit.ly/3cW02mF> WHO, *Frequently Asked Questions about the International Health Regulations*, cit.

and defamation in the media and academic communities, perhaps.

Undoubtedly, coordinating the task of pandemic prevention and response among numerous global actors is not an insignificant challenge. But the challenge becomes nearly insurmountable without the cooperation of independent states. Critics also consistently point out that politics impede the functioning of the IHR, maintaining that political interests might prevent earlier declarations of PHEICs<sup>38</sup>. Though the CoViD-19 outbreak was known to WHO in December 2019, and IHR criteria for PHEIC could arguably have been met on January 23, 2020, the WHO did not declare CoViD-19 a PHEIC until January 30, 2020<sup>39</sup>. Evidence suggests that this is not the first time politics impeded PHEIC declarations. In 2014, four months passed between the time the WHO declared an Ebola outbreak to the date when Ebola was declared a PHEIC. In the wake of the Ebola crisis, leaked information implicated that politics delayed a non-transparent decision<sup>40</sup>.

#### 4. Conclusion

The acts mentioned point to only a few ways in which the IHR framework has failed in recent history to achieve their aim. Even before the corona pandemic hit, scholars called for revisions<sup>41</sup>. Now more than ever it is clear that a virus is the only one who wins when communities fail to use the legal and evidence-based tools available. Just as the current formulation of IHR evolved after a series of edits, each inspired by the outbreaks and epidemics that came before, member states will likely encourage another round of revision. Yet the question remains: how many pandemics will it take to learn the power of international cooperation? Will revisions be sufficient to combat impending pandemic influenza? Can nations regain trust lost during CoViD-19 that they will remain open to one another in times of calamity? Or do the actions taken during the coronavirus pandemic reflect increasingly nationalistic modern trends? Will the coronavirus claim global health governance as another of its victims? Time, and the imminent fallout from this pandemic, will tell.

(26 March 2020)

<sup>38</sup> M. COLLINS, *The WHO and China: Dereliction of Duty* (Council on Foreign Relations, 27 February 2020), <https://on.cfr.org/2WVYzYj>.

<sup>39</sup> L.O. GOSTIN, *What Questions Should Global Health Policy Makers Be Asking About The Novel*

*Coronavirus?*, *Health Affairs Blog* (February 3, 2020), <https://bit.ly/3d1Zfkg> (last visited Mar 20, 2020).

<sup>40</sup> L.O. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, cit.

<sup>41</sup> *Ibid.*

## Le prime risposte dell'Unione Europea alle conseguenze economiche della crisi CoViD-19

Marco Dani, Agustin José Menéndez\*

THE FIRST EU MEASURES IN RESPONSE TO THE ECONOMIC CONSEQUENCES OF THE COVID-19 CRISIS  
ABSTRACT: The article examines the first EU response to the economic consequences of the CoViD-19 crisis, consisting in a mix of measures including the loosening of state-aids and budgetary constraints on national economic policies, temporary purchases of national public debt by the European Central Bank, a set of loans assisted by conditionality and transfers of limited amount based on the EU budget. On the basis of this analysis, the article suggests that the CoViD-19 crisis does not seem to have prompted a reconsideration of the structure of the EU economic governance. In particular, the Union appears still structurally unable to develop meaningful forms of transnational solidarity.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; European Stability Mechanism; conditionality; solidarity

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Allentamento dei vincoli alle politiche economiche nazionali – 3. Misure di finanziamento delle economie nazionali – 3.1. Gli interventi della Banca Centrale Europea – 3.2. Assistenza finanziaria sotto forma di credito – 3.3. Assistenza finanziaria a carico del bilancio UE – 4. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

L'epidemia CoViD-19 è un evento di portata epocale che, sin dal suo iniziale manifestarsi in Europa, ha lasciato pochi dubbi in merito alle proprie implicazioni. Ad essere investiti dalle conseguenze immediate di questa crisi non sono state infatti solo le strutture sanitarie e gli apparati finanziari e produttivi nazionali; tutto l'assetto delle istituzioni statali ed europee ha subito il colpo ed è stato chiamato a reagire. In tutti i livelli di governo le risposte sono state elaborate per approssimazioni progressive e, nel momento in cui si scrive, esiste ancora una notevole incertezza in merito tanto alle effettive implicazioni della crisi quanto alle principali strategie di intervento. Ciò che è già chiaro però è che ci troviamo all'inizio di una crisi sistemica che impone una risposta complessiva riguardante tutti i comparti della vita istituzionale, economica e sociale.

\* Marco Dani, Professore associato di Diritto pubblico Comparato, Università degli Studi di Trento. Mail: [marco.dani@unitn.it](mailto:marco.dani@unitn.it). Agustin José Menéndez, Profesor Contratado Doctor, Universidad Autónoma de Madrid. Mail: [agustin.menendez@uam.es](mailto:agustin.menendez@uam.es). Il presente contributo è frutto di riflessioni comuni ai due autori. Tuttavia, in sede di redazione materiale, Marco Dani ha scritto i paragrafi 1, 2, 3.1, mentre Agustin José Menéndez ha scritto i paragrafi 3.2, 3.3 e 4. Il presente lavoro è aggiornato al 9 maggio 2020.

Di questa trasversalità recano traccia le prime risposte approntate dalle istituzioni dell'Unione europea<sup>1</sup>. A distanza di grosso modo due mesi dall'inizio della crisi, siamo già in presenza di un cospicuo numero di decisioni e proposte che sollecitano l'interno arco di competenze attribuite all'Unione. Ad oggi si possono infatti annoverare interventi in materia di salute pubblica, economia, mobilità, istruzione, ricerca ed innovazione, lotta alla disinformazione, gestione delle crisi e solidarietà<sup>2</sup>.

Le dimensioni di questo articolo non permettono di sviluppare una ricostruzione esaustiva di tutte le iniziative in cantiere e già approvate dalle istituzioni europee. Per questa ragione si è preferito incentrare l'analisi sulle misure di politica economica e monetaria predisposte dall'Unione, ovvero sull'ambito di intervento delle istituzioni europee che è stato maggiormente chiamato in causa dalla crisi CoViD-19.

La trattazione si articola in tre parti. Nella prima parte si procede all'analisi delle decisioni dell'Unione che hanno allentato gli ordinari vincoli europei alle misure di politica economica nazionale, rendendo più flessibile la disciplina degli aiuti di stato e del Patto di stabilità e crescita. Nella seconda parte si dà conto della varietà di strumenti di finanziamento delle economie nazionali messi in campo dalle istituzioni europee, mettendone in evidenza tanto la *ratio* sottostante quanto le principali coordinate giuridiche. Si distingueranno a questo riguardo tre categorie di strumenti: i finanziamenti del debito pubblico nazionale ad opera della Banca Centrale Europea (BCE), gli strumenti di assistenza finanziaria sotto forma di credito e, infine, gli interventi alimentati dal bilancio dell'Unione. In conclusione, si svolgeranno alcune considerazioni critiche dirette ad evidenziare come la crisi CoViD-19 abbia ulteriormente esposto la fragilità complessiva dell'architettura istituzionale europea e, in particolare, dell'unione economica e monetaria. La maggior parte delle misure esaminate, pur essendo state presentate come strumenti diretti a concretizzare un'idea di solidarietà transnazionale, rispondono in realtà ad una logica assai diversa già sperimentata nel corso della precedente crisi economico-finanziaria. L'erogazione di varie forme di aiuto non è concepita infatti nella prospettiva di una condivisione da parte degli stati membri dei rischi connessi ad un evento nefasto come può essere l'epidemia. Se a trasferimenti di risorse economiche si ricorre, lo si fa essenzialmente in una prospettiva creditizia (ovvero, si eroga liquidità in maniera temporanea e condizionata) e perché ad essere in gioco è la tenuta dell'unione economica e monetaria. Anche da quest'ultimo punto di vista, tuttavia, le misure finora approvate rischiano di rivelarsi provvisorie e scarsamente efficaci.

## 2. Allentamento dei vincoli alle politiche economiche nazionali

I primi provvedimenti adottati dalle istituzioni europee per far fronte alla crisi CoViD-19 assumono la forma di misure di allentamento di alcuni dei capisaldi della costituzione economica e finanziaria dell'Unione. Una crisi come quella causata dall'epidemia CoViD-19 si caratterizza infatti per incidere negativamente tanto sul lato dell'offerta quanto su quello della domanda. L'esigenza di imporre misure di *lock-down* e, quindi, di sospendere (o ridurre) le attività produttive richiede la predisposizione

<sup>1</sup> Per una prima proposta organica di interventi, cfr. Commissione Europea, *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, COM(2020) 112 final, 13.3.2020.

<sup>2</sup> Per una panoramica aggiornata delle misure approvate o in via di elaborazione, cfr. la pagina web dell'UE dedicata alla *Coronavirus Response*, in [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response\\_en](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response_en).

di misure dirette a garantire la liquidità sufficiente a preservare la continuità delle attività economiche. Nel gergo del diritto dell'Unione, misure di questo tipo sono comunemente denominate «aiuti di stato» e sono sottoposte ad un divieto a cui è possibile derogare solo in esito ad un procedimento autorizzatorio in capo alla Commissione europea<sup>3</sup>.

Massicce erogazioni di risorse sono poi necessarie per sostenere e potenziare i sistemi sanitari sotto stress, così come per garantire reddito ed occupazione ai lavoratori impossibilitati a svolgere le proprie mansioni. Ma come finanziare tutte queste maggiori spese? La risposta più ovvia e, allo stato attuale, sostanzialmente non contestata è quella di ricorrere, almeno inizialmente, al debito pubblico statale, poiché un aumento generalizzato della tassazione avrebbe con tutta probabilità un ulteriore effetto depressivo sul ciclo economico<sup>4</sup>. Anche a questo riguardo, tuttavia, il diritto dell'Unione prevede una serie di vincoli macroeconomici diretti a contenere disavanzi e debiti pubblici al fine di assicurare prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché una bilancia dei pagamenti sostenibile<sup>5</sup>.

Ebbene, su entrambi questi fronti le istituzioni europee hanno avvertito immediatamente il bisogno di allentare il rigore dei vincoli posti dai trattati e dal diritto derivato in modo da lasciare spazio alle misure di sostegno predisposte dagli stati membri.

Per quanto riguarda gli aiuti di stato, la Commissione europea ha approvato un «Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19»<sup>6</sup>. Con questa Comunicazione, la Commissione anticipa i propri orientamenti in merito all'interpretazione dell'art. 107 (3) b) TFUE riguardante la categoria degli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro. Per tutto l'anno in corso, gli aiuti di stato conformi ai criteri indicati nella Comunicazione saranno considerati compatibili con i trattati<sup>7</sup>. Di conseguenza, grazie a questo provvedimento, gli stati membri saranno autorizzati a finanziare le imprese attraverso cinque<sup>8</sup> tipi di aiuto: a) sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive ed acconti (fino ad un

<sup>3</sup> Art. 107 TFUE. Non tutti gli aiuti sono sottoposti ad autorizzazione, cfr. art. 109 TFUE e regolamento n. 651/2014 della Commissione che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato Testo rilevante ai fini del SEE, in GUUE L 187, 26.6.2014, 1-78.

<sup>4</sup> M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25 Marzo 2020, disponibile a <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>.

<sup>5</sup> Art. 119(3) TFUE. Vincoli più dettagliati sono dettati dal Patto di Stabilità e Crescita, cfr. Regolamento n. 1466/1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, in GUUE L 209, 2.8.1997, 1, così come modificato dal Regolamento (UE) n. 1175/2011, in GUUE, GU L 306 del 23.11.2011, 12-24.

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione del 19 marzo 2020, C (2020)1863 (GU C 91 del 20.3.2020, 1). Già nel 2009 la Commissione era ricorsa ad un analogo strumento per fare fronte alla crisi economico finanziaria, cfr. *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, in GUUE C 16 del 22.1.2009, 1-9.

<sup>7</sup> Non siamo quindi in presenza di una esenzione, ma gli aiuti devono comunque essere notificati e autorizzati dalla Commissione.

<sup>8</sup> A questi tipi di aiuto sono stati aggiunte ulteriori categorie di aiuto riguardanti le misure di agevolazione delle attività di ricerca e sviluppo in materia di CoViD-19, le misure di sostegno alla costruzione e l'ammodernamento degli impianti di prova per prodotti connessi al CoViD-19 nonché alla creazione di capacità supplementari per la produzione dei prodotti necessari per rispondere alla pandemia, il differimento del pagamento delle imposte e dei contributi previdenziali nei settori più esposti all'epidemia, cfr. Commissione Europea, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia*, C(2020) 2215 final, 3.4.2020.

massimo di 800 mila Euro) b) garanzie di stato per prestiti bancari contratti da imprese c) prestiti pubblici agevolati d) garanzie per banche che veicolano aiuti di stato alle piccole e medie imprese e) assicurazione del credito all'esportazione a breve termine<sup>9</sup>. Sono allo studio, e saranno varate nelle prossime settimane, ulteriori misure riguardanti le ricapitalizzazioni delle imprese, fondamentali sia dal punto di vista della politica industriale che in prospettiva geo-strategica<sup>10</sup>.

Di tenore analogo l'intervento sui vincoli di bilancio. A questo riguardo, il Consiglio e la Commissione hanno ritenuto sussistere i presupposti per l'attivazione della cosiddetta *general escape clause* del Patto di stabilità e crescita (art. 5 (1) del regolamento 1466/1997)<sup>11</sup>. Non siamo tuttavia in presenza di una vera e propria sospensione dei vincoli di bilancio, ma solo di un loro allentamento temporaneo. La norma citata prevede infatti che «in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera dell'Unione, gli Stati membri possono essere autorizzati ad allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento all'obiettivo di bilancio a medio termine [...] a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa». Insomma, anche a questo riguardo l'impianto complessivo delle procedure di monitoraggio sulle politiche economiche e fiscali rimane intatto, con la sola rilevante differenza che i vincoli macroeconomici vengono resi più flessibili per un periodo di durata non specificata in modo da poter far fronte alle spese sanitarie e al sostegno dell'economia.

Come valutare queste prime decisioni? Va anzitutto detto che è solo grazie ad esse che gli stati membri hanno potuto stanziare un cospicuo quantitativo di risorse per affrontare la crisi. Secondo le stime dell'Eurogruppo, l'allentamento dei vincoli europei ha permesso di mobilitare interventi finanziari per un volume pari al 3% del PIL dell'Unione, a cui si aggiungono garanzie e dilazioni fiscali che si stima possano raggiungere il 16% del PIL dell'UE<sup>12</sup>.

Tre sono però le osservazioni che si devono fare a questo riguardo. In primo luogo, le imponenti dimensioni degli interventi statali non devono ingannare: le risorse a disposizione non sono equamente distribuite tra gli stati membri, ma costituiscono solo la somma delle diverse disponibilità nazionali, sicché è facile prevedere che al termine della crisi le notevoli divergenze già esistenti all'interno dell'Eurozona prima della crisi risulteranno ingigantite<sup>13</sup>. In secondo luogo, è bene sottolineare che la sospensione del Patto di Stabilità ha natura temporanea, circostanza questa molto rilevante se si considera che tutte queste misure vanno ad incrementare i disavanzi ed i debiti pubblici e, quindi, a rendere più difficile se non impossibile un rapido rientro all'interno dei parametri macroeconomici al

<sup>9</sup> Cfr. C (2020)1863, cit., 5-10.

<sup>10</sup> *Brussels considers further relaxation of state aid rules*, in *Financial Times*, 2 Aprile 2020, disponibile a <https://www.ft.com/content/17596577-b3ca-4c5c-bd2c-da5d0d3042cd>; *Vestager urges stakebuilding to block Chinese takeovers*, in *Financial Times*, 12 Aprile 2020, disponibile a <https://www.ft.com/content/e14f24c7-e47a-4c22-8cf3-f629da62b0a7>.

<sup>11</sup> *Statement of EU ministers of finance on the Stability and Growth Pact in light of the COVID-19 crisis*, disponibile a <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/23/statement-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis/>.

<sup>12</sup> *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, disponibile a <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>, punti 5 e 6.

<sup>13</sup> La Commissione Europea si è già pronunciata in questo senso. *European Economic Forecast. Spring 2020*, Maggio 2020, disponibile a [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip125\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip125_en.pdf).

termine delle crisi. Infine, la crisi in questione non sembra per ora avere indotto un ripensamento complessivo della *governance* economica dell’Unione che, già prima della crisi, aveva suscitato notevoli rilievi critici<sup>14</sup>. L’allentamento osservato ha natura temporanea ed eccezionale, ma più che preludere ad una revisione della *governance* economica dell’Unione sembra nei fatti confermarla. Insomma, contrariamente alla retorica che accompagna la crisi CoViD-19, per l’Unione europea alla fine dell’epidemia tutto dovrebbe tornare come prima.

### 3. Misure di finanziamento delle economie nazionali

#### 3.1. Gli interventi della Banca Centrale Europea

Sulla base di quanto detto, non sorprende che a distanza di due mesi dall’inizio dell’epidemia tutti gli stati membri siano ricorsi all’indebitamento, anche se in misura notevolmente diversa. Vi sono stati come la Germania che, disponendo di un debito pubblico ridotto e di un *surplus* commerciale ampio, possono emettere obbligazioni per cifre da capogiro: dopo una prima iniezione di liquidità da 750 miliardi di Euro, sono state annunciate ulteriori emissioni<sup>15</sup>. Viceversa, stati come la Spagna, con un debito pubblico e un debito privato piuttosto elevato (non in piccola misura finanziato tramite debito estero), si trovano nella condizione opposta<sup>16</sup>. L’Italia si trova in una situazione intermedia: da un lato è gravata da un debito pubblico molto elevato, dall’altro è uno degli stati dell’Unione che dispone di cospicui risparmi privati. Proprio quest’ultima circostanza ha indotto autorevoli osservatori a sviluppare proposte dirette ad incentivare fiscalmente l’acquisto di titoli di debito pubblico da parte dei risparmiatori italiani<sup>17</sup>. Questa “via autarchica” al rifinanziamento si scontra con almeno due importanti ostacoli: in primo luogo presuppone una notevole fiducia dei cittadini-risparmiatori nelle scelte politiche di ricostruzione (e, quindi, anche un programma credibile di medio-lungo periodo sostenuto da un ampio consenso politico).<sup>18</sup> In secondo luogo, è comunque una via che non tutti gli stati dell’Unione possono permettersi e che, quindi, se perseguita rischia di accentuare o, perlomeno, non ridurre le divergenze tra le economie europee già esistenti prima della crisi.

Tutte queste ragioni rendono imprescindibile il finanziamento del debito pubblico statale da parte della banca centrale. Questo tipo di interventi era un tabù nel disegno originario dell’unione economica monetaria. Durante la scorsa crisi, tuttavia, la Banca Centrale Europea (BCE) si è trovata nella condizione di dovere svolgere nei fatti il ruolo del compratore (condizionato) di ultima istanza del

<sup>14</sup> Si vedano, per tutti, D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law, Journal*, 18, 2012, 667-693, e M. DAWSON, F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *Modern Law Review*, 76, 2013, 817-844. Per una visione d’insieme, si veda C. LAPAVITSAS, *The Left Case Against the EU*, Polity 2018.

<sup>15</sup> *Germany tears up fiscal rule book to counter coronavirus pandemic*, in *Financial Times*, 21 Marzo 2020, disponibile a <https://www.ft.com/content/dacd2ac6-6b5f-11ea-89df-41bea055720b>.

<sup>16</sup> European Commission, *Country Report Spain 2020*, disponibile a <https://bit.ly/2ZwdhXs>. Si veda anche A. SANABRIA MARTIN E B. MEDIALDEA GARCIA, *La crisis de la deuda en España: Elementos básicos y alternativas*, in *Precariedad y Cohesión Social*, Fundación FOESSA/ Cáritas, Madrid, 2014.

<sup>17</sup> G. TREMONTI, *Finanza pubblica alla tedesca: due proposte per evitare disastri*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 Aprile 2020.

<sup>18</sup> Come ha segnalato Tremonti stesso, cfr. F. FERRAÙ, *Tremonti: il Mes ci porta la patrimoniale e i “controllori” europei in casa*, in *Il Sussidiario*, 28 Aprile 2020, disponibile a <https://www.ilsussidiario.net/news/scenario-tremonti-il-mes-ci-porta-la-patrimoniale-e-i-controllori-europei-in-casa/2015643/>.

debito pubblico degli stati dell'Eurozona<sup>19</sup>. Dopo alcune esitazioni iniziali, la BCE si è mossa in questa direzione attraverso il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)<sup>20</sup>, un piano di acquisti di titoli di debito pubblico e di obbligazioni private per un ammontare massimo di 750 miliardi di Euro<sup>21</sup>, che si aggiunge al *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)<sup>22</sup> attivato prima dell'inizio della crisi CoViD-19. Il volume totale degli acquisti previsti per il 2020 si aggira attorno ai 1000 miliardi di euro. Gli acquisti del PEPP non sono sottoposti a nessuna condizionalità e non devono rispettare rigidamente il cosiddetto *capital key*<sup>23</sup>, le quote di ciascun stato membro nell'azionariato della BCE.

Allo stato attuale questo tipo di misure è quello che sta offrendo il contributo decisivo alla sopravvivenza non soltanto dell'unione monetaria, ma anche delle economie europee. Tuttavia, si tratta di strumenti piuttosto precari per tre ragioni. Anzitutto, si tratta di interventi limitati nel tempo perché il PEPP durerà fino alla fine dell'anno, forse anche oltre se l'epidemia e le sue ricadute economiche dovessero protrarsi<sup>24</sup>. In secondo luogo, si tratta di strumenti con un limite quantitativo massimo che, in un contesto contrassegnato da una notevole incertezza, potrebbero rivelarsi insufficienti ad assorbire la somma complessiva del debito pubblico in scadenza (*rolled over*) e di quello in via di nuova emissione. Infine, un'ulteriore espansione di queste forme di *Quantitative Easing* potrebbe incontrare ostacoli di ordine giuridico, economico e politico. Dal punto di vista economico, il finanziamento del debito pubblico della banca centrale non può costituire uno strumento di intervento strutturale non tanto per il rischio di inflazione (allo stato attuale pressoché inesistente), ma perché implicherebbe l'immissione nel mercato di quantità ingenti di moneta non corrispondenti all'effettiva ricchezza prodotta (il cosiddetto capitale fittizio), creando così i presupposti per future crisi economico-finanziarie.

Dal punto di vista giuridico, il *Quantitative Easing* si pone in tensione, se non con la lettera, almeno con lo spirito dell'art. 123 TFUE, la norma del trattato che vieta alla BCE di acquistare direttamente titoli di debito pubblico nazionale. A tal riguardo, è sempre bene ricordare che il PSPP, dopo essere passato indenne al vaglio della Corte di giustizia<sup>25</sup>, è stato recentemente oggetto di censura da parte del Tribunale Costituzionale tedesco<sup>26</sup>. In una sentenza da tempo attesa, i giudici costituzionali tedeschi hanno stabilito che tale programma viola il labile confine esistente tra politica monetaria e politica economica e, pertanto, si pone in conflitto non soltanto con la Legge fondamentale tedesca, ma, anche con i principi fondanti dell'unione economica e monetaria (in particolare, con il mandato assegnato al Sistema Europeo delle Banche Centrali). Di conseguenza, se la BCE nei prossimi tre mesi non fornirà giustificazioni sufficienti a rassicurare circa i prevalenti effetti monetari del PSPP, la Bunde-

<sup>19</sup> Fra altri, K. TUORI, *Has Euro Area Monetary Policy Become Redistribution by Monetary Means? 'Unconventional' Monetary Policy as a Hidden Transfer Mechanism*, in *European Law Journal*, 22, 2016, 838-868.

<sup>20</sup> Decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale Europea del 24 marzo 2020 su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17), in GUUE L 91, 1-4.

<sup>21</sup> Cfr. artt. 1 e 5 (3) della Decisione 2020/440.

<sup>22</sup> Decisione (UE) 2015/774 della Banca Centrale Europea del 4 marzo 2015 su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (BCE/2015/10), in GUUE L 121, 20-24.

<sup>23</sup> Cfr. art. 5 (1) e (2) della Decisione 2020/440.

<sup>24</sup> Cfr. Decisione 2020/440, considerando 3 e 4.

<sup>25</sup> Causa C-493/17, *Weiss e altri*, ECLI:EU:C:2018:1000.

<sup>26</sup> Tribunale costituzionale federale tedesco, sentenza del Secondo Senato del 5 Maggio 2020, 2 BvR 859/15, disponibile a [http://www.bverfg.de/e/rs20200505\\_2bvr085915en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html).

sbank non sarà più nella condizione di parteciparvi. Inoltre, la stessa sentenza ha enunciato un'interpretazione particolarmente rigida dell'art. 123 TFUE, rendendo imprescindibili per gli acquisti di debito pubblico da parte della BCE condizioni come il rispetto del *capital key* e del volume massimo degli acquisti del 33%. Ne risulta che, almeno per quanto riguarda l'ordinamento costituzionale tedesco, anche il PEPP si trova ad operare su un terreno giuridico particolarmente precario. Si rivela in questo modo l'estrema fragilità dell'architettura dell'Unione economica e monetaria sviluppata dopo la crisi del 2008.

Infine, il finanziamento della BCE è problematico anche dal punto di vista politico perché, attribuendo nei fatti ad una istituzione indipendente e, quindi, democraticamente non responsabile il potere di vita o di morte su uno stato membro, pone comunque le basi per pesanti condizionamenti sulle politiche economiche e sociali nazionali.

### 3.2. Assistenza finanziaria sotto forma di credito

Oltre a prevedere in via indiretta il finanziamento dei debiti pubblici nazionali attraverso l'attività della BCE, il diritto dell'Unione europea (latamente inteso) prevede ulteriori forme di assistenza finanziaria sottoposte a condizionalità.

Per ricostruire la *ratio* di questi strumenti, giova ricordare che già nel corso della precedente crisi si era posto il problema di fornire assistenza finanziaria ad alcuni stati membri a rischio di solvibilità in presenza di una norma, l'art. 125 TFUE (detta anche *no bail-out clause*), che vieta tassativamente all'Unione e agli stati membri di farsi carico degli impegni finanziari incombenti su un altro stato membro. Dopo aver predisposto interventi straordinari fondati sull'art. 122 TFUE<sup>27</sup>, gli stati membri hanno dovuto procedere ad una revisione dell'art. 136 TFUE per permettere agli stati dell'Eurozona di dotarsi di un sistema di assistenza finanziaria stabile (il Meccanismo Europeo di Stabilità, MES)<sup>28</sup>. Tale sistema comporta sicuramente una deroga all'art. 125 TFUE, ma i trasferimenti di risorse consentiti non sono ispirati ad una logica solidaristica, bensì ad una di natura creditizia. Il neo-introdotta art. 136(3) TFUE esige infatti che le misure di assistenza finanziaria agli stati membri siano sottoposte a «rigorosa condizionalità». Di «rigorosa condizionalità» si parla anche nel Trattato MES agli articoli 3 e 12(1) e anche la Corte di giustizia, nel dare il proprio *placet* al MES<sup>29</sup>, molto ha insistito sulla conclusione di un programma di riforme strutturali coerente con gli obiettivi di politica economica dell'Unione quale *quid pro quo* per l'assistenza finanziaria. Proprio l'esistenza di misure di condizionalità ha permesso infatti alla Corte di reinterpretare l'art. 125 TFUE e di autorizzare gli stati membri a finanziare via MES lo stato richiedente<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> L'art. 122 TFUE consente all'Unione di offrire assistenza finanziaria allo Stato membro che si trovi in difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo. Su questa base è stata possibile l'istituzione dello *European Financial Stabilisation Mechanism*, cfr. regolamento 407/2010 che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, in GUUE L118 del 12.5.2010, 1-4.

<sup>28</sup> Decisione 2011/199 che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, in GUUE L 91 del 6.4.2011, 1-2.

<sup>29</sup> Causa C-370/12, *Thomas Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756.

<sup>30</sup> Si veda il § 137 di *Pringle*, cit., dove la Corte afferma: «l'articolo 125 TFUE [...] non vieta la concessione di un'assistenza finanziaria da parte di uno o più Stati membri ad uno Stato membro che resta responsabile dei

Ebbene, anche nel caso della crisi CoViD-19 si è subito pensato al MES come allo strumento più immediato per fornire assistenza finanziaria agli stati membri. Malgrado la disponibilità complessiva di risorse sia limitata rispetto ai reali bisogni<sup>31</sup>, il Consiglio europeo del 23 Aprile<sup>32</sup> ha confermato la decisione dell'Eurogruppo di prevedere un doppio binario di accesso volontario al MES. Si è anzitutto confermato che l'assistenza finanziaria per spese diverse dalle spese sanitarie (o per le spese sanitarie superiori al 2% del PIL) continui ad essere sottoposta al regime ordinario che prevede una rigorosa condizionalità<sup>33</sup>. Gli stati membri interessati a contrarre un prestito con il MES saranno quindi tenuti a concludere con la Commissione un *memorandum of understanding* (art. 13(3) MES) contenente un insieme di misure di politica economica che saranno successivamente trasposte in un programma di aggiustamento macroeconomico, modificabile a discrezione del Consiglio in relazione all'andamento della situazione economica e finanziaria dello stato beneficiario<sup>34</sup>.

Si è poi prevista una linea di finanziamento precauzionale per le spese sanitarie dirette e indirette connesse all'epidemia sottoposta solo ad un vincolo di destinazione (*Pandemic Crisis Support*). Sarà così possibile attingere ad un quantitativo di risorse pari al 2% del PIL degli stati richiedenti che potrebbe altresì aprire la strada all'*Outright Monetary Transactions Programme (OMT)*, un programma di acquisti illimitato di titoli di debito pubblico da parte della BCE che richiede la preventiva attivazione del MES<sup>35</sup>. Senza dubbio un'offerta all'apparenza vantaggiosa che, tuttavia, non esclude la possibilità di una condizionalità più rigorosa in un momento successivo. Se è vero infatti che un'eventuale assistenza finanziaria non sarebbe immediatamente sottoposta ad un programma di aggiustamento macroeconomico<sup>36</sup>, è altresì vero che le norme tuttora vigenti prevedono che gli stati beneficiari di assistenza finanziaria di tipo precauzionale sono sottoposti a sorveglianza rafforzata (artt. 2(3) e 3 del regolamento 472/2013). Anche questo diverso regime, tuttavia, può sfociare nell'applicazione di una condizionalità differita più incisiva. L'art. 3(7) del regolamento 472/2013 prevede infatti che il Consiglio, qualora si rendano necessarie ulteriori misure in ragione della situazione economica e finanzia-

---

propri impegni nei confronti dei suoi creditori purché le condizioni collegate a siffatta assistenza siano tali da stimolarlo all'attuazione di una politica di bilancio virtuosa».

<sup>31</sup> La "potenza di fuoco" reale del MES non va oltre i 410 miliardi di euro (secondo l'informazione aggiornata pubblicata dallo stesso MES: <https://www.esm.europa.eu/>, sezione "Facts"), meno del 4% del PIL dell'Eurozona.

<sup>32</sup> Conclusioni dell'Eurogruppo del 9 Aprile 2020 (<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>) e del Consiglio europeo del 23 Aprile 2020 (<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/>). Vale la pena ricordare che tali documenti hanno natura esclusivamente programmatica. Per una valutazione più precisa è pertanto necessario attendere la loro trasposizione in atti giuridici vincolanti. Si deve quindi aspettare la concretizzazione giuridicamente vincolante.

<sup>33</sup> Basta leggere *a contrario* le conclusioni appena citate. Così il Ministro delle Finanze olandese, <https://twitter.com/WBHoekstra/status/1248344170168815618>.

<sup>34</sup> Cfr. art. 7 del regolamento 472/2013 sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria, in GUUE L 140, 27.5.2013, 1-10.

<sup>35</sup> Banca Centrale Europea, *Technical features of the Outright Monetary Transactions*, 6 settembre 2012, disponibile a [https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906\\_1.en.html](https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html).

<sup>36</sup> L'art. 7(12) del reg. 472/2013 esclude infatti l'applicazione dei piani di aggiustamento macroeconomico all'assistenza finanziaria di tipo precauzionale.

ria complessiva dello stato membro, possa raccomandare a maggioranza qualificata l'adozione proprio del programma di aggiustamento macroeconomico inizialmente escluso.

Solo a parziale rassicurazione rispetto a questi possibili sviluppi si pongono la lettera dei Commissari Gentiloni e Dombrovskis<sup>37</sup> e le conclusioni dell'Eurogruppo dell'8 maggio 2020<sup>38</sup>, nelle quali si esclude, in via straordinaria e temporanea, l'applicazione delle citate disposizioni del regolamento 472/2013 al *Pandemic Crisis Support*. All'interno di questa istituenda linea di credito, è prevista quindi la sorveglianza rafforzata, ma solamente al fine di verificare rispetto del vincolo di destinazione alle spese sanitarie dirette e indirette (concetto quest'ultimo che con tutta probabilità darà luogo a significative divergenze interpretative). Non vi saranno però missioni ispettive delle istituzioni, né vi saranno raccomandazioni del Consiglio ex art. 3(7). Esclusa è anche la possibilità di trasformare il *memorandum of understanding* iniziale in un programma di aggiustamento macroeconomico, così come esclusa è la possibilità di richiedere misure correttive durante la sorveglianza successiva al programma.

Difficile prevedere quale sarà l'effettiva portata di questi impegni. Se infatti nella sostanza la lettera dei Commissari si muove nella direzione giusta (o, almeno, nella direzione auspicata dai fautori del *Pandemic Crisis Support*), non altrettanto si può dire per le forme da essi scelte visto che, all'evidenza, né la lettera dei Commissari né le conclusioni dell'Eurogruppo sono fonti del diritto dotate di valore vincolante. Siamo piuttosto di fronte ad impegni di natura squisitamente politica che sarebbe preferibile convertire in un atto normativo di identico contenuto. Invece di percorrere questa strada, la Commissione e l'Eurogruppo hanno preferito procedere lungo la più incerta via del *soft-law*. Come si è visto<sup>39</sup>, per le istituzioni europee è piuttosto normale procedere con strumenti di natura giuridicamente non vincolante che, in fin dei conti, hanno la funzione di precisare in che modo si eserciteranno i poteri discrezionali ad esse formalmente attribuiti. È chiaro però che tutto questo regge fino a che gli impegni sono mantenuti dall'istituzione in questione e fino a che tutte le altre istituzioni (europee e non) si ritengono soddisfatte da questo *modus procedendi*. Detto in altre parole, la forza del *soft-law* dipende da un *hard (institutional) commitment* che andrà assicurato per tutta la durata dei prestiti in questione.

Ad una logica di natura creditizia pare ispirato anche il SURE, la proposta della Commissione europea di uno strumento europeo diretto ad attenuare i rischi di disoccupazione generati dalla pandemia di CoViD-19<sup>40</sup>. Siamo anche qui in presenza di un meccanismo temporaneo basato sull'art. 122(2) TFUE che si prefigge di estendere il credito agli stati membri per finanziare gli strumenti nazionali di tutela dei lavoratori dal rischio di disoccupazione. Non ci troviamo pertanto in presenza dell'attuazione del-

<sup>37</sup> Lettera dei Commissari Gentiloni e Dombrovskis del 7 maggio 2020, disponibile a [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/letter\\_to\\_peg.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/letter_to_peg.pdf).

<sup>38</sup> Eurogroup Statement on the Pandemic Crisis Support, 8 maggio 2020, disponibile a <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/05/08/eurogroup-statement-on-the-pandemic-crisis-support/>.

<sup>39</sup> Vale qui quanto detto in relazione all'allentamento della disciplina sugli aiuti di stato attraverso una Comunicazione della Commissione, cfr. *supra* il paragrafo 2.

<sup>40</sup> Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19*, COM(2020) 139 final.

la vecchia proposta di creare un meccanismo europeo di tutela dalla disoccupazione<sup>41</sup>. Il SURE prevede solamente una linea di credito agli stati per potenziare gli strumenti di tutela nazionali già esistenti, senza che si provveda in alcun modo alla mutualizzazione dei fondi nazionali<sup>42</sup>. Va poi sottolineato che le risorse a disposizione del SURE sono garantite dagli stati membri che però rimangono liberi di non aderire a questo strumento<sup>43</sup>. Pertanto, se alcuni stati dovessero decidere di non partecipare, le risorse effettivamente a disposizione sarebbero proporzionalmente ridotte. Occorre poi osservare che nella previsione delle modalità di ripartizione si è stabilito che la quota di prestiti concessi ai tre stati membri che rappresentano la quota più grande dei prestiti concessi non può superare il 60% del totale dei fondi a disposizione<sup>44</sup>. Infine, mentre si è stabilito che gli stati partecipanti dovranno da subito assicurare le garanzie pattuite<sup>45</sup>, non è chiaro con quale cadenza i fondi saranno erogati<sup>46</sup>. Di conseguenza, non è assolutamente garantito che gli stati maggiormente colpiti dalla crisi in corso deriveranno un effettivo vantaggio finanziario dal SURE, poiché la differenza tra il vantaggio conseguito attraverso il prestito agevolato ed il costo delle garanzie potrebbe essere minima.

Infine, anche l'assistenza finanziaria attraverso la Banca europea per gli investimenti (BEI) conferma la predilezione delle istituzioni europee per il credito rispetto ai trasferimenti a fondo perduto. Per far fronte alla crisi CoViD-19, la BEI ha deciso di erogare prestiti alle imprese (in particolare a quelle piccole e medie) per un ammontare complessivo di 200 miliardi di Euro<sup>47</sup>. Ciascuno stato membro, tuttavia, potrà prendere a prestito una quota di risorse corrispondente non tanto alle esigenze finanziarie determinate dall'epidemia, ma al proprio peso economico nell'Eurozona (riflesso nelle quote di partecipazione al capitale della BEI)<sup>48</sup>. Va poi sottolineato che la BEI ha bisogno di 25 miliardi di capitale per iniziare le operazioni di prestito<sup>49</sup>. Questo implica, per esempio, che uno stato come la Spagna dovrà contribuire per circa 2.2 miliardi di euro in garanzie per permettere alle proprie imprese di attingere a prestiti per un totale di approssimativamente 18 miliardi di euro.

### 3.3. Assistenza finanziaria a carico del bilancio UE

Nel ventaglio delle prime risposte alla crisi CoViD-19 si trovano infine una serie di interventi finanziati dal bilancio dell'Unione europea. Si possono annoverare a questo riguardo le misure con cui si sono in parte riorientati i fondi strutturali e li si è svincolati dall'obbligo di co-finanziamento da parte degli stati membri<sup>50</sup>. A queste risorse l'Eurogruppo intenderebbe aggiungere ulteriori 2.7 miliardi di Euro presenti nel bilancio europeo per sostenere i sistemi sanitari nazionali<sup>51</sup>. All'evidenza, si tratta di trasferimenti di importo molto ridotto che, tuttavia, prima l'Eurogruppo e poi il Consiglio europeo vor-

<sup>41</sup> Per la prima volta nel *Rapporto Marjolin* de 8 Marzo 1975, disponibile a <https://bit.ly/36pQopW>.

<sup>42</sup> Cfr. art. 2.

<sup>43</sup> Cfr. art. 11(1).

<sup>44</sup> Cfr. art. 9.

<sup>45</sup> Cfr. art. 12.

<sup>46</sup> L'art. 7 della proposta prevede solo che il prestito sia erogato in rate.

<sup>47</sup> Si vedano le conclusioni dell'Eurogruppo del 9 Aprile 2020, par. 15, citato *supra*.

<sup>48</sup> <https://www.eib.org/en/about/initiatives/covid-19-response/index.htm>.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Conclusioni Eurogruppo, punto 9.

<sup>51</sup> *Ibid.*, punto 14.

rebbero incrementare in maniera significativa attraverso l'attivazione di un *Recovery Fund*<sup>52</sup>, ovvero un programma temporaneo di sostegno all'economia reale destinato soprattutto agli stati maggiormente colpiti dalla crisi.

Nel momento in cui si scrive non è dato conoscere la struttura di questo fondo. La difficoltà dell'Unione di dotarsi di uno strumento di politica economica idoneo a rispondere alle effettive esigenze dell'economia reale, oltre che riflettere fondamentali divergenze politiche tra i governi nazionali, è figlia di un assetto istituzionale particolarmente avverso ad ogni forma di mutualizzazione del debito<sup>53</sup>. Già nel corso della precedente crisi economico-finanziaria, la Commissione aveva pubblicato uno studio di fattibilità in cui si esaminavano almeno tre tipi diversi di *stability bond*, ovvero di obbligazioni sovrane dirette al finanziamento ordinario degli stati dell'area euro<sup>54</sup>. Per espressa ammissione di quello studio, l'attivazione di quegli strumenti era resa particolarmente ardua dalla *no bail-out clause* e dall'assenza di una base giuridica *ad hoc* nei trattati (si ipotizzava il ricorso alla clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE, che però prevede il requisito dell'unanimità). Inoltre, rimanevano da risolvere questioni solo all'apparenza di natura tecnica quali l'individuazione della legge applicabile agli Eurobond e del tribunale competente a dirimere le eventuali controversie.

Non sorprende, pertanto, che nell'attuale dibattito nemmeno si sia presa in considerazione l'emissione congiunta di obbligazioni diretta a condividere il debito pregresso degli stati membri. Tutta la discussione verte invece sull'istituzione di strumenti straordinari di debito per far fronte alle maggiori spese imposte dalla crisi in corso.

A questo riguardo, come si è detto, molte sono le proposte in campo, anche se la scelta di incardinare il *Recovery Fund* sul bilancio dell'Unione pone problemi di difficile soluzione. Qualora infatti si procedesse ad un'emissione *una tantum* di titoli a lunga scadenza da parte dell'Unione, garantiti dal bilancio europeo e da quelli degli stati membri, si porrebbero tre ordini di questioni.

Anzitutto, sarebbe necessario prevedere attraverso quali risorse il bilancio dell'Unione potrebbe finanziare il costo del servizio al debito. L'art. 310 TFUE impone all'Unione il pareggio delle entrate e delle spese, pertanto alla maggiore spesa costituita dal pagamento degli interessi dovrebbe corrispondere una nuova entrata per garantirne il finanziamento (o la garanzia degli Stati Membri, ma in quel caso ci si imbatterebbe nuovamente nella *no bail-out clause*, e certamente non si contribuirebbe ad un alleggerimento degli oneri sui bilanci nazionali). Si dovrebbero prevedere delle entrate dell'Unione che dovrebbero auspicabilmente essere armonizzate con le tasse esistenti a livello statale per non gravare eccessivamente su imprese e cittadini; allo stesso tempo, le nuove tasse dovrebbero essere disegnate in maniera tale da assicurare un flusso di gettito costante all'Unione Europea. Un aumento della tassazione a livello europeo rischierebbe però di erodere risorse a livello statale, con conseguenze deteriori per i bilanci degli stati membri. Anche l'introduzione di nuove entrate sconta notevoli difficoltà. Già in passato l'Unione è riuscita a dotarsi di risorse proprie. Tuttavia, l'art.

<sup>52</sup> *Ibid.*, punto 19.

<sup>53</sup> Si vedano in proposito i già citati artt. 121 e 125 TFUE. Forme di mutualizzazione non erano sconosciute nella Comunità Economica Europea prima dell'unione economica e monetaria, cfr. S. HORN, J. MEYER, C. TREBESCH, *European community bonds since the oil crisis: Lessons for today?*, Working Paper 136, Kiel Institute for the World Economy, disponibile a <https://bit.ly/3e8BDdZ>.

<sup>54</sup> Commissione Europea, *Libro verde sulla fattibilità dell'introduzione di stability bond*, COM(2011) 818 definitivo.

311 TFUE subordina la previsione di nuove entrate non solo al consenso di tutti gli stati membri, ma anche all'approvazione di questa decisione da parte di tutti gli stati in base alle proprie norme costituzionali.

In secondo luogo, rimane da decidere la logica che dovrebbe ispirare distribuzione delle risorse *Recovery Fund*. In particolare, non è ancora chiaro se le risorse saranno redistribuite sulla base degli effettivi bisogni delle economie e società nazionali o in proporzione all'effettiva contribuzione degli stati membri al bilancio europeo.

Infine, la Commissione dovrà decidere se il *Recovery Fund* servirà ad erogare crediti o sussidi. Questo pare il tema più divisivo tra i governi nazionali, sicché è facile prevedere che le risorse disponibili saranno erogate in base ad una combinazione di prestiti e di trasferimenti a fondo perduto<sup>55</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

Le prime risposte apprestate dall'Unione europea alla crisi CoViD-19 dimostrano un notevole attivismo nella direzione di far affluire risorse finanziarie all'economia reale e alle strutture pubbliche maggiormente colpite dalle conseguenze dell'epidemia, benché questo implichi la temporanea messa in discussione di alcuni principi ritenuti fin qui imprescindibili all'interno del processo di integrazione europea. La direzione degli interventi e la loro struttura confermano però tutte le criticità dell'assetto istituzionale dell'Unione da tempo al centro del dibattito politico, economico e scientifico. A destare notevole preoccupazione è in particolare l'incapacità dell'Unione di dar seguito concreto all'ideale europeo della solidarietà. Come si è visto, gran parte delle risorse che l'Unione ha in predicato di veicolare alle economie più sofferenti saranno distribuite non tanto per condividere i rischi connessi ad un evento nefasto come può essere l'epidemia CoViD-19, ma nella pura prospettiva di assicurare la tenuta nel breve termine dell'unione economica e monetaria. Non stupisce quindi che il grosso degli interventi risponda ad una logica creditizia, quasi che la massima forma di solidarietà di cui l'Unione è capace oggi sia l'erogazione di un mutuo a tasso agevolato (ma pur sempre assistito da privilegio, almeno nel caso del MES).

Insomma, nel momento in cui l'Unione si confronta con una crisi epocale, essa sembra mancare all'appuntamento della solidarietà transnazionale. L'urgenza di predisporre le prime risposte all'epidemia mal si presta a riflessioni sulle prospettive di medio-lungo termine. E' chiaro tuttavia che, non appena l'emergenza sanitaria sarà superata, arriverà il momento di porre ai partner europei l'alternativa tra il completamento della zona Euro, con una banca centrale ed una politica economica comune degne di questo nome, o lo smantellamento coordinato dell'Eurozona, con il conseguente ritorno ad un sistema più flessibile di valute nazionali. Entrambe le strade, è bene sottolinearlo, implicano una rottura con l'assetto attuale dell'Eurozona e dell'Unione Europea; pertanto, entrambi gli scenari sollevano enormi problemi di ordine economico ed istituzionale. Il primo impone la creazione di un circuito di responsabilità politica idoneo a legittimare i trasferimenti di risorse all'interno dell'Eurozona. Il secondo richiede di trovare il modo di non gettare il bambino (l'integrazione europea) con l'acqua sporca (la struttura esistente dell'Eurozona). È probabilmente questa la scelta a cui è

<sup>55</sup> J. STRUPCZEWSKI, *Explainer: What we know of EU Commission's post-coronavirus economic recovery plan*, in *Reuters*, 24 Aprile 2020, disponibile a <https://it.reuters.com/article/businessNews/idUKKCN22626V>.

chiamata questa generazione; arriverà presto il momento di affrontarla senza nascondersi dietro ad uno *status quo* che giorno dopo giorno appare sempre più impossibile.

*Special issue*





## What can we expect from the EU legal framework in a pandemic outbreak?

**Iñigo de Miguel-Berriain**

*Distinguished Researcher, University of the Basque Country UPV/EHU, Ikerbasque Research Professor, IKERBASQUE-Basque Foundation for Science and Chair in Law and the Human Genome Research Group, UPV/EHU, Bilbao, Spain.*

Mail: [inigo.demiguelb@ehu.eus](mailto:inigo.demiguelb@ehu.eus).

**Elena Atienza-Macías**

*Postdoctoral Researcher "Juan de la Cierva", University of the Basque Country UPV/EHU and Chair in Law and the Human Genome Research Group, Bilbao, Spain.*

Mail: [elena.atienza@ehu.eus](mailto:elena.atienza@ehu.eus).

### 1. Introduction

The arrival of a new form of Coronavirus at the end of 2019 and its subsequent expansion to multiple countries has already caused severe consequences whose final extent we are unfortunately still far from seeing. In our geographical context, Italy has been particularly affected by this threat. In such circumstances, it is worth asking what the EU could do to help any of its Member States (MS) to cope with such a situation. This paper will try to answer it. To this end, we will focus on the most important legal instrument: the so-called, "Solidarity Clause" and the most relevant political tool, the Integrated Political Crisis Response arrangements (IPCRs).

### 2. The solidarity clause

The Solidarity Clause was created by article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). It includes three main obligations to all EU Member States and to the EU Institutions:

1) The obligation on Member States to «act jointly in a spirit of solidarity», which necessarily leads to the promotion of cooperation between them and the European institutions (Fuchs-Drapier, 2011).

2) The obligation of the EU to distribute all the means at its disposal, without excluding those military means that have been provided by the States. Consequently, the EU must make its facilities, infrastructure and any means offered by third Member States available in the fight to eradicate any crisis.

3) An obligation on Member States to proactively provide assistance to each other when they have suffered a serious natural adverse event or when the adverse event has been caused, voluntarily or involuntarily, by human activity alone.

In the light of the above, the clause is, *ab initio*, an excellent tool for achieving a coordinated functioning of the EU institutions and its Member States in the event of CBRNE crises, such as the one we are currently experiencing. It is now enough for a state affected by a crisis such as CoViD-19 to activate the clause so that the EU and other states have a legal obligation to intervene<sup>1</sup>. However, its practical application includes some limitations, which we should highlight.

<sup>1</sup> J. BROKENSHIRE, *House of Lords European Union Committee Declaration, Civil Protection and Crisis Management in the European Union*, 6th Report of Session 2008–09, Ordered to be printed 3 March 2009 and

published 11 March 2009. Available at: <https://bit.ly/2yuQ4K7>, point 7, 230 (Last accessed: 20 May, 2020).

### 2.1 The term “solidarity” as a common background

“Solidarity” is a word that allows multiple different meanings. The concrete notion of solidarity included in article 222 is based on a strong belief: MS are supposed to make their best efforts to be prepared for any crisis and it is only in those cases when they feel overwhelmed by the dimension of the catastrophe that they could ask for everyone else’s help. In our opinion, under the circumstances posed by the Coronavirus crisis, it is hard to accuse any of the MS to have broken the compromise of preparedness surrounding the solidarity clause. Indeed, none of them seems ready to face a situation that might challenge all health care systems in the EU arena.

### 2.2 The scope of the clause

An extremely important issue regarding Article 222 refers to its concrete scope, mainly, the type of crisis that might trigger the legal obligations involved in the clause and its territorial application. Regarding the geographical scope, article 2 of the Council Decision mentions that the Clause applies (a) within the territory of Member States to which the Treaties apply, meaning land area, internal waters, territorial sea and airspace, and (b) when affecting infrastructure (such as offshore oil and gas installations) situated in the territorial sea, the exclusive economic zone or the continental shelf of a Member State. However, it would be absurd to limit the action of the EU in cases when the threat to our population is placed outside our borders (think about Chernobyl). Thus, a creative interpretation of the literacy of the Clause can be extremely convenient if circumstances recommend it.

<sup>2</sup> M. RHINARD, N. YLANDER, *The migration crisis and the question of solidarity*, *Transcrisis LSE*, 2015.

The same type of issue arises when we concentrate on the types of crises that Article 222 is focusing on. At a first glance, the text of the Clause seems quite clear. It was designed to help Member States to provide an adequate answer to natural or man-made disasters. Thus, a wide interpretation of expressions such as “terrorist threat” seems recommendable. The same could be said about “natural or man-made disasters”. In our opinion, the migration crisis, for instance, could fit in perfectly with the scope of the Clause, since the Decision defines these types of situations as «any situation which has or may have a severe impact on people, the environment or property, including cultural heritage». Therefore, the Solidarity Clause could be invoked under the current circumstances<sup>2</sup>.

### 2.3 The obligations. The assistance to be provided

What is the level of commitment that the invocation of the Clause must provoke? The answer to this question is quite disappointing. First, it is crystal clear now that the Clause does not oblige the EU institutions to create new tools or mobilise new resources, no matter that Article 222.1 states that «the Union shall mobilise all the instruments at its disposal». As the Council Decision of 24 June 2014 on the arrangements for the implementation by the Union of the solidarity clause states, «The implementation of the solidarity clause by the Union should rely on existing instruments to the extent possible, should increase effectiveness by enhancing coordination and avoiding duplication, should function on the basis of no additional resources, should provide a simple and clear interface at Union level to Member States, and should respect the

competences conferred upon each Union institution and service» (recital 4).

Therefore, an invocation of the Clause would mobilize several EU instruments, such as the European Union Internal Security Strategy, the European Union Civil Protection Mechanism established by Decision No 1313/2013/EU of the European Parliament and the Council (the Union Mechanism), Decision No 1082/2013/EU of the European Parliament and of the Council and the structures developed in the framework of the Common Security and Defence Policy (CSDP), but not necessarily any others.

Regarding the commitments of the Member States, the situation is also quite disappointing, since it is the non-affected Member State who decides on the resources to be provided, according to the Declaration (No 37) of Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Therefore, it will always be the non-affected State who decides on the level of the resources involved, usually organized in “modules”. Moreover, the non-affected State will keep control over the modules deployed, even if local authorities are responsible for the response to the crisis. And what if a Member State directly refuses to send any kind of help with no further justification? Could it be sanctioned? That is quite difficult to say. Fuchs-Drapier wrote that «in practice, the ECJ has rather limited scope to scrutinize a Member State’s compliance with the Solidarity Clause for legal reason, as well as lack of political will»<sup>3</sup> Indeed, since the European Court of Justice has no jurisdiction with respect

to defence implications, the police and military operations carried out under the application of the Solidarity Clause would never be controlled by this institution. Keeping this in mind, one has to conclude that a country unwilling to comply with the obligations coming from an invocation of the Clause would feel pressured more by political reasons than by purely legal concerns, since sanctions would be hardly applicable.

### 3. The implementation of the Clause: the IPCRs

#### 3.1. Introduction

There are two ways to appeal to the Solidarity Clause. First, A Member State can ask another Member State for help. In this case, Article 222 states that both countries «shall coordinate between themselves in the European Council»<sup>4</sup>. However, this does not seem to be a binding condition for Member States. The second way implies a more prescribed involvement of the EU. In this case, there is a quite complex formal procedure designed to guarantee a successful activation of the Clause. First, the affected Member State must notify its intentions to both the Member State holding the rotating Presidency (who will immediately inform the President of the European Council and the President of the European Parliament) and to the President of the Commission through the Emergency Response and Coordination Centre (ERCC)<sup>5</sup>. After receiving this requirement, the EU Integrated Political Crisis Response arrangements (IPCR Arrangements, approved by the General Affairs Council (GAC) 25

<sup>3</sup> M. FUCHS-DRAPIER, *The European Union’s Solidarity Clause in the Event of a Terrorist Attack: Towards Solidarity or Maintaining Sovereignty?* in *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 19, 4, 4 December 2011, 184-197 (184).

<sup>4</sup> P. HILPOLD, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the 'Islands of Solidarity' with Particular*

*Regard to Monetary Union*, in *Yearbook of European Law*, 34, 1, 2015, 257-285.

<sup>5</sup> G. BONACQUISTI, *The solidarity clause: one of the most unacknowledged innovations of the Lisbon Treaty. The European Parliament debates its implementation but also its ambiguities*, in *Blogactiv*, 2015. Available at: <https://bit.ly/2ANFxdO> (Last accessed: 20 May, 2020).

June 2013, updating the CCA) are automatically activated.

At the same time, the Commission and the High Representative have to mobilize a number of EU institutions (such as DG ECHO, HOME, SANCO, TAXUD, among others) or EU decentralized agencies (FRONTEX, ECDC, EUROPOL, EMSA, EFSA, EMA etc.) depending on the type and dimension of the threat. The most important of all of these is the Commission's Emergency Response Coordination Centre (ERCC), which has a 24/7 monitoring capacity that allows instant reactions to emergencies. This body has its own personnel and a sufficient budget to play its essential role, to coordinate the operational response and produce joint situation assessment reports if no other EU institution is proven to be more adequate to play that role<sup>6</sup>.

### 3.2. Main characters of the IPCRs

The scope of the IPCRs is very wide. They refer to crisis and crisis situations such as: «major emergencies or crises, whether inside or outside the EU, of such a wide-ranging impact or political significance, that they require timely policy coordination and response at EU political level. This could result from a number of affected or involved Member States, or the cross-sectoral nature of the crises, the imminence thereof, or from time constraints, or combination of these factors» (pursuant to the Paragraph 1 of the Annex, Council of the European Union Document 10708/13, references to “crisis” or ‘crisis situations’ throughout this document cover crises as indicated in this paragraph).

From an organisational point of view, the IPCRs make it possible to coordinate the action of actors such as the Member States, the General

Secretariat of the Council, the Commission, the European External Action Service (EEAS), among others, since they all participate in the response process, regardless of the activation formula launched by the IPCRs.

From the perspective of new technological capabilities, it is worth mentioning the Integrated Situational Awareness and Analysis (ISAA), a tool designed by the Commission and the SEAE on the basis of the existing resources that supports decision making by the Presidency and the Council. It is also important to highlight that the IPCR includes the development of a new virtual platform, ruled by the Council, which is permanently available, even though access is restricted to authorized participants. It gathers information provided by the Member States, the Commission, the EEAS, and various EU agencies. The IPCR states that in times of crisis, one or more crisis pages can be generated, depending on the situation and policy needs. Its main task is to provide all participants with an overview of the situation, as well as its possible evolution and consequences after the activation of IPCR.

Conceptually, the IPCRs are based on a process of progressivity, which gives them significant flexibility in their operation. Depending on the characteristics and intensity of each crisis, it will be possible to determine which levels of the relevant institutions will be involved. This means that the final responsibility for major crisis management could be assumed by the Council (i.e. The Council of Ministers of the EU) or even by the European Council, if the gravity of the situation indicates that it would be advisable to proceed in this way.

Finally, we would like to point out that the IPCR's founding charter includes as one of its

<https://www.iss.europa.eu/content/upgrading-union%E2%80%99s-response-disasters> (Last accessed: 20 May, 2020).

<sup>6</sup> A. NIMARK, P. PAWLAK, *Upgrading the Union's Response To Disaster, Brief Issue*, in *European Union Institute for Security Studies*, 45, 2013. Available at:

fundamental objectives the support for the solidarity clause, ensuring a coherent, efficient and timely response at EU policy level in the event of activation (one set of agreements to deal with crises). Indeed, the link between the IPCR and the solidarity clause has been strengthened after the Council adopted a decision on the 24<sup>th</sup> June 2014 concerning the arrangements for the implementation by the Union of the solidarity clause (2014/415/EU). The IPCR is explicitly mentioned in Articles 1 and 5. Article 1 states that the IPCR agreements will serve as the appropriate tool to be used by the Council to coordinate at

the political level the response to the invocation of the solidarity clause. Article 5 states that the IPCR is the means by which the Council Presidency will ensure the political and strategic direction of the Union's response to the invocation of the solidarity clause, taking full account of the Commission's human resources responsibilities. It must therefore be concluded that, in line with the new legal framework, the IPCR has a key role to play in the implementation of the solidarity clause<sup>7</sup>.

(20 May 2020)

---

<sup>7</sup> For further readings see: E. ATIENZA MACÍAS, *Incidenca de una crisis sanitaria global en el Derecho Deportivo. De la cancelación de unos Juegos Olímpicos al auge de los e-Sports, Las respuestas del Derecho a las crisis de Salud Pública*, E. ATIENZA MACÍAS, E., J. F RODRÍGUEZ AYUSO, (Dirs.), Madrid, 2020, 309-329. I. DE MIGUEL BERIAIN, *Triaje en tiempos de pandemia: un análisis a partir de las limitaciones del marco jurídico español, Las respuestas del Derecho a las*

*crisis de Salud Pública*, E. ATIENZA MACÍAS, J.F RODRÍGUEZ AYUSO, (Dirs.), Madrid, 2020, . 229-241; I. DE MIGUEL BERIAIN, E. ATIENZA MACÍAS, E. ARMAZA ARMAZA, *The European Union Integrated Political Crisis Response Arrangements: Improving the European Union's Major Crisis Response Coordination Capacities*, in *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, 3, 9, Cambridge, June 2015, 234-238.



## Coronavirus ed Unione europea: i dispositivi IPCR e la *task force* del 2 marzo 2020

**Antonella Galletti**

*Dottore di ricerca e cultore di Diritto dell'Unione europea e di Diritto internazionale, Università degli Studi Kore di Enna.*

Mail: [a.galletti84@gmail.com](mailto:a.galletti84@gmail.com).

Il grado di incidenza che le disposizioni europee in materia sanitaria esercitano sulla legislazione degli Stati membri è fortemente limitato dal rigido riparto di competenze legislative UE-Stati membri, ed in particolare dal rispetto del principio di attribuzione, che impone alle istituzioni europee di agire «esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti» (art. 5 del TUE). Ciò significa che tutte le competenze che i trattati non assegnano esplicitamente all'Unione restano in capo agli Stati membri.

La scelta circa le condizioni e i presupposti per l'erogazione di prestazioni di cura, che costituiscono lo strumento attraverso il quale viene assicurato in modo effettivo il diritto alla salute degli individui<sup>1</sup>, presenta una duplice valenza: da un lato, essa ricade interamente sugli Stati membri; dall'altro, quando la prestazione sanitaria comporta l'attraversamento di un confine nazionale, viene attratta nell'area di influenza del diritto dell'Unione<sup>2</sup>.

Sotto il primo profilo si tratta di una competenza nella quale l'Unione europea non può incidere

direttamente tramite atti normativi propri: oltre che l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>3</sup>, laddove dispone che il diritto di ogni persona all'accesso alla prevenzione sanitaria e all'ottenimento di cure mediche sia tutelato alle condizioni previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, ne è una prova anche l'art. 168 del TFUE il quale, se da una parte afferma il principio della «*Health in all policies*», ossia della valorizzazione di un livello elevato di salute umana nella definizione e attuazione di tutte le politiche dell'Unione, dall'altra lascia alla responsabilità degli Stati membri «la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate», vietando all'UE «qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» in materia di sanità. In tal senso, quindi, il ruolo dell'Unione è connotato da un carattere di complementarietà: alla luce delle disposizioni dei trattati, infatti, l'Unione europea possiede, con riferimento alla tutela della salute umana, una competenza limitata al sostegno, al coordinamento e al completamento dell'azione degli Stati membri<sup>4</sup>.

Sotto il secondo profilo, i servizi sanitari non si sottraggono all'applicazione delle regole sul mercato interno in quanto anch'essi rientrano nell'ambito della disciplina di cui all'art. 56 del TFUE: quando si è in presenza di una prestazione transfrontaliera (che implica cioè l'attraversamento di un confine nazionale), gli Stati membri sono tenuti al rispetto dei principi e delle disposizioni in tema di funzionamento del mercato interno, in relazione ai quali l'UE ha competenza esclusiva. Tra l'altro, come confermato dalla

<sup>1</sup> Sul diritto alla salute come «diritto a prestazione» si veda D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2013, 61.

<sup>2</sup> L. UCCELLO BARRETTAIN, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *Federalismi.it*, 15 ottobre 2014.

<sup>3</sup> Per un commento all'art. 35 Carta dei diritti dell'UE, si veda R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 245 ss.

<sup>4</sup> L. UCCELLO BARRETTAIN, *op. cit.*

giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione<sup>5</sup>, la circostanza che sia impedita alle istituzioni europee l'armonizzazione della normativa nazionale in materia di sanità non impedisce che l'adozione di misure sul ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri al funzionamento del mercato interno (art. 114 del TFUE) possa avere non solo come conseguenza ma anche come obiettivo la protezione della sanità pubblica. Detto altrimenti, appare chiaro che l'Unione è tenuta ad osservare i limiti previsti alla sua competenza quando legifera in materia di prestazioni sanitarie interne ma che, allo stesso tempo, i suoi poteri si estendono quando tali prestazioni siano definibili come "transfrontaliere" o riconducibili al mercato interno<sup>6</sup>.

Dobbiamo inoltre ricordare che, nel passaggio dal Trattato di Maastricht al Trattato di Amsterdam prima, e di Lisbona poi, la competenza dell'Unione in materia di tutela della salute pubblica ha subito rilevanti cambiamenti in senso espansivo. Tuttavia, l'estensione di tale competenza non è stata sempre programmata e graduale, dal momento che eventi come la crisi della mucca pazza, della Sars e quello dell'influenza A/H1N1, sono stati avvenimenti che hanno mostrato i limiti di efficacia degli interventi statali, contribuendo così ad individuare la necessità di un'azione europea più incisiva<sup>7</sup>.

Il già citato art. 168 del TFUE sottolinea, infatti, come la sanità pubblica, da pura competenza di coordinamento, incoraggiamento e supporto all'azione degli Stati membri, si sia convertita in

una vera e propria competenza legislativa europea<sup>8</sup> con l'introduzione del potere da parte dell'Unione di adottare misure vincolanti dirette a fissare parametri elevati di qualità e sicurezza di organi e sostanze di derivazione umana. Infatti, il comma 4, lett. k, dell'art. 168 del TFUE, pur conservando il carattere concorrente della competenza europea, ha aggiunto il potere in capo alle istituzioni europee di inserire misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico. Si tratta di una competenza sempre più "orizzontale", dal momento che la *necessità* di tutelare la salute degli individui è una componente di tutte le altre politiche dell'Unione e che il Trattato di Amsterdam ha elevato a *obbligo* al fine di garantire un livello elevato di protezione della salute<sup>9</sup>.

Nonostante ad oggi non siano stati adottati dei veri e propri atti normativi e giuridicamente vincolanti da parte dell'Unione europea per far fronte alla crisi del Coronavirus, il 28 gennaio 2020, la presidenza croata ha attivato i dispositivi IPCR (dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi) in modalità "condivisione delle informazioni", dando così il via all'elaborazione di relazioni integrate da parte della Commissione e del SEAE (il servizio europeo per l'azione esterna) e alla creazione di una pagina dedicata sulla piattaforma *web* dell'IPCR, su cui sono condivise le informazioni relative all'epidemia di COVID-19. In una seconda fase, il 2 marzo 2020, la

<sup>5</sup> La CGUE, il 5 ottobre 2000, nella causa C – 376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ha statuito che la disposizione del Trattato che vieta qualsiasi armonizzazione delle disposizioni relative alla salute umana non impedisce che misure di armonizzazione adottate sul fondamento di altre norme del Trattato possano avere effetti sulla protezione della salute.

<sup>6</sup> L. UCCELLO BARRETTAIN, *op. cit.*

<sup>7</sup> G. GUERRA, *La strategia europea in materia di sanità: esame del programma pluriennale d'azione per la salute 2014-2020*, in *Politiche sanitarie.it*, 15, 4, Ottobre - Dicembre 2014.

<sup>8</sup> C. C. GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2012.

<sup>9</sup> G. GUERRA, *op. cit.*

presidenza ha fatto progredire il meccanismo IPCR fino alla sua piena attivazione<sup>10</sup>.

La modalità “piena attivazione” degli IPCR consente di concentrarsi in maggior misura sull’individuazione di gravi lacune nei vari settori e di elaborare misure concrete di risposta dell’Unione durante riunioni di crisi, guidate dalla presidenza, cui intervengono rappresentanti dell’ufficio del Presidente del Consiglio europeo, della Commissione europea, della SEAE, degli Stati membri interessati e di altre parti coinvolte. I partecipanti a tali riunioni sviluppano e aggiornano proposte di azioni che sono esaminate dal Consiglio per decidere in merito alle azioni da adottare.

I dispositivi IPCR rafforzano, pertanto, la capacità dell’Unione di adottare decisioni rapide in caso di gravi crisi intersettoriali che richiedono una risposta europea a livello politico. Essi consentono, altresì, alle istituzioni e ai servizi dell’UE di fornire il dovuto supporto nel contesto di una crisi e della sua evoluzione. I dispositivi si basano, infine, sul principio di sussidiarietà, nel pieno rispetto delle competenze degli Stati membri in situazione di crisi e non rimpiazzano i dispositivi già esistenti a livello settoriale<sup>11</sup>.

Anche la Commissione europea si è attivata per sostenere gli Stati membri dell’Unione al fine di rafforzare gli sforzi internazionali volti a rallentare la diffusione del Coronavirus.

Il 2 marzo 2020 è stata, infatti, istituita una *task force* che dovrebbe coordinare le attività delle istituzioni europee e dei singoli Stati che, fino ad ora, hanno proceduto in ordine sparso.

La *task force* è composta da cinque Commissari incaricati di coordinare i lavori per arrestare

l’epidemia di CoViD-19: Janez Lenarčič, responsabile della gestione delle crisi e coordinatore della risposta alle emergenze dell’UE, Stella Kyriakides, responsabile per le questioni sanitarie, Ylva Johansson, responsabile per le questioni relative alle frontiere, Adina Vălean, responsabile della mobilità e Paolo Gentiloni, responsabile per gli aspetti macroeconomici. Il gruppo di risposta lavorerà su tre pilastri: in primo luogo, il settore medico, che comprende la prevenzione e l’approvvigionamento di misure di soccorso, la preparazione di informazioni e di previsioni. Il secondo pilastro riguarda la mobilità, dai trasporti ai consigli di viaggio e alle questioni riguardanti Schengen. Il terzo riguarda l’economia: si tratta di un’analisi approfondita di vari settori economici, quali il turismo, i trasporti, il commercio, le catene del valore e la macroeconomia. La Commissione europea apre inoltre un’apposita pagina *web* dedicata al CoViD-19, che fornisce informazioni sulle principali attività per quanto riguarda gli aspetti medici, la protezione civile, la mobilità, l’economia e le statistiche<sup>12</sup>.

Fino a questo momento, per migliorare la preparazione, la prevenzione e il contenimento del virus a livello globale, la Commissione europea aveva stanziato un nuovo pacchetto di aiuti del valore di 232 milioni di euro. Parte di questi fondi sarà immediatamente assegnata a diversi settori, mentre il resto sarà sbloccato nei prossimi mesi. I nuovi finanziamenti dell’Unione contribuiranno all’individuazione e alla diagnosi della malattia, all’assistenza delle persone contagiate e a prevenire l’ulteriore diffusione del virus. Nello specifico, il pacchetto di aiuti è ripartito in quattro interventi. Lo stanziamento di 114

<sup>10</sup> <https://bit.ly/3cXgQK6>.

<sup>11</sup> Consiglio dell’Unione Europea, *Epidemia di Covid-19: la presidenza intensifica la risposta dell’UE avviando la modalità di piena attivazione degli IPCR*, 2 marzo 2020, in <https://bit.ly/2yplliR>.

<sup>12</sup> F. DI NUNNO, *Coronavirus: una task force dell’Unione europea*, in [www.cittanuova.it/coronavirus-task-force-dellunione-europea/?ms=003&se=009](http://www.cittanuova.it/coronavirus-task-force-dellunione-europea/?ms=003&se=009).

milioni di euro è volto a sostenere l'OMS e, in particolare, il suo piano globale di preparazione e risposta a livello mondiale, al fine di rafforzare la preparazione e la risposta alle emergenze di sanità pubblica nei Paesi con sistemi sanitari deboli e una resilienza limitata. Altri 15 milioni di euro sono assegnati all'Africa per sostenere misure quali la diagnosi rapida e la sorveglianza epidemiologica. 100 milioni di euro sono destinati al contenimento e alla prevenzione del contagio del Coronavirus, di cui fino a 90 milioni di partenariato pubblico-privato con l'industria farmaceutica e 10 milioni per la ricerca epidemiologica, diagnostica, terapeutica e sulla gestione clinica. Infine, 3 milioni di euro sono assegnati al

meccanismo di protezione civile dell'Unione per i voli di rimpatrio dei cittadini dell'UE dalla città cinese di Wuhan. Alla luce della diffusione del Coronavirus in un numero sempre maggiore di Stati, è necessario puntare sul coordinamento e la collaborazione. «È il momento di unire le forze per fermare questa epidemia, ed è di vitale importanza che tutta la comunità internazionale combatta il Coronavirus con interventi di preparazione e risposta, senza perdere di vista la solidarietà internazionale» (Janez Lenarčič, Commissario europeo per la gestione delle crisi)<sup>13</sup>.

(4 marzo 2020)

---

<sup>13</sup> *Ibid.*

## Rischio, contagio e responsabilità. Sulla sconsideratezza penalmente rilevante (dall’esperienza in materia di HIV al CoViD-19)

Andrea Perin\*

CRIMINAL LIABILITY FOR CONTAGION. ON “RECKLESS” EXPOSURE TO RISK OF INFECTION (LESSONS FROM THE HIV EXPERIENCE FOR THE COVID-19 SCENARIO)

ABSTRACT: Considering some lessons learnt about criminal liability for HIV exposure and transmission, this paper deals with criminal “reckless” harmful/contagious conducts with fatal outcomes. The main imputation problems might arise, also facing the CoViD-19 scenario, about: (1) the evidence for the causal link to determine whether the defendant effectively caused the event; (2) the distinction between “negligence” and “intent”, and the limits of criminal “recklessness”, according to the Italian Penal Code; (3) the confirmation of the so-called “risk link” between reckless conducts and caused events, concerning the possibly interrupting relevance of victims’ conscious/voluntary exposure to the risk of contagion.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; contagion; criminal liability; reckless exposure

SOMMARIO: 1. Chi ha la tosse e non si mette in quarantena rischia una pena di vent’anni? Il problema della comunicazione del diritto penale – 2. Responsabilità da contagio: requisiti generali di tipicità – 2.1 L’individuazione dell’untore: alcuni ostacoli sul cammino della prova del nesso di causalità materiale – 2.2 La “sconsideratezza” dell’untore: dolo, colpa o irrilevanza penale? – 2.3. La “sconsideratezza” della vittima: esclude l’imputazione dell’evento alla condotta colposa o dolosa dell’untore? – 3. La sconsideratezza dannosa... non è sempre penalmente rilevante.

### 1. Chi ha la tosse e non si mette in quarantena rischia una pena di vent’anni? Il problema della comunicazione del diritto penale

La rappresentazione del diritto da parte dei mezzi di informazione si rivela spesso fuorviante e superficiale. Ciò riflette una tendenza particolarmente problematica quando si tratta di diritto penale, al quale spetterebbe una funzione preventiva “comunicativa”, non riducibile alla mera deterrenza, idonea a orientare positivamente le condotte dei consociati<sup>1</sup>.

\* Professore di diritto penale, Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho (Bellavista 0121, Providencia – Santiago de Chile). Mail: [andrea.perin@unab.cl](mailto:andrea.perin@unab.cl). Il presente lavoro è aggiornato al 28 aprile 2020.

<sup>1</sup> Funzione comunicativa che, come giustamente osserva C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza*, in *Archivio penale. (web)*, 1, 2019, 1 ss, reperibile in <https://bit.ly/2zVoqX7>, dovrebbe appartenere al novero dei compiti fondamentali dello scienziato penalista (coniugando K. Popper e G. Fiandaca).

È dato leggere, ad esempio<sup>2</sup>, che chi «sa di aver contratto il coronavirus e non lo dice a nessuno, uscendo di casa fa sì che la sua condotta risulti connotata dal dolo diretto». «Chi ha febbre, tosse e altri sintomi associati al CoViD-19 e non si mette in quarantena [...], se dovesse infettare persone anziane o comunque soggetti a rischio causandone la morte» andrebbe incontro a un'imputazione per «omicidio doloso» e a una pena «non inferiore a 21 anni. Infatti, in questo modo si accetta il rischio di contagiare altre persone, causandone lesioni o, nei casi più gravi, la morte. La condotta è punita a titolo di dolo eventuale». Infine: «la stessa pena si applica a chi ha avuto contatti con persone positive al coronavirus e continua ad avere rapporti sociali o a lavorare con altre persone senza prendere precauzioni o avvisarle. Non avvertire amici e conoscenti con i quali si hanno avuto contatti negli ultimi giorni, causando il rischio concreto che contagino altre persone, potrebbe costare la stessa imputazione a titolo di dolo eventuale o quantomeno di colpa cosciente».

Il fatto di imbattersi in simili ricostruzioni rende utile puntualizzare qualche aspetto relativo ai limiti della “sconsideratezza” penalmente rilevante. Per questo, nonostante di questi tempi si sia discusso soprattutto di altre ipotesi di responsabilità<sup>3</sup>, riaprendo anche il dibattito sulla riduzione/esclusione della colpa penale dell'esercente le professioni sanitarie<sup>4</sup>, in questo breve contributo intendo

<sup>2</sup> Nell'articolo pubblicato nel quotidiano Il Sole 24 Ore: *Coronavirus, chi ha sintomi ma esce di casa rischia l'accusa di omicidio colposo*, 11 marzo 2020 (ultima consultazione 24/04/2020), reperibile in: [https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-chi-ha-sintomi-ma-esce-casa-rischia-l-accusa-omicidio-doloso-ADmERLC?utm\\_term=Autofeed&utm\\_medium=LISole24Ore&utm\\_source=LinkedIn#Echobox=1583915326](https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-chi-ha-sintomi-ma-esce-casa-rischia-l-accusa-omicidio-doloso-ADmERLC?utm_term=Autofeed&utm_medium=LISole24Ore&utm_source=LinkedIn#Echobox=1583915326). Ma si potrebbero fare anche altri esempi.

<sup>3</sup> In particolare, la configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. (su cui, in prima battuta, B. ROMANO, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in *Il Penalista*, reperibile in: <http://ilpenalista.it/articoli/focus/il-reato-di-inosservanza-dei-provvedimenti-dellautorita-al-tempo-del-coronavirus> 16 marzo 2020); dei reati di epidemia dolosa o colposa di cui agli art. 438 e 452 c.p.; ed altre figure sanzionatorie, vecchie o introdotte *ad hoc* per la situazione di emergenza – in particolare, la nuova contravvenzione, di pericolo astratto, che sanziona la violazione del «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 1, co. 2, lett. e, e art. 4, co. 6, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19) –. Cfr. G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020; reperibile in: [https://sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure#\\_ftn1](https://sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure#_ftn1); M. GRIMALDI, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza penale. (web)*, 4, 2020, 8 aprile 2020, 1, spec. 12 ss, reperibile in: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/04/08/covid-19-la-tutela-penale-dal-contagio/>; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, 1, spec. 10 ss, reperibile in: [https://sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1587664342\\_bartoli-2020c-diritto-penale-emergenza-coronavirus.pdf](https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1587664342_bartoli-2020c-diritto-penale-emergenza-coronavirus.pdf).

<sup>4</sup> A questo riguardo, nonostante le voci favorevoli a più o meno radicali limitazioni/esclusioni della colpa medica di fronte all'attuale situazione di emergenza, aderisco all'opinione di chi, come G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in *Giurisprudenza penale. (web)*, 4, 2020, 1 ss., spec. 8 ss, reperibile in: [https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/04/Losappio\\_gp\\_2020\\_4.pdf](https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/04/Losappio_gp_2020_4.pdf), (i) invita alla cautela prima di avanzare, in questo momento, ulteriori proposte di riforma della *colpa professionale* (dopo l'intensa, e non proprio risolutiva, esperienza delle riforme “Balduzzi” del 2012 e “Gelli-Bianco” del 2017); (ii) sottolinea che, quando si tratti di “scelte tragiche” (imposte, per ipotesi, dalla necessità/inevitabilità di adottare criteri di priorità), la responsabilità sarebbe da escludersi, eventualmente, sul piano delle *scriminanti* (e si tratterebbe, aggiungo, di responsabilità *dolosa*); (iii) avverte circa l'esigenza di agire non solo sul piano

soffermarmi su alcuni tipi di *responsabilità commissiva da contagio*, evocati (impropriamente) dal citato articolo si stampa. Proverò perciò ad immaginare alcune situazioni e a svolgere poche e puntuali considerazioni sui limiti della rilevanza penale di alcuni comportamenti commissivi lesivi/contagiosi “sconsiderati”, evidenziando così i principali problemi d’imputazione che possono/potranno porsi qualora, a torto o a ragione, si decida di intraprendere la “caccia all’untore”<sup>5</sup>.

## 2. Responsabilità da contagio: requisiti generali di tipicità

Secondo l’opinione riportata nell’articolo di giornale, alle ipotesi di contagio “sconsiderato” di CoViD-19 dovrebbero applicarsi «gli stessi principi dei casi delle persone sieropositive che sanno di esserlo e non avvisano il partner né adottano precauzioni per evitare il contagio». Senonché, proprio l’esperienza in materia di contagio di HIV testimonia l’estrema complessità della valutazione in ordine alla sussistenza degli elementi tipici, oggettivi e soggettivi, richiesti ai fini dell’integrazione del reato d’evento.

Il reato di omicidio, doloso o colposo (art. 575 e 589 c.p.)<sup>6</sup>, richiede di valutare la sussistenza dei seguenti requisiti generali di tipicità:

---

sostanziale, ma anche e forse soprattutto su quello processuale, qualora il fine sia quello di evitare/ridurre fenomeni di criminalizzazioni e relative pratiche di medicina difensiva.

Per quando concerne, tuttavia, il piano strettamente sostanziale, evocare *in questo momento* nuove riforme è a mio giudizio inopportuno per due ordini di ragioni: (1) in primo luogo, perché così facendo si corre il rischio di manipolare le categorie generali *in funzione di situazioni contingenti*, invece che – cosa ben diversa! – predisporre categorie generali idonee a far fronte correttamente *anche alle situazioni di emergenza* (in particolare, escludendo l’imputazione di colpa stante situazioni di *oggettiva inesigibilità*); (2) istanze garantiste analoghe a quelle sottostanti la discussione in materia di colpa medica vengono manifestate, legittimamente, anche in altri settori (come ad es. la responsabilità datoriale per infortuni nei luoghi di lavoro o la colpa stradale). Per un’ampia analisi della discussione, v. comunque G.M. CALETTI, *Il percorso di depenalizzazione dell’errore medico*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, 2015 1, spec. 22 ss., reperibile in [https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Riv\\_Trim\\_4\\_2019\\_Caletti.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_4_2019_Caletti.pdf) e cfr. la proposta compromissoria, “deontico-liberale”, presentata in A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d’imputazione solidaristico e liberale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 207, spec. 223 ss, reperibile in: <https://bit.ly/2ZqL5VR>, incentrata sulla colpa medica per *errore nella scelta* della strategia diagnostica o terapeutica, e basata sulla distinzione normologica fra regole cautelari «tipiche» e «atipiche». In generale, anche sulla scorta di un orientamento ormai consolidato nel panorama dottrinale italiano (pur con diverse sfumature e nella diversità delle soluzioni sistematiche, fra misure oggettive/generalizzanti e soggettive/individualizzanti della colpa), si concorda nel sostenere che l’auspicata *riduzione della colpa penale dell’ esercente le professioni sanitarie* dovrebbe passare: (a) anzitutto, per una rinnovata sensibilità circa la necessità di *concretizzare* il giudizio di attribuzione, tenendo conto delle circostanze in cui l’agente si trovi ad operare ed escludendo in questo modo la punibilità di colpe *non gravi*; (b) e poi, eventualmente, per un ulteriore ripensamento della disciplina vigente (tornando, eventualmente, al modello dell’art. 2236 c.c., o a qualcosa di simile – ma, aggiungo e ribadisco, non spinti da motivi emergenziali).

<sup>5</sup> Ovviamente, in questo articolo l’uso del termine “untore” va inteso a riflettere, polemicamente, la stigmatizzazione di cui può essere vittima una persona per il semplice fatto di essere sieropositiva. Non sembra invece polemico, né ironico, il frequente uso del termine da parte dei mezzi di stampa.

<sup>6</sup> Non farò qui riferimento all’ipotesi di lesioni, che imporrebbe di svolgere ulteriori considerazioni circa la caratterizzazione dell’evento-tipico rilevante (così come in materia di contagio da HIV, potrebbe essere discutibile che lo stato di sieropositivo integri lo stato di «malattia nel corpo o nella mente» richiesto dall’art. 582 c.p.; sul punto, senza però poter ancora considerare l’impatto delle attuali terapie antiretrovirali, già A.R.

(1) In primo luogo, occorre verificare la sussistenza del *nesso di causalità fra l'azione e l'evento* (il contagio e, in via mediata, la morte). Questo primo giudizio ha carattere essenzialmente descrittivo/ricostruttivo, poiché consiste nella dimostrazione inferenziale, basata sulla teoria condizionalistica del nesso di causalità, dei fatti accaduti e della loro modalità di realizzazione.

(2) Dopodiché, occorre chiedersi se la condotta lesiva è altresì *colposa o dolosa*. Questa fase dell'attribuzione, che concerne l'accertamento dell'elemento soggettivo (o del «tipo soggettivo», se si preferisce), sarà l'oggetto principale di questa riflessione.

(3) Si tratta infine di valutare la sussistenza del c.d. *nesso di rischio* fra la condotta antigiuridica e l'evento<sup>7</sup>, svolgendo un giudizio finalizzato a stabilire se il secondo rappresenti la concretizzazione del «rischio non consentito» generato dalla prima, imprudente o dolosa che sia. In questa sede può anche rilevare, nel senso di interrompere il nesso di imputazione e quindi di escludere la tipicità del fatto – almeno in base ad alcune costruzioni dottrinali –, l'eventuale *accettazione del rischio da parte della vittima* che si esponga consapevolmente al contagio.

### 2.1. L'individuazione dell'untore: alcuni ostacoli sul cammino della prova del nesso di causalità materiale

Occorre avvertire che, come in altre ipotesi paragonabili<sup>8</sup>, la dimostrazione della relazione causale in casi di contagio di CoViD-19 sarebbe notevolmente problematica.

Come noto, in generale, la verifica del rapporto di causalità fra azione ed evento si gioca su due livelli: (i) sul piano *epistemologico e generale* dell'enunciato scientifico di copertura; (ii) e su quello *logico e particolare* dell'esclusione delle spiegazioni alternative dell'evento.

Dal primo punto di vista occorre individuare le possibili spiegazioni dell'evento, ciascuna avente funzione indiziante, supportate da altrettante generalizzazioni esplicative scientificamente plausibili e affidabili, quand'anche dotate di basso valore statistico («causalità generale»). L'individuazione della spiegazione adeguata al caso concreto va quindi affidata ad una fase successiva («causalità individuale»), nella quale, in base all'evidenza disponibile, si tratta di stabilire se la condotta umana indicata dall'ipotesi di accusa abbia concorso alla verifica dell'evento *hic et nunc*, mediante l'esclusione (dell'incidenza di per sé sufficiente) di decorsi causali alternativi.

In sintesi, l'*iter* bifasico<sup>9</sup> in cui si sostanzia l'inferenza causale impone di individuare tutte le possibili «cause» (reti/sistemi di condizioni necessarie) dell'evento, per poi stabilire se la condotta umana sia stata, entro la cornice di una di esse, *condicio sine qua non*.

CASTALDO, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in *Studi Urbinati*, 1988-89/1989-90, 41-42, 5, 31-51), anche ai fini dell'applicazione delle circostanze aggravanti speciali pertinenti (lesioni gravi e gravissime ex art. 583 c.p.), e connessi problemi di imputazione oggettiva dell'evento (specie qualora in seguito all'evento-contagio intervengano condotte di terzi che, colposamente o dolosamente, favoriscano/non impediscano la morte della vittima (su questo delicato profilo dogmatico, già G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 595 ss.).

<sup>7</sup> Sulla rilevanza sistematica del «nesso di rischio», M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

<sup>8</sup> Sul contagio di HIV per via sessuale, già A.R. CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 73 ss.

<sup>9</sup> Così definito, tra gli altri, da O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cassazione penale*, 2008, 2151, 2186-7.

Tuttavia, nonostante lucide prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità in materia, l’esperienza ha mostrato una certa difficoltà a comprendere, anzitutto, il rapporto fra causalità generale e causalità particolare. In relazione ad un caso di trasmissione sessuale del HIV, si può prendere ad esempio una sentenza del Tribunale di Milano, che dopo aver preso in considerazione il dato statistico relativo al rischio di contagio per singolo rapporto (0,002%)<sup>10</sup>, ipotizza il numero complessivo di rapporti avvenuti fra l’imputato e la vittima (1200!), giungendo così a calcolare una presunta «probabilità cumulativa» di trasmissione... pari al 90,95%<sup>11</sup>. Al di là della fittizia considerazione di più condotte (presunte!) come un’unica azione<sup>12</sup> e dell’evidente arbitrarietà del calcolo probabilistico, è chiaro che nemmeno l’ipotetico raggiungimento di una probabilità così elevata consentirebbe *logicamente* di escludere spiegazioni alternative (altre vie di contagio)<sup>13</sup>.

Scivoloni come quello descritto appaiono tributari dell’idea, un tempo dotata di un certo credito in dottrina, secondo cui la prova causale dipenderebbe dal coefficiente probabilistico caratterizzante la legge o generalizzazione di copertura. Una tesi logicamente erronea e praticamente paradossale, come già ampiamente evidenziato in dottrina<sup>14</sup>.

Ma come pure dimostra l’esperienza in materia di contagio da HIV, un altro rischio che si corre in sede di giudizio è quello di forzare – non solo, come detto, la valenza probatoria del dato statistico/probabilistico generale, peraltro estemporaneo ed esposto alla variabilità degli studi statistici – ma anche quella della prova scientifica strumentale alla prova della causalità individuale<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Dato statistico peraltro variabilissimo, a seconda degli studi che si prendano in considerazione e le modalità di rapporto. Cfr. ad es., fra i tanti studi, la metanalisi di M.C. BOILY, *et al.*, [Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies](#), in *Lancet Infectious Diseases*, 2009, 9,2, 118.

<sup>11</sup> Trib. Milano, 12 dicembre 2007, in *Corriere del merito*, 4, 2008, 456, con nota di A. CORVI, *Rilevanza penale del contagio HIV per via sessuale*, 458 ss.

<sup>12</sup> Cfr. A. CORVI, *op. cit.*, 460; L. MASERA, *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2008, 1174.

<sup>13</sup> Con chiarezza, già A.R. CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 73-75: il dubbio può infatti riguardare «non la ricollegabilità dell’infezione ad una fonte di contagio», ma la «contemporanea assenza di altre cause di trasmissione dell’Hiv».

<sup>14</sup> Per tutti, da F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Diritto penale. contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, 2013, 380 ss., reperibile in: [https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Trim\\_3\\_2013-386-404.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_3_2013-386-404.pdf) sottolineando anche il maggior pregio della sentenza *Franzese* (Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328), nell’aver emancipato il ragionamento probatorio dal modello di spiegazione nomologico-deduttivo di stampo neopositivista.

<sup>15</sup> In alcuni processi per contagio da HIV e HCV, tale prova è stata ritenuta raggiunta mediante l’uso dell’analisi filogenetica, una tecnica sviluppata e impiegata nell’ambito della virologia molecolare che consente di osservare e comparare piccole differenze fra sequenze genomiche di HIV. Infatti, l’ARN di questo retrovirus muta molto rapidamente, e ciò consente di costruire diagrammi ipotetici (chiamati “alberi filogenetici”) per valutare il grado di somiglianza e la relazione di vicinanza tra diversi ceppi o varianti dello stesso, al fine di ricavarne relazioni di contagio. Tuttavia, come già osservato in un altro contributo, al di là della difficile compatibilità di questa tecnica di analisi con i tempi del processo penale (che la rendono praticamente inservibile a fini probatori), gli esperti hanno interpretato in modi assai diversi i suoi risultati e ciò che essa consentirebbe di “dimostrare”, specie dovendosi confrontare con il canone di giudizio dell’*oltre ogni ragionevole dubbio*. Si rinvia, anche per ulteriori riferimenti a casistica e letteratura, ad A. PERIN, *La inferencia causal, el problema de la demarcación y el uso del análisis filogenético en el proceso penal: ¿Hacia una nueva figura de juez? (A propósito de la Sentencia de la Corte*

Qualora la prova scientifica non possa essere ottenuta o comunque non sia ritenuta sufficiente, l'esistenza del nesso fra una condotta ipoteticamente causante e un evento di contagio-morte dipenderà quindi, sul piano della «causalità individuale», dalla possibilità di ottenere una difficilissima prova «per esclusione»<sup>16</sup>. Pertanto, come in altri settori di responsabilità in cui si tratti di fattori ubiquitari, anche in ipotesi di contagio viene in rilievo la discussa necessità di conoscere *tutti i possibili antecedenti o decorsi causali* associabili all'evento *hic et nunc*<sup>17</sup>.

Peraltro, va messo in luce che nei processi riguardanti ipotesi contagio da HIV (generalmente, per via sessuale), la prova del nesso di causalità rappresenta un elemento-chiave non soltanto per l'identificazione dell'untore, e quindi l'attribuzione materiale del fatto lesivo, ma anche per valutare l'imputazione sotto il profilo soggettivo. Per comune dottrina (salvo quando osserveremo in seguito), infatti, il principio di colpevolezza richiederebbe che l'autore del fatto-lesivo sia *consapevole, nel momento del contagio, di essere sieropositivo* e, dunque, di poter contagiare. Per cui il giudice dovrebbe essere in grado di verificare, non solo l'autore dell'evento-contagio, ma anche il suo momento più o meno esatto (prima o dopo aver ottenuto i risultati di un test positivo), proprio al fine di verificare e valutare l'atteggiamento soggettivo dell'agente mentre provoca l'evento.

## 2.2. La “sconsideratezza” dell'untore: dolo, colpa o irrilevanza penale?

Supponiamo che, a seguito delle condotte che stiamo per considerare, l'evento si realizzi e che risulti dimostrato il nesso di causalità (superate quindi le accennate difficoltà probatorie). P1 e P2 saranno, rispettivamente, l'agente-untore e la vittima del contagio.

*Prima ipotesi.* P1 è cosciente di essere positivo al Coronavirus ed espone consapevolmente P2 al rischio di contagio, senza adottare adeguate misure di protezione<sup>18</sup>. P2 muore a causa dell'infezione.

In questo caso sussiste la *previsione* dell'evento. In concreto: la *rappresentazione di un rischio concreto di contagio* (che non si sa però se si realizzerà in un evento), compatibile sia con la colpa che con il dolo (art. 43 c.p.)<sup>19</sup>. Il dolo non è però affatto ovvio. Dovendo infatti distinguere fra «dolo eventuale» e

*de Casación italiana en el caso Grandi Rischi y sobre la responsabilidad penal por contagio de agentes infecciosos*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2016, 44, 65, spec. 80 ss.

<sup>16</sup> V. di nuovo A.R. CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 73-93, offrendo molteplici esempi che chiariscono la difficoltà, a voler essere rigorosi, di raggiungere davvero la prova per esclusione. Cfr. oggi, con riferimento all'ipotetica responsabilità datoriale per l'infortunio-contagio da Covid-19 del lavoratore, M. RIVERDITI, L. AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, in *Giurisprudenza penale (web)*, 3, 2020, 4-6, reperibile in: [https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/03/Riverditi\\_Amerio\\_gp\\_2020\\_3.pdf](https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/03/Riverditi_Amerio_gp_2020_3.pdf) e la nt. successiva.

<sup>17</sup> Sostenuta ad es. da R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, spec. 65 ss., 84-85, escludendo pertanto la possibilità di qualunque accertamento di fronte a fenomeni dei quali non siano note tutte le possibili “cause”.

<sup>18</sup> Si tratta della medesima ipotesi classica, *mutatis mutandis*, considerata da A.R. CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 30 ss.; parrebbero peraltro riconducibili a questa ipotesi i casi di cronaca riferiti da M. GRIMALDI, *op. cit.*, 31, del «soggetto che nella sala d'attesa dell'ospedale, infastidito, sputi all'indirizzo dei sanitari, causandone il contagio; ovvero del rapinatore che del pari, versando nelle predette condizioni, dopo aver minacciato la vittima, la attinga volontariamente (consapevole della sua positività) con getti di saliva, catarro e altre sostanze espulse dalla bocca».

<sup>19</sup> Dispone l'art. 43 c.p. che il reato «è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente *preveduto*

«colpa cosciente», forme di colpevolezza/tipicità soggettiva di confine, in base al criterio tradizionale (ma non l'unico possibile), psicologico-normativo (quasi-volontaristico), della «accettazione del rischio», si tratterà di valutare comunque la condotta effettivamente tenuta dall'agente in relazione alle circostanze del caso concreto.

Ad esempio, il fatto che P1 provochi un contagio letale pur mantenendo una distanza considerata “di sicurezza” (ritenuta tale in base alle informazioni fornite dalle autorità sanitarie) potrebbe riflettere/indicare (lasciar dedurre) la credenza (erronea o meno, non conta) di non provocare alcun rischio concreto/elevato di contagio letale. Lo stesso dicasi, ad esempio, qualora P2 sia una persona giovane o apparentemente sana o qualora, comunque, P1 faccia uso di una mascherina protettiva (in questo caso, l'agente si rappresenta l'intervento di un elemento impeditivo del decorso causale sommariamente rappresentato). In tali ipotesi, P1 agirebbe confidando nel fatto che il rischio di evento, pur previsto/rappresentato come possibile conseguenza della sua azione, non si verificherà. Laddove invece la condotta di P1 crei un rischio palesemente irragionevole (un «rischio doloso») – ad es., per il fatto di avvicinarsi molto a persone anziane e/o malate (immunodepresse, ecc.), sprezzante della loro evidente vulnerabilità – sarebbe possibile dedurre un atteggiamento interno compatibile con il dolo eventuale. P1 agirebbe in questo caso decidendo di «accettare il rischio» dell'evento rappresentato<sup>20</sup>.

Tuttavia, la complessità del giudizio circa la sussistenza della forma di colpevolezza (o di tipicità soggettiva) rispetto alle circostanze del caso concreto è ben rappresentata proprio dalla giurisprudenza in materia di contagio da HIV.

---

e voluto come conseguenza della propria azione od omissione»; mentre il delitto è «colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, *anche se preveduto*, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline» (requisiti particolari sono previste in materia di colpa medica). La pena è aggravata per «l'aver, nei delitti colposi, agito *nonostante la previsione dell'evento*» (art. 61, n. 3, c.p.). Corsivi aggiunti.

<sup>20</sup> Cfr. sul punto S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 122 ss., 320 ss., secondo il quale l'assunzione di un «rischio doloso», incompatibile con l'agire di un soggetto «ragionevole», sussistendo anche l'elemento rappresentativo e volitivo (il fatto psichico: una *deliberazione a favore della possibile lesione del bene giuridico*), qualificerebbe già sul piano oggettivo-normativo (tipico) l'agire doloso; M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo. – Rivista trimestrale*, 1, 2014, 70 ss., reperibile in: [https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Trim\\_01\\_2014-75-122.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_01_2014-75-122.pdf) per il quale di «rischio doloso» si potrebbe parlare solo a partire dal dolo diretto. Entrambi gli autori, sostenendo che in mancanza di una colpevolezza psicologica non c'è dolo, ritengono che possa integrare un fatto meramente colposo (più probabilmente cosciente) anche un comportamento attivante un «rischio palesemente irragionevole». Critico nei confronti della normativizzazione del dolo e favorevole invece ad una tripartizione sistematica della colpevolezza, A. MELCHIONDA, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un nuovo codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, 185 ss, per cui il dolo sarebbe solo intenzionale o diretto, cioè sostanzialmente «volontà»; mentre i casi di mera «rappresentazione della possibilità di realizzazione dell'evento» verrebbero «accorpati in una sfera intermedia, altrimenti individuabile quale responsabilità “da rischio” (l'alternativa fra dolo eventuale e colpa cosciente verrebbe perciò ad assumere rilievo sul solo piano della successiva commisurazione concreta della pena), ed avente una rilevanza predeterminata solo a specifiche ipotesi criminose», lasciando infine alla colpa incosciente uno «spazio del tutto residuale».

Basti ricordare la vicenda del caso *Lucini*, che fece scuola e alimentò il dibattito relativo a questo confine categoriale<sup>21</sup>. Il Tribunale di Cremona (1999) stabilì che: «[r]isponde di omicidio doloso, commesso con dolo eventuale, colui che, pienamente consapevole del proprio stato di sieropositività e delle modalità di contagio dell’Aids, intrattiene col proprio ignaro partner [...], una pluralità di rapporti sessuali non protetti, accettando così l’alto rischio, poi effettivamente concretizzatosi, tanto di un possibile contagio quanto del probabile esito letale dell’infezione eventualmente insorta»<sup>22</sup>. In quella stessa vicenda, però, la Cassazione (2001) affermò il più benevolo principio di diritto in base al quale: «È configurabile il reato di omicidio colposo aggravato da previsione dell’evento, e non quello di omicidio volontario, a carico di soggetto il quale, consapevole di essere affetto da Aids [recte, Hiv. N.d.R.], abbia intrattenuto rapporti sessuali con il coniuge, senza informarlo dei relativi rischi e senza adottare alcuna precauzione, con conseguente contrazione della malattia da parte dello stesso coniuge il quale, successivamente, a causa di essa, sia venuto a morte»<sup>23</sup>.

L’incertezza in ordine ai criteri di giudizio idonei a distinguere fra colpa cosciente e dolo eventuale si coglie anche comparando la nostra con altre esperienze. Infatti, in apparente consonanza con quanto deciso dal Tribunale di Cremona (ma *a contrario*), diversamente invece da quanto indicato dalla citata Cassazione, nel giudizio formulato da una più recente pronuncia del *Tribunal Supremo* spagnolo, solo l’adozione di un «dispositivo di protezione» dal parte del sieropositivo consapevole indicherebbe un atteggiamento idoneo a scongiurare l’imputazione del dolo eventuale, ma comunque sanzionabile per colpa; qualora invece il preservativo non venga indossato (come nel caso *Lucini*), l’imputazione della responsabilità per il contagio dovrebbe avvenire comunque (quantomeno) per dolo eventuale<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> V. ad es. F. AGNINO, *La sottile linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Giurisprudenza di Merito*, 6, 2009, 1489 ss.

<sup>22</sup> Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, *Lucini*, in *Foro it.*, 2000, II, 348 ss., con nota di E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*; e K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell’Aids-carrier*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2001, 299. Lo stesso principio di diritto viene poi adottato anche da Trib. Milano, 12 dicembre 2007, cit., nonché in altre decisioni merito indicate da A. CORVI, *op. cit.*, 462 (nonostante la Cassazione citata nella nt. successiva). In questo senso, va annotata anche una più recente pronuncia riportata da varie fonti di stampa: *Hiv: aveva contagiato la compagna e altre donne, condannato a 16 anni*, *Repubblica.it*, 14 Marzo 2019, reperibile al link: <https://bit.ly/2XIOT8f>; ed anche: *Ancona, untore Hiv ricorrerà in appello*, *Ansa.it*, 19 luglio 2019, reperibile al link: <https://bit.ly/36y42rv>, ultima consultazione: 19/04/2020.

<sup>23</sup> Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2001, n. 30425, in *Cassazione penale*, 2002, 3096 (n. 1007), con nota di M. NISTICÒ, *Sul contagio venereo da virus Hiv*, in *Cassazione penale*, 2, 2004, 515. Si noti peraltro che, in questo caso, la Corte qualifica il fatto colposo come *omissivo improprio*, valorizzando l’elemento, a suo giudizio rilevante, dato dal «persistente silenzio» dell’agente sulle proprie condizioni di salute. La soluzione è assai problematica. Oltre al profilo della difficile configurabilità di una posizione di garanzia in capo all’agente, cfr. quanto già osservato in merito al più recente dibattito in merito alla qualificazione attiva od omissiva delle condotte di esposizione a (/somministrazione di) sostanze tossiche nei luoghi di lavoro, rispetto alle malattie professionali così cagionate, in A. PERIN, *L’imputazione oggettiva dell’evento per omissione impropria. Argomenti a favore della «diminuzione di chances»*, in *Archivio penale. (web)*, 2, 2018, 20-22, reperibile in: <https://bit.ly/2Txac5P>.

<sup>24</sup> Sentenza del *Tribunal Supremo*, 528/2011, del 6 giugno 2011, con nota di I. NAVAS MONDACA, *Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio del estatus jurídico del objeto de la acción*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales.*, 2011, LXIV, 323, spec. 327 ss., reperibile in: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548090>, il quale ritiene invece *non imputabile per colpa* il fatto pur lesivo del sieropositivo consapevole che abbia usato correttamente il preservativo, trattandosi di condotta da considerarsi entro margini accettabili di «rischio consentito», cioè *prudente: op. ult. cit.*, 331

A proposito della configurazione del dolo eventuale, potrebbe rilevarsi che mentre la morte da AIDS rappresentava (oggi molto meno, in virtù delle attuali terapie antiretrovirali) una conseguenza molto probabile del contagio da HIV, la morte per una polmonite imputabile al contagio da CoViD-19 sarebbe statisticamente molto meno probabile, anche qualora si tratti di persone già vulnerabili. D'altra parte, però, va osservato che mentre il contagio da HIV era e resta statisticamente improbabile, il CoViD-19 apparirebbe molto più contagioso. E, ad ogni modo, nessuna forma di dolo richiede la certezza delle conseguenze, neppure il dolo intenzionale<sup>25</sup>.

*Seconda ipotesi. P1 non è cosciente di essere positivo* ma avverte possibili *sintomi di contagio* (febbre, tosse secca persistente, ecc.); oppure: *non sa di essere positivo*, non presenta neppure sintomi, ma *sa di essere stato in contatto ravvicinato*, recentemente, con persone positive. In entrambi i casi è consapevole dell'alta probabilità di contagiare altre persone, *qualora fosse positivo*. Comunque, *decide di non rinunciare* a contatti sociali e *non usa protezioni*. Anche qui, *P2* muore a causa dell'infezione provocata da *P1*, che si scopre a posteriori essere (stato) effettivamente positivo.

In questi casi, il dolo sarebbe comunque da escludere. Nessun evento è concretamente rappresentabile. Immaginabile, sì, astrattamente. Prevedibile, concretamente, no. Perché manca un'informazione necessaria affinché possa sussistere tale elemento cognitivo comune al dolo eventuale e alla colpa cosciente. *P1 non sa di essere positivo*.

Possiamo chiederci semmai se vi sia colpa incosciente.

L'imputazione per colpa di un evento cagionato si fonderebbe, secondo comune dottrina, nel dovere di riconoscere le conseguenze delle proprie azioni; un dovere da concretizzarsi, però, si badi bene, in base al «combinarsi delle conoscenze nomologiche *standard*» di un parametro normativo di riferimento (l'agente-modello *eiusdem condicionis*) «con l'occasione (*Anlass*) di applicare tali conoscenze». L'occasione deve essere riconoscibile e le conoscenze disponibili all'agente<sup>26</sup>.

In questo caso, potrebbe argomentarsi la difficoltà di combinare determinate conoscenze (come la correlazione fra vicinanza fisica e contagio, che in termini generali è disponibile all'agente, ancorché non in termini scientificamente definitivi o puntuali) con l'occasione di applicarle (per via di uno stato di positività, ma anche per le caratteristiche della vittima, persona giovane/sana/anziana, ecc.) in vista di un evento prevedibile.

---

(analogamente, per l'esperienza italiana, A.R. CASTALDO, *Aids e diritto penale*, cit., 118-119, 121-123; A. CORVI, *op. cit.*, 463-464; K. SUMMERER, *op. cit.*, nt. 23). L'indirizzo giurisprudenziale che, invece, adotta il criterio della «mancata adozione di contromisure» quale indizio *sintomatico del dolo* (cfr. la distinzione fra «rischio schermato» e «rischio non schermato» nella dottrina tedesca, cit. ancora da K. SUMMERER, *op. cit.*, nt. 69-70, la quale sottolinea comunque l'incompatibilità del criterio con l'ordinamento italiano, poiché escluderebbe qualunque considerazione del momento volitivo ai fini dell'accertamento del dolo) – assumendo come di per sé *imprudente* la condotta del sieropositivo consapevole, ancorché adottati protezioni – è confermato anche dalla successiva STS 7857/2011, del 8 novembre 2011, dove si evidenzia, al contempo, l'adesione del *Tribunal Supremo* spagnolo alla «teoria della probabilità» in ordine alla distinzione fra dolo e colpa (*Fundamentos de Derecho. Primero*).

<sup>25</sup> Prova ne è il fatto che il Codice penale prevede e sanziona l'ipotesi in cui vengano realizzati «atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto», ma per cause indipendenti dal dominio dell'agente, pertanto aleatorie, «l'azione non si compie o l'evento non si verifica» (art. 56 c.p.).

<sup>26</sup> Per tutti, C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di Civil Law*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale.*, 50, 2007, 593, 634, nt. 124.

L'attribuzione di responsabilità potrebbe allora giustificarsi in due modi (non lo intendo suggerire, ma solo ipotizzare criticamente, preventivamente).

Una prima via sarebbe quella di ragionare in termini di «adeguatezza sociale», ritenendo ormai radicate, esigibili e doverose (almeno per il momento) norme di distanziamento sociale e misure di protezione paragonabili, *mutatis mutandis*, all'uso del preservativo, quale misura di *safer sex*, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso. Tuttavia, come già ricordato, in materia di contagio di HIV si è generalmente sostenuto che l'esigenza di colpevolezza richiede, quale requisito minimo di imputazione soggettiva, che l'autore del fatto sia comunque consapevole, nel momento del contagio, di essere sieropositivo e dunque di poter contagiare; non bastando pertanto il mancato uso del preservativo o di altre eventuali misure di protezione. Si profila peraltro una soluzione a propria volta problematica, perché considerando il test positivo come condizione di punibilità si corre il rischio di spingere chi sospetti di essere sieropositivo a non sottoporvisi (si tratterebbe quindi di un incentivo potenzialmente criminogeno)<sup>27</sup>.

Altrimenti, anche per far fronte all'inconveniente appena cennato, si potrebbe ipotizzare l'adozione di un modello di imputazione per colpa *lato sensu* precauzionale. In questo senso, una concezione della colpa penale apparentemente idonea ad abbracciare anche l'ipotesi di studio potrebbe essere quella secondo cui un dovere precauzionale di attivazione sorgerebbe appena ci si trovi di fronte a «congrui indizi», non solo *nomologici*, ma anche puramente *fattuali*, del possibile verificarsi di un evento dannoso o pericoloso. Più precisamente: qualora riconoscibili *signa facti* rivelino all'agente la possibile pericolosità della sua condotta, pur in assenza di preesistenti cognizioni nomologiche idonee a confermare il sospetto, e qualora il *dubbio* (in quanto tale) risulti minimamente ma plausibilmente confermato, nascerebbe un obbligo precauzionale il cui concreto contenuto dipenderebbe dalla «gravità del rischio ipotizzato» e dallo «spessore dei dati fattuali e delle congetture scientifiche conosciute o conoscibili»<sup>28</sup>.

Sarebbe quindi configurabile un dovere (penalmente rilevante) di approfondimento (ad esempio, la sottoposizione al test diagnostico) in capo al soggetto che avverta sintomi di un possibile contagio o che semplicemente abbia avuto contatti con persone positive?

In realtà, la tesi citata venne proposta in un momento in cui si ragionava soprattutto di prodotti destinati al consumo e di esposizione a sostanze tossiche/nocive nei luoghi di lavoro, riferendosi a condizioni e situazioni di *incertezza scientifica*, cioè di indisponibilità di enunciati nomologici confermati. Nel caso che stiamo trattando, invece, l'incertezza/ignoranza riguarderebbe più che altro la condizioni soggettiva (comunque fattuale) idonea ad applicare un enunciato predittivo che possiamo considerare sommariamente disponibile (benché, nel momento attuale, non si conoscano esattamente i meccanismi di contagio).

Ad ogni modo, per la dottrina prevalente una re-interpretazione della colpa in chiave "precauzionista" comporterebbe una caratterizzazione marcatamente etica dell'agente-modello (il parametro normativo di prudenza e diligenza), quindi inaccettabile perché slegata dall'argine garantistico di una

<sup>27</sup> Problema già da tempo rilevato in dottrina. V. i riferimenti indicati da K. SUMMERER, *op. cit.*, spec. nt. 18-19.

<sup>28</sup> C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1743 ss.).



conoscenza nomologica-predittiva effettivamente applicabile a circostanze concretamente riconoscibili/conosciute dall'agente<sup>29</sup>.

### 2.3. La "sconsideratezza" della vittima: esclude l'imputazione dell'evento alla condotta colposa o dolosa dell'untore?

Un cenno infine al «nesso di rischio» e all'eventuale rilevanza della condotta della vittima consapevole del rischio a cui si espone.

In materia di eventi lesivi realizzatisi anche grazie alla partecipazione della vittima, alcuni autori distinguono fra ipotesi di «autoesposizione al pericolo» (*Selbstgefährdung*) – categoria che ogni tanto appare anche nella giurisprudenza italiana che ricorre all'art. 41, cpv., c.p.<sup>30</sup> –, da quelle di mera «consensuale esposizione al pericolo creato da altri» (*einverständliche Fremdgefährdung*)<sup>31</sup>.

In entrambi i casi, la vittima potenziale si rappresenta e accetta il rischio; tuttavia, mentre nei casi di «consensuale esposizione al pericolo» chi mantiene il dominio sul fatto è il soggetto che genera il rischio, e a cui la realizzazione del medesimo viene imputata, nel caso di «autoesposizione al pericolo», chi si trova in condizione di controllare il corso degli eventi, restando «padrone del proprio destino», è lo stesso soggetto che subisce il pregiudizio. Applicata al concorso della vittima, quindi, la sottintesa teoria del «dominio sul fatto» consentirebbe di distinguere (i) i casi in cui l'evento è imputabile alla condotta colposa/dolosa di chi espone altri al rischio generato («consensuale esposizione al pericolo»), (ii) da quelli di accettazione del rischio (praticamente un dolo eventuale della vittima rispetto all'evento auto-lesivo), con effetto interruttivo del «nesso di imputazione» («autoesposizione al pericolo»).

Ma anche questo punto, peraltro sottovalutato dalla nostra giurisprudenza, non è per niente pacifico. Paradigmatico è, di nuovo, il caso del rapporto sessuale non protetto fra il soggetto sieropositivo consapevole della propria condizione (fonte del rischio) e altro individuo a propria volta cosciente dello stato del partner (vittima potenziale che si espone al pericolo, accettando il rischio di trasmissione). Di fronte all'avvenuto contagio, il tentativo di stabilire se il soggetto sieropositivo debba rispondere per l'evento (sussistendo i requisiti di causalità e colpa, se non del dolo eventuale) o se, al contrario, la consapevole assunzione del rischio da parte della vittima e il mantenimento del dominio sul fatto (dato dalla possibilità di sottrarsi dal rapporto sessuale) giustifichi l'interruzione del nesso di imputazione, non ha trovato una soluzione condivisa<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Tuttavia, mi permetto di rinviare ad A. PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Política criminal.*, 12, 23, 2017, 207, reperibile in: <https://bit.ly/2ze3FpM>, per altri riferimenti (218-222) e una proposta simil-precauzionale, in base alla quale, comunque, nelle ipotesi considerate nel testo non vi sarebbe colpa (240 ss., 247 ss.).

<sup>30</sup> Ad es., Cass. pen., sez. IV, 4 settembre 2014 – 2 luglio 2014, n. 36920, Sulla riconducibilità dell'azione sopravvenuta del soggetto passivo a una lettura aggiornata del vigente art. 41 cpv. c.p., reperibile in: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2014/09/16/art-41-comma-2-c-p-in-tema-di-cause-sopravvenute-da-sole-sufficienti-a-determinare-levento/>, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 88-89.

<sup>31</sup> Cfr. A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, spec. p. 220-4; G. FORTI, *op. cit.*, 547 ss.

<sup>32</sup> Oltre a G. FORTI, *op. cit.*, per un quadro delle soluzioni adottate in prospettiva comparatistica, cfr. ancora K. SUMMERER, *op. cit.*, § 4, con abbondanti riferimenti alla dottrina tedesca; C.M. ROMEO CASABONA, *Sida y Derecho Penal*, in *Cuadernos de derecho judicial* 1995, 67, 81; E. GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, in *ADPCP*, LVIII, 2005, 733, 769 ss., spec. 788, 799-800, il quale, dopo aver sostenuto entrambe le

### 3. La sconsideratezza dannosa... non è sempre penalmente rilevante

Questo breve *excursus* testimonia certamente la complessità della materia. Non si pretende, quindi, che detta complessità possa essere riflessa compiutamente da un articolo di giornale. Ma dall'invito a non realizzare condotte sconsiderate... alla minaccia di una sicura condanna per omicidio doloso il passo non dovrebbe essere così breve.

Occorre inoltre tenere a mente che, come spesso accade, esaminare con il senno del poi casi come quelli immaginati può indurre a considerare un evento molto più prevedibile di quanto non lo fosse *ex ante* (soprattutto quando il dubbio riguardi l'esistenza della colpa); inoltre, l'emotività del momento e l'allarme sociale generato possono portare a stigmatizzare eccessivamente «contatti sociali» intrinsecamente rischiosi, ma non per questo estranei al «rischio consentito».

Resta comunque il problema, a metà strada fra l'etica e il diritto, del limite di punibilità dato dalla previa consapevolezza del proprio stato (fonte potenziale di incentivi perversi). Ma, d'altra parte, ci si chieda: che conseguenze avrebbe, sul piano delle relazioni sociali, l'adozione di un criterio di prudenza e diligenza così restrittivo da imporre obblighi di approfondimento (penalmente rilevanti a posteriori!) a fronte di presunti segnali d'allarme?

Per chiudere, ancorché suoni già detto e ripetuto, sarebbe auspicabile che i mezzi di informazione comprendessero e aiutassero a far capire che il funzionamento del diritto penale non si risolve nella deterrenza, men che meno nella deterrenza irrazionale (e dannosa sul piano delle strategie preventive) che fa appello alla pena draconiana o all'imputazione di responsabilità ad ogni costo.

Esiste la colpevolezza. I suoi limiti e confini interni, come visto, sono incerti, ma consentono comunque di non fare dello sconsiderato o dello stupido necessariamente un omicida da sbattere in galera per vent'anni (di questi tempi, poi...).

---

soluzioni, opta infine per qualificare la condotta della vittima come «autoesposizione al pericolo», idonea ad interrompere il nesso di imputazione; M. CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001 (2ª ed.), 210-213.

## Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell’emergenza da CoViD-19

Tullia Penna\*

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE BETWEEN SCIENCE AND LAW IN THE PUBLIC HEALTH EMERGENCY OF COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT: CoViD-19 pandemic is being managed with social distancing measures based on the precautionary principle. Thereby civil liberties have been severely limited and many questions have arisen on how to balance protection of public health and individual freedoms. In this framework the precautionary principle should be thought as a public policies’ compass for the future, by protecting the relation between science and society, especially through institutional communication.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; precautionary principle; pathogen spillover; science and law

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva – 2. L’emergenza sanitaria da CoViD-19: il ruolo del principio di precauzione – 3. Tutela della salute collettiva e protezione dei dati: le app di monitoraggio della salute fisica individuale e il “contact tracing” – 4. La declinazione del principio di precauzione tra zoonosi e inquinamento dell’aria – 5. Nota conclusiva.

### 1. Premessa introduttiva

L’emergenza sanitaria che attanaglia l’Italia dalla fine del mese di febbraio è senza dubbio priva di precedenti nella storia del nostro Paese a partire dal secondo dopoguerra. I provvedimenti adottati al fine di contenere e gestire l’epidemia da coronavirus SARS-CoV-2 ne sono una testimonianza evidente: i dpcm emanati tra marzo e aprile impongono infatti ai cittadini misure fortemente compressive della loro libertà<sup>1</sup>. A fondamento di simili scelte amministrative è stato posto il principio di precauzione, invocato prima, e applicato poi, dai Capi di Stato e di Governo di Francia, Spagna, Germania e, *dulcis in fundo*, Inghilterra. In breve tempo il medesimo principio è divenuto il criterio orientativo dei provvedimenti di contenimento della pandemia nella quasi totalità dei Paesi che ne sono stati coinvolti. Benché non esista una definizione universalmente accettata del principio di precauzione, a livello europeo si ritiene che esso «enables decision-makers to adopt precautionary measures when scientific evidence about an environmental or human health hazard is

\* Dottoressa di ricerca in Diritti e Istituzioni, Filosofia del diritto, Borsista di ricerca del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino. Mail: [tullia.penna@unito.it](mailto:tullia.penna@unito.it). Il presente lavoro è aggiornato al 22 aprile 2020

<sup>1</sup> Dpcm 9 marzo 2020, dpcm 11 marzo 2020, dpcm 22 marzo 2020, dpcm 1° aprile 2020, dpcm 10 aprile 2020.

uncertain and stakes are high»<sup>2</sup>. Sancito nel trattato di Maastricht nel 1992 e successivamente incluso all'articolo 191 § 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il principio è stato poi designato quale “*general principle of law*” dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>3</sup>. Declinato in direttive e regolamenti di settore, nonché in fonti di diritto internazionale, il principio di precauzione risulta tutt'oggi sprovvisto di un inquadramento specifico in relazione al tipo, nonché all'estensione, delle misure adottabili. Le istituzioni nazionali rimangono dunque dotate di un ampio potere discrezionale, grazie al quale declinare il principio a seconda del grado di incertezza scientifica, di gravità dei potenziali rischi e dei costi connessi all'azione o all'inazione. Un'interpretazione minimale del principio di precauzione non tollera l'adozione di misure fintanto che non sia fornita una prova scientifica connessa a un determinato pericolo; un'interpretazione massimale, invece, richiede l'emanazione di provvedimenti precauzionali finché non sia provata l'assenza di qualsivoglia pericolo<sup>4</sup>.

## 2. L'emergenza sanitaria da CoViD-19: il ruolo del principio di precauzione

Riflettere sulla diffusione di una pandemia nelle società occidentali contemporanee richiama alla mente in modo istantaneo il concetto di “società del rischio”, vale a dire di società che si trovano a confrontarsi con pericoli inediti per i singoli, le comunità e l'ambiente in cui si collocano<sup>5</sup>. Emerge quindi con nitidezza la funzione di gestione e regolazione del rischio posta a carico del governo di ogni società democratica. Una funzione che si relaziona direttamente da un lato con il livello di incertezza scientifica relativo a un certo fenomeno, dall'altro con la propensione al rischio che una determinata comunità tende a dimostrare<sup>6</sup>. Il principio di precauzione gioca in questo ambito un ruolo cruciale, la cui natura è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale che si focalizza sul binomio *rischio – emergenza*, di cui rilevano sia la potenziale connessione, sia le conseguenze sul piano dell'amministrazione<sup>7</sup>. In questo senso la comparsa dei primi focolai epidemici di CoViD-19 in Lombardia ha rappresentato un esempio lampante: da un'amministrazione del rischio, con conseguenti misure di contenimento localizzate, si è passati a un'amministrazione di emergenza, a fronte dell'insorgenza di ulteriori focolai dislocati in diverse aree del Paese.

A sostegno dell'ipotesi che l'emergenza sanitaria connessa al CoViD-19 costituisca un caso da manuale di applicazione del principio di precauzione, basti ragionare sul senso che si suole attribuire all'*incertezza* in ambito scientifico. Lungi dal dover essere considerata alla stregua di mera *ignoranza*, essa si presta piuttosto a una lettura che prenda in considerazione «different forms of lack of information in science: the complexity of knowledge, the lack of data, the unpredictability of results,

<sup>2</sup> D. BOURGUIGNON – European Parliamentary Research Service, *The precautionary principle. Definitions, applications and governance*, December 2015 - PE 573.876.

<sup>3</sup> CGUE 26 novembre 2002, *Artegodan v. Commission*, T-74/00.

<sup>4</sup> D. BOURGUIGNON, *op. cit.*

<sup>5</sup> U. BECK, *Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society*, New York, 2014.

<sup>6</sup> M. GRAZIADEI, *La regolazione del rischio e il principio di precauzione: Stati Uniti ed Europa a confronto*, in *Sistemi intelligenti*, 2, 2017, 499-512.

<sup>7</sup> A. NAPOLITANO, *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *De Iustitia*, 1, 2019, 64-82.

and the stochastic character of predictions»<sup>8</sup>. In altri termini la *precauzione* conosce come campo di azione quello caratterizzato da scenari complessi (nel caso del CoViD-19 si pensi all'interconnessione tra economia e salute a livello nazionale e globale), fattori di rischio sospetti (all'inizio dell'epidemia non vi era certezza in merito al parametro "R0", il "numero di riproduzione di base" che indica il numero medio di infezioni secondarie causate da ciascun individuo infetto in una popolazione che non ha mai contratto il patogeno) e circostanze imprevedibili (immunità al patogeno in seguito alla guarigione).

L'*incertezza* coincide dunque con la consapevolezza di come la conoscenza scientifica sia ipotetica o congetturale<sup>9</sup>. Pertanto le soluzioni che ne derivano possono non essere sempre «definitive e incontrovertibili», giungendo sul piano concettuale allo sgretolamento della «fede illuministica nella scienza fonte di verità assoluta [e] mettendo al contempo in crisi un caposaldo della cultura moderna»<sup>10</sup>. In questo senso una normativa che si fondi sul principio di precauzione si svincola da una concezione fideistica della scienza, assumendo una posizione critica che attribuisce all'incertezza, come mancanza di informazioni, un ruolo positivo<sup>11</sup>. Simili riflessioni appaiono proficue in un frangente nel quale l'essenziale relazione tra scienza e società è fragilizzata da posizioni politiche da una parte in aperto contrasto con il contributo scientifico al diritto, dall'altra dalla pretesa che la scienza si erga a fonte di verità assoluta, legittima solo nella misura in cui cristallizzata nel tempo. Le recenti esternazioni del ministro degli Affari regionali e delle Autonomie ne sono una testimonianza evidente: le "certezze inconfutabili" richieste alla comunità scientifica attorno ad alcune tematiche (potenziale immunità da coronavirus SARS-CoV-2, affidabilità del test sierologici) rendono manifesta l'incomprensione di fondo non solo del funzionamento del pensiero scientifico, ma prima ancora del suo ruolo nel rapporto con la società *in primis* e con il diritto *in secundis*.

Dato quindi un contesto complesso dalle determinanti scientifiche incerte, il principio di precauzione può assumere natura e dimensioni differenti. Per quel che concerne la sua natura, il principio affonda le sue radici nelle discipline filosofiche e sociologiche a cominciare dalle proposte di Hans Jonas<sup>12</sup>. Non si tratta di un principio morale, atto a discernere tra bene e male, bensì di un criterio orientativo dell'azione umana secondo consapevolezza (dell'incertezza dei rischi) e responsabilità (della gestione dei pericoli). In questo senso si presenta quindi come declinazione del principio di *non maleficenza*<sup>13</sup>. A corollario della consapevolezza e della responsabilità, o meglio a loro fondamento, Jonas ha posto l'elemento psicologico, più che quello cognitivo. Vale a dire che confrontato al pericolo, senza una struttura di certezze scientifiche, un meccanismo *prudenziale* (*genus* di quello precauzionale) appare un'adeguata risposta alla dimensione psicologica della *paura*, che tende a prevalere su quella cognitiva dell'*ignoranza*. Nel caso specifico del CoViD-19, la dimensione psicologica, specialmente collettiva, ha subito una serie di metamorfosi nel tempo, riscontratesi non solo in Italia, ma anche in tutti gli altri

<sup>8</sup> M. TALLACCHINI, *Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law*, in *Toxicology and Applied Pharmacology*, 207, 2005, 645-651.

<sup>9</sup> K. POPPER, *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza*, Bologna, 2000, 136.

<sup>10</sup> P. SAVONA, *Il governo del rischio*, Napoli, 2013, 1.

<sup>11</sup> M. TALLACCHINI, *op. cit.*

<sup>12</sup> H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990.

<sup>13</sup> P. COMBA, R. PASETTO, *Il principio di precauzione: evidenze scientifiche e processi decisionali*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, 28, 1, 2004, 41-45.

Paesi colpiti dall'epidemia. Da un iniziale momento di psicosi (con la corsa all'accaparramento di generi alimentari e di dispositivi di protezione individuale) si è passati a uno stato di temporanea normalità, fino a quando non sono intervenute le misure di distanziamento sociale sull'intero territorio nazionale. Un movimento ondivago da imputarsi anche all'impossibilità iniziale per gli esperti in materia, virologi e immunologi in prima linea, di assumere una posizione inequivoca rispetto al livello di virulenza dell'elemento patogeno. La natura del tutto sconosciuta del coronavirus SARS-CoV-2 ha messo infatti in luce ineluttabilmente il metodo congetturale della scienza, dalla quale non si può, né si deve, pretendere soluzioni incontrovertibili e immediate.

In questo senso è cruciale sottolineare ancora come il principio di precauzione applicato alle norme giuridiche riconosca un ruolo *positivo* all'ignoranza, vale a dire che rimarca lo statuto epistemologico dell'ignoranza nella scienza contemporanea, svincolando il diritto dalla sottomissione alla scienza e optando per azioni orientate a favore della sicurezza<sup>14</sup>. Il rapporto tra scienza e diritto, ma prima ancora tra scienza e istituzioni, produce una forma di scienza né pura, né applicata, bensì una "*policy-related science*"<sup>15</sup>, chiamata a inquadrare le problematiche in virtù delle loro possibili soluzioni attraverso politiche pubbliche. Ne deriva dunque che il principio di precauzione possa essere declinato secondo diverse intensità, a fronte di un'analisi dei costi-benefici relativi all'adozione di misure di contenimento più o meno drastiche. La Commissione europea, a tal riguardo, impone di verificare che tali misure siano proporzionali al livello di tutela che si intende garantire, coerenti con eventuali disposizioni già adottate, ma anche rivedibili in caso di acquisizione di dati scientifici inediti e comprovati<sup>16</sup>. A livello giurisprudenziale la Corte costituzionale italiana ha sovente evidenziato come il principio di precauzione debba essere un elemento vincolante per dirimere la relazione tra interessi confliggenti<sup>17</sup>. In tal senso il principio si porrebbe inoltre come "principio di azione" successivo alla maturazione di una volontà politica, rispetto alla quale il sindacato dei giudici risulterebbe limitato<sup>18</sup>.

### 3. Tutela della salute collettiva e protezione dei dati: le app di monitoraggio della salute fisica individuale e il "*contact tracing*"

Rispetto alla pandemia da CoViD-19 e al ricorso al principio di precauzione, rimane da interrogarsi su quale grado di compressione delle libertà individuali uno Stato democratico, e conseguentemente una società, siano disposti a tollerare. Un riferimento inevitabile corre al concetto di biopolitica enucleato da Foucault: trattasi del terreno su cui operano le pratiche che permettono a una rete di poteri di gestire le discipline del corpo e le regolazioni delle popolazioni. Tale concetto si è arricchito negli ultimi anni del profilo relativo alla cessione, alla condivisione nonché all'acquisizione di dati personali in un rapporto non sempre paritetico tra soggetti e potere politico o potere economico. Basti pensare alla decisione della Regione Lombardia di ricorrere all'analisi, per quanto quantitativa e anonima, dei *big data* relativi allo spostamento sul territorio delle utenze telefoniche mobili. Oppure, in senso

<sup>14</sup> M. TALLACCHINI, *op. cit.*

<sup>15</sup> I. SHEPHERD (ed.), *Science and Governance in the European Union. A Contribution to the Debate*, March 9<sup>th</sup>, 2000, 2000 EUR 19554 EN.

<sup>16</sup> D. BOURGUIGNON, *op. cit.*

<sup>17</sup> *Ex multiis*, Corte cost., 3 nov. 2005, n. 406.

<sup>18</sup> A. NAPOLITANO, *op. cit.*

decisamente più estremo, al sistema di controllo sociale operato in Cina a mezzo dell’estensione dell’impiego di un software in grado di attribuire un codice colorato a ciascun cittadino in relazione al suo stato di salute (*The Alipay Health Code*). Codice basato sulla trasmissione di dati personali, ricevuti anche dalle forze dell’ordine, e in funzione del quale è prevista l’applicazione di una quarantena obbligatoria per coloro che ricevano un codice rosso.

Il sistema di c.d. *contact tracing*, il monitoraggio delle condizioni di salute fisica individuale, nonché dei comportamenti quotidiani, sono al centro di scelte politiche la cui effettiva realizzazione è, o quanto meno viene proposta come, accelerata dalla necessità di ripristinare il godimento delle libertà primarie dei cittadini. Così, se da un lato la Regione Lombardia ha già posto in funzione un’applicazione (AllertaLOM) attraverso cui gli utenti possono compilare un questionario *anonimizzato* (e non anonimo) riguardo alle proprie condizioni di salute fisica<sup>19</sup>, dall’altro il commissario straordinario per l’emergenza da CoViD-19 ha disposto la stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d’uso sul software di *contact tracing* e di appalto di servizio gratuito con la società realizzatrice dell’applicazione *Immuni*<sup>20</sup>. Occorrerà interrogarsi approfonditamente sull’impiego di simili strumenti, in modo precipuo qualora esso non risulti del tutto volontario, perché richiesto, tra gli altri, da datori di lavoro, uffici di relazione con il pubblico o istituti di istruzione. Il bilanciamento dei diritti in gioco con il capillare impiego di applicazioni di controllo sociale dovrà essere oggetto di una profonda analisi, non solo per quanto concerne il potenziale rischio di *data breach*. In tal senso lo spettro di azione del principio di precauzione sarà tanto più ampio quanto più si riterrà prevalente la tutela della salute collettiva rispetto alla protezione dei dati.

#### 4. La declinazione del principio di precauzione tra zoonosi e inquinamento dell’aria

Una proposta teorica e operativa volta non solo alla gestione dell’emergenza sanitaria scaturita dal CoViD-19, ma soprattutto a scenari futuri di catastrofi naturali o sanitarie, potrebbe essere legata al recupero del principio di precauzione nella sua formulazione originaria. Il *Vorsorgeprinzip* affonda infatti le sue radici giuridiche nella legislazione tedesca degli anni ’70 in materia di inquinamento ambientale e, nello specifico, di degradamento della qualità dell’aria connessa alla deforestazione. Occorrerebbe pertanto mettere in risalto il profilo della responsabilità umana rispetto all’intervento sull’ambiente, come proposta da Jonas, e quindi valutare il «superamento della soglia tra le trasformazioni umane e la capacità della natura di assimilarle»<sup>21</sup>. Specialmente tenendo conto di come le conoscenze umane siano per definizione circoscritte a un determinato momento storico, caratterizzato, per ciò che pertiene all’odierno, da un elevato livello di complessità e interconnessione globale. Una società del rischio, come si è visto, in cui le conoscenze inaspettate e non desiderate assurgono a una posizione dominante rispetto alle intenzioni umane di intervento sull’ambiente.

Principio di precauzione declinato tanto come principio di responsabilità, quanto come principio di *previsione*, volto a enfatizzare un approccio proattivo e anticipatore in grado di dar luogo ad azioni

<sup>19</sup> AllertaLOM, <http://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioRedazionale/servizi-e-informazioni/cittadini/salute-e-prevenzione/coronavirus/app-coronavirus>, 21 aprile 2020.

<sup>20</sup> Ordinanza n. 10/2020.

<sup>21</sup> S. BARTOLOMMEI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Lecce, 2006, 11.

positive di pianificazione<sup>22</sup>. Perché se da un lato la conoscenza umana è per definizione limitata, dall'altro non si può sottovalutare l'esistenza di tecniche di calcolo del rischio e di elaborazione dei dati sempre più sofisticate. Si pensi per esempio al progetto di ricerca, finanziato dalla Commissione europea, *Exscalate4CoV*. Trattasi di un progetto volto allo screening virtuale, a mezzo di tecnologie di supercalcolo e di *urgent computing*, di una vasta gamma di molecole al fine di verificare la capacità delle stesse di contrastare il coronavirus SARS-CoV-2 e di migliorare conseguentemente il decorso della malattia.

Il recupero del principio di precauzione, come forma di attenzione precipua dell'azione umana sull'ambiente, appare sensato anche in relazione allo specifico caso del CoViD-19. *In primis*, per l'ipotesi, suffragata da diversi esperti, del fenomeno del c.d. *pathogen spillover*: la maggior parte dei coronavirus individuati negli ultimi anni (Sars1, Sars2) avrebbe infatti tratto origine da alcune specie di animali selvatici per poi operare un "salto" verso l'essere umano<sup>23</sup>. Tale "salto" può verificarsi con un passaggio dagli animali all'uomo (zoonosi), dall'uomo agli animali (zoonosi inversa) o addirittura da veicoli ambientali inanimati agli esseri vertebrati (saprozoonosi). L'evento di passaggio da una specie all'altra può essere frequente (come nel caso della malattia di Lyme, in cui ogni caso nell'uomo è derivato da un trasferimento diretto dell'agente patogeno) o raro (come nel caso del virus dell'HIV, emerso a seguito della mutazione e dello *spillover* del virus dell'immunodeficienza delle scimmie - SIV)<sup>24</sup>. Non solo l'HIV, ma anche i virus Hendra, Ebola e dell'influenza aviaria sono stati ricondotti a un fenomeno di *spillover*, le cui origini profonde vanno ricercate nell'intervento dell'uomo sull'ambiente nella forma della deforestazione, della frammentazione degli habitat, nonché di cambiamento climatico. Simili mutamenti possono notevolmente accrescere le opportunità di trasferimento verso l'uomo di alcuni agenti patogeni che diversamente circolerebbero solo negli ambienti selvatici<sup>25</sup>.

La nozione di "zoonosi", vale a dire di passaggio dell'agente patogeno dall'animale all'uomo, è oggi impiegata dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) per descrivere il 75% delle patologie infettive di recente scoperta, derivanti dalla relazione di interdipendenza tra uomo, animali e ambiente. Interdipendenza e interazione non avvedute né in un'ottica ecologista, né in una di salute pubblica. Tuttavia, se è vero che il nesso causale alla base della zoonosi appare ormai conclamato, è anche indiscutibile che un'efficace soluzione di contrasto alla circolazione dell'infezione ormai trasmessa non sia attualmente conosciuto. Una volta avvenuto lo *spillover*, infatti, a dover essere contrastata è un'emergenza sanitaria che prescinde dalle sue radici più profonde. Il principio di precauzione, nella sua veste originaria, si presenta quindi essenziale per la prevenzione di futuri eventi catastrofici sul piano della salute pubblica: una riflessione sull'interazione cauta e auto-responsabile

<sup>22</sup> P. COMBA, R. PASETTO, *op. cit.*; D. KRIEBEL, J. TICKNER, *Reenergizing public health through precaution*, in *American Journal of Public Health*, 91, 9, 2001, 1351-1361.

<sup>23</sup> J. CUI ET AL., *Origin and evolution of pathogenic coronaviruses*, in *Nature Reviews Microbiology*, 17, 3, 2019, 181-192; S.H. SOKOLOW ET AL., *Ecological interventions to prevent and manage zoonotic pathogen spillover*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 374, 2019, 1-10.

<sup>24</sup> P.M. SHARP, B.H. HAHN, *The evolution of HIV-1 and the origin of AIDS*, in Sokolow et al., *Ecological interventions to prevent and manage zoonotic pathogen spillover*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2010, 2487 – 2494.

<sup>25</sup> B. BORREMANS ET AL., *Cross-species pathogen spillover across ecosystem boundaries: mechanisms and theory*, in Sokolow et al., *Ecological interventions to prevent and manage zoonotic pathogen spillover*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2019, 1-9.

degli individui con l’ambiente in cui sono collocati, come singoli e come comunità, appare dunque imprescindibile.

A ciò occorre aggiungere l’ipotesi formulata dalla Società Italiana di Medicina Ambientale (SIMA) rispetto alle differenti velocità di contagio constatate sul territorio italiano. Le condizioni di inquinamento dell’aria da particolato atmosferico avrebbero infatti agito sia come vettore di trasporto (*carrier*), sia come impulso alla diffusione virulenta dell’epidemia (*boost*) per il coronavirus<sup>26</sup>. Ciò sarebbe particolarmente vero per quanto concerne alcune Province del Nord Italia, nel periodo compreso tra il 10 e il 29 febbraio scorsi, quando elevate concentrazioni di PM<sub>10</sub> avrebbero favorito la diffusione del coronavirus SARS-CoV-2. Nondimeno, è ormai noto come il particolato atmosferico funga da vettore di trasporto (*carrier*) per agenti chimici e biologici, tra i quali spiccano alcuni virus, che attraverso un procedimento di coagulazione sono in grado di rimanere nell’atmosfera anche per giorni e diffondersi su lunghe distanze. Lo studio della SIMA conferma come le curve di diffusione dell’infezione nelle diverse Regioni italiane siano compatibili con una trasmissione da individuo a individuo nel Sud Italia, mentre mostrino delle accelerazioni anomale nella Pianura Padana, dove le condizioni di inquinamento sono state riscontrate<sup>27</sup>. Tale analisi costituisce quindi un’ulteriore conferma di come il principio di precauzione dovrebbe essere integrato alla base di politiche pubbliche di prevenzione nel territorio a noi più prossimo. Ciò anche al fine di poter ricorrere a un’interpretazione minimale del principio in fase di prevenzione o, in altri termini, al fine di evitare l’adozione di misure estremamente coercitive delle libertà individuali in una fase di emergenza sanitaria già in atto.

## 5. Nota conclusiva

In conclusione, al netto degli sviluppi dell’odierna pandemia da CoViD-19, apparirebbe proficuo ripensare il ruolo da offrire al principio di precauzione nel futuro più e meno immediato. In tale ottica sembrerebbe urgente il recupero del principio nella sua veste originaria, in una consapevolezza profonda dell’interdipendenza esistente tra uomo, altre specie animali e ambiente in senso lato. Occorrerebbe pertanto acquisire un approccio di mitigazione *preventiva* dei danni, fondato sul principio di (auto)responsabilità umana e in grado di servirsi delle odierne tecnologie di calcolo del rischio. Un’autentica “etica del futuro”<sup>28</sup> che sostenga quindi le società del rischio in una visione quanto più possibile preventiva, che tenga conto della natura di Giano bifronte dei rischi, al contempo reali (inquinamento atmosferico, deforestazione) e irreali, in quanto futuribili e per i quali ogni forma di intervento successivo risulterebbe vano<sup>29</sup>. In una prospettiva più imminente occorrerà invece interrogarsi sull’estensione con cui si intenderà applicare il principio di precauzione come criterio legittimante delle future scelte normative, specialmente per quanto concerne la protezione dei dati personali e l’impiego di tecnologie di monitoraggio della collettività. Riflessioni che non dovrebbero fondarsi sulla pretesa di ottenere dalla comunità scientifica delle “certezze inconfutabili”. Il livello di

<sup>26</sup> Società Italiana di Medicina Ambientale, *Relazione circa l’effetto dell’inquinamento da particolato atmosferico e la diffusione di virus nella popolazione - Position paper*, (marzo 2020).

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> H. JONAS, *op. cit.*

<sup>29</sup> U. BECK, *op. cit.*

conoscenza relativo al coronavirus SARS-CoV-2 andrà, con ogni probabilità, aumentando con il tempo a fronte del sempre maggiore numero di casi studiati, ma è quanto mai arduo ritenere che nel breve periodo ciò conduca ad acquisire una completa cognizione del virus e della derivante patologia. Il principio di precauzione appare pertanto un prezioso strumento di indirizzo politico e normativo, purché a essere tutelata sia una genuina relazione in primo luogo tra scienza e società (specialmente attraverso la comunicazione istituzionale) e, conseguentemente, tra scienza e diritto. Si tratta in ultima analisi di eludere i capziosi tentativi di ridurre la fiducia nella comunità scientifica a un vuoto fideismo, di attribuire valore all'auto-responsabilità dei cittadini e, infine, di rendere l'attività normativa, e prima ancora politica, scevra da qualsivoglia forma di silente paternalismo.

## Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa

Simone Franca\*

SOME HINTS ABOUT THE PRECAUTIONARY EXERCISE OF COMMUNICATION

ABSTRACT: The essay deals with the use of the precautionary principle as a criterion for directing the communication of the risks that the same principle is intended to address. After briefly summarizing the current scope of institutional communication on the one hand and of the precautionary principle on the other, we will focus on the application of the typical analysis of the precautionary principle to try to identify how the public decision-maker can direct his or her communication activity. The whole analysis aims at sketching out a legal framework based on the precautionary principle to properly exert risk communication.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; Risk communication; Precautionary principle; Risk management

SOMMARIO: 1. Il problematico intreccio tra comunicazione e precauzione – 2. Dalla comunicazione come funzione ai nuovi mezzi di comunicazione – 3. Il principio di precauzione: tratti fondamentali – 4. Per un approccio precauzionale al problema della comunicazione – 5. Conclusioni.

### 1. Il problematico intreccio tra comunicazione e precauzione

**N**el corso degli ultimi mesi, la progressiva diffusione del virus CoViD-19 ha destato grande preoccupazione all'interno dell'opinione pubblica e ha richiesto alle istituzioni nazionali e sovranazionali una pronta ed efficace risposta per il contenimento del rischio pandemico e per la gestione dell'emergenza.

Al fine di fronteggiare simili rischi epidemici, spetta sicuramente agli organi pubblici (in particolare, a quelli esecutivi) afferenti ai vari livelli istituzionali adottare le misure normative e amministrative ritenute più adeguate. A ben vedere, però, ai medesimi organi compete altresì la gestione in modo particolarmente attento della funzione di comunicazione istituzionale. Anche la comunicazione, infatti, ha un rilievo non trascurabile rispetto all'efficacia delle misure (amministrative e normative) concretamente poste in essere. Si pensi anche solo al fatto che la qualificazione di una patologia come pandemia, oltre a innescare meccanismi di panico, può causare costi sul piano economico e umano, nonché porre a rischio la fiducia nei confronti dell'autorità<sup>1</sup>.

\* Dottore in studi giuridici comparati ed europei, Università degli studi di Trento. Mail: [simone.franca@unitn.it](mailto:simone.franca@unitn.it). Il presente lavoro è aggiornato al 26 aprile 2020.

<sup>1</sup> P. VILLARREAL, *Is the spread of Coronavirus already a pandemic? Unpacking a (legal) definition*, in [www.voelkerrechtsblog.org](http://www.voelkerrechtsblog.org), 2020 (ultima consultazione 26/04/2020).

La funzione comunicativa diviene di più difficile esercizio nella misura in cui si tratta di gestire un rischio la cui portata non è ancora nota, che richiede, dunque, l'adozione di misure conformi al principio di precauzione; un'errata comunicazione, infatti, può costituire un fattore di accrescimento del rischio. Muovendo da queste considerazioni, il presente contributo intende esplorare le potenzialità del principio di precauzione rispetto alla corretta gestione degli strumenti di comunicazione istituzionale.

## 2. Dalla comunicazione come funzione ai nuovi mezzi di comunicazione

A lungo ci si è interrogati sul rapporto tra esercizio del potere e comunicazione. Da un lato, si è posto in luce come il potere (inteso quale concetto sociologico) costituisca una forma di comunicazione<sup>2</sup>; dall'altro lato, per quanto più interessa ai nostri fini, si è compreso che la comunicazione pubblica è pur sempre esercizio di una funzione e, dunque, si è giunti all'assimilazione della comunicazione ad una funzione amministrativa propriamente intesa<sup>3</sup>.

Muovendo da tale ultimo assunto, occorre soffermarsi sulla struttura di tale funzione e sulle forme che essa può assumere.

Costituisce una constatazione piuttosto scontata quella secondo cui il processo di profonda riforma dell'amministrazione pubblica ha significativamente inciso anche sul tenore della comunicazione istituzionale. Il mutato assetto del rapporto tra amministrazione e cittadini in senso multipolare<sup>4</sup> ha infatti comportato un necessario riadattamento nel modo di relazionarsi con il pubblico.

In questo modo, la comunicazione pubblica, emersa come funzione nell'ambito del modello dello Stato sociale<sup>5</sup>, si struttura progressivamente secondo il paradigma interattivo e intersoggettivo delle più moderne teorie comunicative<sup>6</sup>.

Ciò è tanto più vero se si pensa alla progressiva estensione dei mezzi adoperati dall'amministrazione per i suoi scopi comunicativi. All'apertura nei confronti dei *media* che già era riguardata con particolare prudenza nella riflessione dottrinale<sup>7</sup> ha fatto ben presto seguito un uso sempre più pervasivo dei *social media*. Rispetto ai *media* più classici, questi ultimi hanno anche il vantaggio di consentire una bidirezionalità nella comunicazione<sup>8</sup>, tramite la possibilità per il destinatario della comunicazione di inviare *feedback* al comunicatore e la facoltà di quest'ultimo di poter reagire prontamente a simili *feedback*.

<sup>2</sup> N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Milano, 2010, 9 ss.

<sup>3</sup> G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in Id. (a cura di) *La funzione pubblica di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2001, 29 ss.; G. AZZARITI, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, *ivi*, 15 ss.

<sup>4</sup> S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002 74 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 10 ss.

<sup>5</sup> P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, 57 ss.; S. MICONI, *Comunicazione e pubblicità istituzionale: classificazioni e regolamentazione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica.*, 2016, 901-902.

<sup>6</sup> Per tutti, J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 2017.

<sup>7</sup> F. ALBANESE, *Pubblica amministrazione e media*, in G. ARENA (a cura di), *op. cit.*, 240 ss.

<sup>8</sup> M. ALOVISIO, C. BORCIU, *I social media e le nuove opportunità per una pubblica amministrazione al servizio del cittadino: lo strumento delle social media policy*, in *Informatica e diritto*, 2017, 295-296.

La progressiva estensione delle forme di espressione della comunicazione pubblica pone perciò l'amministrazione dinanzi al problema di scegliere quale dei mezzi a propria disposizione si mostri più adatto e più efficace per adempiere all'esigenza comunicativa.

Al fine di agevolare la scelta, l'amministrazione pubblica può certamente ricorrere ai principi che governano l'azione amministrativa e che sono scolpiti all'art. 1 della l. 241/90: in questa misura, i principi – applicabili alla comunicazione pubblica in ragione la sua natura di funzione amministrativa – fungono da criteri orientativi alla soluzione del problema giuridico<sup>9</sup> della scelta.

In particolare, nei casi in cui l'amministrazione si pone nella prospettiva di fronteggiare un rischio non ancora determinabile nella sua portata, il riferimento appare necessario al principio di precauzione, il quale, in virtù del suo raccordo col principio di buona amministrazione<sup>10</sup>, assicura la conformità della decisione (nella specie, comunicativa) all'interesse pubblico.

### 3. Il principio di precauzione: tratti fondamentali

Il principio di precauzione rappresenta un'acquisizione piuttosto recente nel patrimonio di principi dell'attività amministrativa. Come noto, la sua origine si rinviene essenzialmente nei diritti tedesco e svedese e, attraverso l'integrazione europea, esso penetra all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Occorre anzitutto rilevare come il principio di precauzione integri una fattispecie suddivisa in tre elementi costitutivi<sup>11</sup>: a) la probabilità che si verifichi un danno grave o comunque irreversibile; b) un certo grado di incertezza scientifica riguardo al verificarsi del danno; c) la possibilità di adottare misure protettive da parte dello Stato.

Nell'ordinamento dell'Unione Europea<sup>12</sup>, già a far data dal caso *Pfizer*<sup>13</sup>, è stato rilevato come il principio di precauzione implichi lo svolgimento di un *risk assessment* e di un *risk management*, ovvero di una fase inerente alla valutazione dell'entità del rischio e di una relativa alla sua gestione, secondo parametri di scientificità, ragionevolezza e proporzionalità<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> G. FALCON, *Il diritto amministrativo e i principi*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 195.

<sup>10</sup> G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, 167.

<sup>11</sup> B. SÁNCHEZ BARROSO, *El principio de precaución y su posible contribución para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible de la agenda 2030*, in Y. AGUILA ET AL. (a cura di), *Principios de Derecho ambiental y Agenda 2030*, Valencia, 2019, 126. V. pure C.R. SUNSTEIN, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005, 119-120, ove vengono messi in luce quattro profili, ossia i) il livello di incertezza che innesca la risposta regolativa; ii) la misura del sacrificio anticipato che giustifica tale risposta; iii) gli strumenti da scegliere quando si applica il principio; iv) il margine di sicurezza applicabile in caso di dubbio.

<sup>12</sup> Il riferimento al diritto dell'Unione Europea si rivela particolarmente rilevante, giacché il principio di precauzione penetra nell'ordinamento italiano grazie al rinvio contenuto nell'art. 1 della l. 241/1990 ai principi dell'ordinamento eurounitario.

<sup>13</sup> Trib. I grado, sez. III, 11 settembre 2002, n. T-13/99 *Pfizer Animal Health SA*.

<sup>14</sup> B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 200 ss.

Nell'ambito del *risk assessment*, la valutazione del decisore pubblico si struttura come una valutazione dal tenore eminentemente tecnico-scientifico<sup>15</sup> che, come illustrato pure dalla Commissione europea, consiste nell'identificazione e nella caratterizzazione del pericolo, nonché nella valutazione dell'esposizione e nella caratterizzazione del rischio<sup>16</sup>.

Quanto al *risk management*, tale attività apre invece un ampio spazio di discrezionalità amministrativa<sup>17</sup> nella selezione della misura più idonea a gestire il rischio che si vuole contenere, seppure nel perimetro dettato da principi generali quali quelli di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità.

Proprio in relazione a quest'ultimo, *i.e.* al principio di proporzionalità, è difficile riconoscere che esso consenta uno spazio di autonomia, non esente da sovrapposizioni, al principio di precauzione, proprio perché la valutazione relativa alla gestione del rischio inevitabilmente si traduce nella ricerca della misura proporzionata a fronteggiare il rischio ipotetico: in questa misura, dunque, la valutazione "precauzionale" si salda fortemente alla valutazione di proporzionalità<sup>18</sup>.

Con riferimento all'ambito applicativo del principio in esame, la dottrina ha già da tempo posto in luce come tale principio, inizialmente applicabile rispetto alla gestione delle forme di rischio in materia di salute e ambiente abbia assunto una portata più ampia, quale principio generale del diritto<sup>19</sup>. Esso, inoltre, trova applicazione non propriamente con riferimento a situazioni emergenziali, ma piuttosto

<sup>15</sup> Non va sottovalutato il rischio che la ragione "tecnica" serva a coprire scelte meramente discrezionali, data da un'opaca commistione tra valutazione tecnica e discrezionalità amministrativa. L'attenzione a questo problema si registra nella giurisprudenza europea in relazione al profilo del *risk assessment*, come rilevato in B. MARCHETTI, *op. cit.*, 200. In tema di commistione fra profili di valutazione scientifica e discrezionalità amministrativa nell'applicazione del principio di precauzione cfr. pure S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA. VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 130 ss.

<sup>16</sup> Si fa riferimento alla Comunicazione della Commissione della Comunità europea, riguardante il "Principio di precauzione" del 2 febbraio 2000 (Com/2000/01). In tema, v. R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 55.

<sup>17</sup> Così G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1100-1101, il quale pone anche in luce come l'insussistenza di certezze scientifiche che costituisce condizione di applicabilità del principio di precauzione contribuisca pure a conferire trasparenza al processo decisionale, nella misura in cui impone l'esplicitazione delle diverse teorie scientifiche (incerte) da considerare.

<sup>18</sup> Il coordinamento fra il principio di precauzione e quello di proporzionalità è stato a più riprese rimarcato nella giurisprudenza comunitaria. Per la giurisprudenza più risalente si veda l'analisi contenuta in V. Rubino, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE fra "precauzione" e "proporzionalità": note a margine della sentenza f.lli Bellio*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 507 ss. L'intreccio fra proporzionalità è poi ben visibile nei casi Corte Giust., sez. IV, 8 luglio 2010, causa C-343/09, *Afton Chemical Limited/Secretary of State for Transport* e Corte Giust., sez. IV, 21 luglio 2011, causa C-15/10, *Etimine SA/Secretary of State for Work and Pensions* come peraltro rilevato in F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, 372-373. Cfr. anche F. DE LEONARDIS, *Principio di precauzione e amministrazione di rischio*, Milano, 2005, 51, ove si rileva che originariamente nella giurisprudenza europea il principio di precauzione veniva ritenuto una estrinsecazione del principio di proporzionalità.

<sup>19</sup> M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2006, 11; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 416; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012, 76.

in situazioni in cui il rischio non ha ancora assunto la “dimensione” di un’emergenza<sup>20</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che la mera possibilità di un rischio determini la necessità di adottare misure precauzionali: come è stato correttamente osservato, superando la contrapposizione fra l’accezione minimalista o massimalista del principio di precauzione<sup>21</sup>, la sua applicazione presuppone la sussistenza di un certo grado di probabilità che il rischio si verifichi<sup>22</sup>.

Tutto ciò considerato, nell’ambito di una situazione in cui vi sia un rischio particolarmente grave per la salute della comunità, il principio di precauzione impone l’attenta considerazione anche dell’aspetto comunicativo. Tale dato non è stato solamente posto in luce da parte della letteratura giuridica<sup>23</sup>, ma è stato anche rilevato da parte della Commissione, con riferimento all’attuazione del principio di precauzione nell’ordinamento comunitario<sup>24</sup>. Pare pertanto plausibile ritenere che il principio di precauzione, in ragione della sua portata generale e della capacità di essere evocato in presenza di un rischio di probabile verificazione, possa essere impiegato quale criterio anche per incentivare e calibrare l’azione comunicativa del decisore pubblico relativamente alla individuazione e alla gestione di altri rischi quali quelli sanitari o ambientali.

#### 4. Per un approccio precauzionale al problema della comunicazione

Qualora l’approccio precauzionale fosse esteso alla comunicazione istituzionale, si potrebbe ritenere che l’insorgere di un rischio – che concerna, ad esempio, la salute o l’ambiente – faccia sorgere un rischio ulteriore, parallelo e aggiuntivo, derivante dal grado di efficacia della comunicazione pubblica<sup>25</sup>. Si pensi al caso in cui l’intenzione di adottare una misura limitativa della libertà personale trapeli prima

<sup>20</sup> R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2018, 69 ss. Per una distinzione tra la logica di anticipazione della tutela propria del principio di precauzione e la logica dell’emergenza cfr. M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell’ambiente*, in *Jus*, 2016, 64. Può essere anche utile richiamare la distinzione fra prevenzione e precauzione: la prima si riferisce a rischi verificatisi, mentre la seconda a rischi solo potenziali (in tema cfr. F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e «qualità» dell’azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 1676).

<sup>21</sup> F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 419-424.

<sup>22</sup> S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell’amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, alla cui analisi si rinvia per una ponderata distinzione fra pericolo-possibilità e rischio-probabilità.

<sup>23</sup> Cfr. in part. M. BIOCCA, *Risk communication and the precautionary principle*, in *International journal of Occupational Medicine and Environmental Health*, 2004, 197 ss.; B.D. GOLDSTEIN, *Advances in Risk Assessment and Communication*, in *Annual Review of Public Health*, 2005, 141 ss.; R.E. LOFSTEDT, *Risk Communication and Management in the Twenty-First Century*, in *International Public Management Journal*, 2004, 335 ss.; S. MAGUIRE, J. ELLIS, *The Precautionary Principle and Risk Communication*, in R.L. HEALTH, H.D. O’HAIR (a cura di), *Handbook of Risk and Crisis Communication*, New York, 2009, 131.

<sup>24</sup> Cfr. la già citata Comunicazione Com/2000/01, ove si rileva che la comunicazione costituisce un elemento della strategia strutturata di analisi dei rischi.

<sup>25</sup> Conviene porre in luce un profilo critico. Il rischio che “innesca” l’applicazione del principio di precauzione deriva dalla sussistenza di una incertezza di tipo scientifico (intesa come una incertezza all’interno della comunità scientifica). È però evidente che anche la scienza della comunicazione presenta margini di incertezza scientifica, specie se si considera come l’incertezza propria del rischio (sanitario o ambientale) che si intende comunicare non può che riflettersi sulla portata della comunicazione del rischio (S. MAGUIRE, J. ELLIS, *op. cit.*, 132).

della sua entrata in vigore. Qui è evidente che una comunicazione eccessivamente anticipata rispetto all'entrata in vigore della misura non solo può rendere concretamente inefficace la misura stessa, ma può pure generare una reazione ancora più pericolosa, che innesca un accrescimento dei rischi che la misura limitativa voleva evitare.

È dunque evidente come il rischio alla salute o il rischio all'ambiente sia fortemente connesso alla comunicazione che rappresenta, a ben vedere, un fattore di possibile incremento del rischio. In questa prospettiva, si dovrebbero isolare un primo rischio, sanitario o ambientale o di altro genere (rischio I), e un secondo rischio, legato ai possibili effetti della comunicazione (rischio II). Così, l'analisi bipartita che il principio di precauzione impone, ossia l'analisi suddivisa tra un *risk assessment* e un *risk management*, può essere utilmente replicata per vagliare le misure di comunicazione istituzionale, in modo che l'amministrazione possa chiedersi anzitutto quali sono i rischi che l'attività comunicativa può suscitare e quali misure comunicative potrebbero controllarne l'insorgenza.

Quanto alla fase del *risk assessment*, la ponderazione dell'amministrazione, di natura tecnica, dovrebbe tenere in considerazione sia il rischio conseguente alla mancata informazione (ad esempio, il mancato cambiamento di abitudini in grado di incidere sulla riduzione del rischio I), sia conseguente ad un'informazione troppo approfondita, che possa generare situazioni di panico (ad esempio, informazioni dal tenore troppo allarmante).

Quanto al *risk management*, invece, come già rilevato, esso involge un certo margine di discrezionalità da parte del decisore pubblico in relazione alle modalità di gestione del rischio. Nell'ambito comunicativo, ciò solleva molti interrogativi di non facile soluzione. Anzitutto, quanto all'*an* della comunicazione, si pone la necessità di contemperare i valori che sono messi in pericolo dal rischio I (come la salute e l'ambiente) con il diritto all'informazione dei cittadini. In una prospettiva più ampia, occorre poi tener conto del fatto che ciascuna misura precauzionale (anche quella comunicativa) può comportare, da un lato, dei costi economici e, dall'altro lato, il prevalere dell'esigenza di ridurre un rischio a scapito di altri, in caso di rischi multipli<sup>26</sup>, oltreché determinare un'erosione dei principi di certezza e prevedibilità del diritto<sup>27</sup>.

Quanto al *quomodo*, occorre tener conto delle nuove modalità tecnologiche attraverso cui si estrinseca la comunicazione pubblica, in particolare, rispetto al rilievo che i *social media* assumono nella recente comunicazione pubblica. In considerazione dell'interconnessione dell'odierna società, può ritenersi che l'uso dei *social media* possa favorire la tempestività della comunicazione, oltreché la facile reperibilità della fonte della medesima. Al tempo stesso, tale mezzo potrebbe rivelarsi non sempre idoneo ad adempiere al dovere comunicativo, specialmente laddove sia necessario svolgere una comunicazione di tenore più approfondito. Inevitabilmente, dunque, l'approccio precauzionale implica di tenere conto anche della finalità della comunicazione per la scelta del singolo mezzo comunicativo ritenuto più adeguato<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> J.B. WIENER, *Precautionary principle*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (a cura di), *Principles of environmental law*, Cheltenham, 2018, 180.

<sup>27</sup> M. ALLENA, *La giuridificazione del principio di precauzione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, 57.

<sup>28</sup> Il punto è peraltro evidenziato in S. MAGUIRE, J. ELLIS, *op. cit.*, 132. Si pensi al caso in cui si voglia istituire un dialogo fra l'amministrazione e i diversi *stakeholders*: non tutte le misure comunicative possono ritenersi equivalenti fra loro, ma solo quelle che consentono di sviluppare una comunicazione bidirezionale.

## 5. Conclusioni

In base a quanto sinora scritto, il principio di precauzione può innescare un buon percorso razionale per il decisore pubblico che intenda svolgere in modo proficuo la propria attività comunicativa. Attraverso l'attenta analisi del rischio direttamente riconducibile alla comunicazione pubblica e, di seguito, delle diverse possibilità di gestione di tale rischio tramite la misura comunicativa ritenuta più adeguata, è possibile, nei termini sopra illustrati, riuscire a escludere che la comunicazione possa fungere da strumento di amplificazione del rischio (sanitario o ambientale) e che, al contrario, possa agire come fattore di riduzione di tale ultimo rischio. Occorre però evitare di incorrere in un equivoco. L'impostazione sin qui seguita non auspica un'applicazione del principio di precauzione che azzeri il livello di rischio. Una simile impostazione si rivelerebbe senz'altro utopistica<sup>29</sup> e trascurerebbe il fatto che il principio di precauzione si muove tra due valori, flessibilità e sicurezza, consentendo l'adozione di determinate scelte, ma imponendo anche un obbligo di continuo miglioramento della conoscenza del rischio<sup>30</sup>. Oltretutto, la prospettiva di azzeramento del rischio appare tradire il supporto ad una visione massimalista del principio di precauzione che è stata oggetto di critiche in sede dottrinale<sup>31</sup>.

Ciò detto, si vuole però porre in luce, sulla scorta della generale valenza del principio di precauzione, come esso, adempiendo al suo ruolo di strumento di manutenzione e sviluppo dell'infrastruttura giuridica<sup>32</sup> e saldandosi al principio di proporzionalità<sup>33</sup>, possa rappresentare un criterio guida fondamentale rispetto alla complicata scelta della corretta forma di comunicazione pubblica.

E ciò, lo si ribadisce, lasciando un significativo margine di discrezionalità al decisore pubblico, dato che il principio di precauzione, benché orienti il decisore sul quando e sul come intervenire, non consente di determinare la specifica misura da adottare in concreto<sup>34</sup>.

Ad ogni modo, l'indeterminatezza che contraddistingue a monte il principio di precauzione potrà essere compensata, a valle, tramite lo svolgimento del sindacato giurisdizionale sulla valutazione relativa all'individuazione e alla gestione del rischio da parte dall'amministrazione<sup>35</sup>.

In conclusione, è perciò evidente che il principio di precauzione non elide il necessario atto di responsabilità<sup>36</sup> in capo al decisore pubblico nella selezione della corretta modalità comunicativa, ma consente pure di orientare siffatta scelta e di fungere da parametro rispetto allo svolgimento di un eventuale sindacato giurisdizionale su di essa.

<sup>29</sup> G.D. COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2005, 217.

<sup>30</sup> R. FERRARA, *op. cit.*, 76-77; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 58-59.

<sup>31</sup> Ex multis, v. B. MARCHETTI, *op. cit.*, 205; C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 120, 224.

<sup>32</sup> A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 35.

<sup>33</sup> R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 239 ss.

<sup>34</sup> G. MANFREDI, *op. cit.*, 1098.

<sup>35</sup> B. MARCHETTI, *op. cit.*, 207.

<sup>36</sup> Intesa come criterio ordinante secondo il paradigma di G. BERTI, *La responsabilità pubblica. (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 281.



## Comunicare la scienza “in tempo di guerra”: il ruolo degli esperti in pubblico e quello della formazione

**Massimiano Bucchi**

*Professore ordinario di Sociologia della Scienza e di Comunicazione, Scienza e Tecnica all’Università degli Studi di Trento. Mail: [massimiano.bucchi@unitn.it](mailto:massimiano.bucchi@unitn.it).*

Una crisi come quella che stiamo vivendo con il “nuovo coronavirus” porta all’attenzione di tutti temi che fino a qualche mese fa sembravano materia per soli specialisti. Una di queste tematiche è la comunicazione del rischio e dell’emergenza, un ambito in cui esiste ormai un corpus di conoscenze consolidato da decenni di studi ed esperienze.

I risultati mettono in luce, in primo luogo, l’importanza di dare informazioni e indicazioni di comportamento sintetiche, tempestive e facilmente comprensibili. Altrettanto decisivo è “parlare con una voce sola”, individuando chiaramente i referenti informativi, istituzionali e scientifici per la comunicazione dell’emergenza nelle sue diverse fasi. Talvolta sono gli stessi amministratori politici ad assumersi questo ruolo in prima persona. Nel corso della crisi CoViD-19, anche nel nostro Paese, abbiamo visto e sentito più volte Presidente del Consiglio, Ministri, Presidenti di Regione e Sindaci dare in prima persona indicazioni ai cittadini, spesso addirittura utilizzando i propri profili social personali (Facebook e Twitter). Questo “protagonismo comunicativo” degli amministratori politici è in parte comprensibile, in quanto è a queste figure che spettano le responsabilità decisionali. Vi sono però rilevanti

controindicazioni, tra cui quella noto come “rifiuto del messaggio per delegittimazione della fonte”. In altre parole, un messaggio importante rischia di non essere accolto non per il suo contenuto, ma perché una parte del pubblico non si fida della fonte (ovvero del rappresentante politico in questione). Sarebbe quindi opportuno lasciare la comunicazione dei contenuti più concreti e rilevanti ad altre figure istituzionali, assistite da esperti di comunicazione. A questo proposito sarebbe importante, come già si fa in vari Paesi, abituarsi a includere nelle unità di gestione delle crisi anche esperti di comunicazione del rischio e dell’emergenza.

Attenzione anche ai messaggi fondati sulla paura, quello che tecnicamente si chiama “fear arousing appeal”: ad esempio, richiamare immagini strazianti di malati o cortei funebri per indurre a comportamenti più prudenti. Centinaia di studi sulla comunicazione del rischio ci dicono che è un’arma da utilizzare con saggezza e moderazione<sup>1</sup>. In sostanza, funziona “a piccole dosi” ma se si esagera c’è il rischio che le persone si voltino dall’altra parte. L’indifferenza con cui i fumatori continuano a comprare pacchetti di sigarette con immagini spaventose ne è purtroppo la conferma.

Queste considerazioni mettono in luce una questione altrettanto rilevante, che è sempre più difficile affrontare: il ruolo comunicativo degli esperti scientifici. Dal primo momento in cui si è cominciato a parlare dell’emergenza legata al CoViD-19, non c’è stata testata, notiziario o trasmissione televisiva che non abbia offerto al pubblico il parere di uno o (quasi sempre) più esperti. Da un lato, questo fenomeno rivela la centralità della ricerca scientifica e le crescenti aspettative che offra soluzioni a queste

<sup>1</sup> M. TANNENBAUM ET AL., *Appealing to fear: A Meta-Analysis of Fear Appeal Effectiveness and Theories*, in *Psychol Bull*, 141, 6, 2015, 1178-1204.

emergenze. D'altra parte, è indicativo di una tendenza già visibile a metà anni Novanta con vicende come la BSE (più nota come "mucca pazza"): da un ruolo dell'expertise monolitico e incontrovertibile ("secondo gli esperti") si passava a una polifonia di voci, non di rado in contrasto tra di loro, che dai notiziari si estendevano ai principali talk show. Questa tendenza si è ulteriormente amplificata negli ultimi anni, anche in seguito alla diffusione dei social media che permettono ai singoli esperti di offrire le proprie analisi al grande pubblico senza mediazioni secondo quella modalità che è stata definita «*Science communication 2.0*»<sup>2</sup>.

Questo amplia la portata di un dilemma probabilmente irrisolvibile in modo definitivo: come evitare che il fisiologico dibattito tra gli esperti si traduca in frangenti così delicati in disorientamento e confusione informativa per i cittadini? Un dato che emerge da uno dei primi studi a livello internazionale sulla percezione e gli atteggiamenti verso la pandemia CoViD-19 è che per un cittadino su due la diversità di pareri dati da parte degli esperti nei loro interventi ha creato confusione (48%); a questo si aggiunge un ulteriore 8% che riconosce la competenza degli esperti scientifici italiani nel merito, ma ne valuta negativamente la capacità comunicativa. Per un altro 11% della popolazione, onde evitare confusione sul piano comunicativo, sarebbe meglio che gli esperti dessero i loro pareri in via confidenziale solo alle istituzioni (dati Osservatorio Scienza Tecnologia e Società, aprile 2020<sup>3</sup>). Altre indicazioni ci vengono dagli studi sulla comunicazione della scienza.

È importante, ad esempio, che le istituzioni che gestiscono l'emergenza in prima linea identifichino chiaramente gli esperti di riferimento, mettendo a loro disposizione competenze specifiche nella comunicazione della scienza e dell'emergenza. Altrettanto rilevante è arrivare alle crisi avendo investito sulla comunicazione nel lungo periodo, costruendo "in tempo di pace" quella riconoscibilità e fiducia negli esperti che è difficile, se non impossibile, far scattare immediatamente "in tempo di guerra". Questo vale su scala ridotta anche per le istituzioni sanitarie e di ricerca, i cui esperti sono chiamati in causa dai mezzi di informazione. Chi sceglie di intervenire in una simile situazione di crisi deve essere, oltre che competente in epidemiologia o virologia, consapevole delle responsabilità che si assume e delle conseguenze che possono avere le sue parole. Questo non significa limitare la libertà del singolo esperto di intervenire (sarebbe peraltro impossibile), né trasformare ogni singolo ricercatore in un comunicatore provetto (sarebbe ridicolo). Significa piuttosto mettere a disposizione, entro le istituzioni, competenze e figure professionali capaci di creare consapevolezza nella gestione delle dinamiche comunicative, anche (ma non solo) in tempo di crisi. Anche per questo motivo è più che mai centrale sviluppare percorsi formativi solidi, indirizzati soprattutto alle esigenze del mondo istituzionale, preparando professionisti che sappiano lavorare sulla comunicazione della scienza nel lungo periodo, contribuendo così a farci trovare più preparati alla prossima emergenza.

(28 aprile 2020)

<sup>2</sup> Cfr. M. BUCCHI, *Vino, alghe e mucche pazze: la rappresentazione televisiva del rischio*, ERI/RAI, 1999; M. BUCCHI, *Credibility, expertise and the challenges of science communication 2.0*, in *Public Understanding of Science*, 26, 8, 2017, 890-893; S. DUNWOODY, H.P. PETERS (eds.), Special Issue *Scientific Uncertainty in the*

*Media*, in *Public Understanding of Science*, 25, 8, 2016.

<sup>3</sup> M. BUCCHI, B. SARACINO, *Italian Citizens and Covid-19*, in *Public Understanding of Science Blog*, 21 March e 19 April 2020, online: <https://bit.ly/2LPLqJJ> e <https://bit.ly/3e8iNn7>.

## La soglia della postmodernità biologica. Epidemia di CoViD-19 tra tecnologie politiche e comunicazione

**Anna Maria Campanale**

*Professore Ordinario di Filosofia del diritto – Dipartimento di Giurisprudenza Università di Foggia.*

*Mail: [annamaria.campanale@unifg.it](mailto:annamaria.campanale@unifg.it).*

L'ingresso della «vita nella storia» ha segnato quella che Michel Foucault ha chiamato «soglia di modernità biologica di una società», momento nel quale, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX secolo, i processi della vita umana vengono presi in carico dal potere e dal sapere che esso produce, attivando una «proliferazione di tecnologie politiche» che investono l'intero campo dell'esistenza dell'uomo<sup>1</sup>.

L'uomo non è più inteso soltanto come singolo individuo da controllare attraverso quel potere che Foucault definisce disciplinare, il quale si esplica attraverso quelle istituzioni totali come carceri, ospedali, fabbriche, scuole che, a partire dalla seconda metà del Settecento, agiscono per modificare comportamenti ed abitudini individuali. Nella prospettiva di una nuova relazione di potere, quella della governamentalità, che inizia a delinearci qualche decennio più tardi, l'uomo è

concepito come essere vivente, come specie, molteplicità di uomini in quanto massa globale: «dopo una prima presa di potere sul corpo che si è effettuata secondo l'individualizzazione, abbiamo una seconda presa di potere che procede nel senso della massificazione. Essa si realizza infatti non in direzione dell'uomo-corpo, ma in direzione dell'uomo-specie»<sup>2</sup>. Questa nuova tecnologia non disciplinare di potere non esclude quella propriamente disciplinare, ma «la incorpora, la integra, la modifica parzialmente»<sup>3</sup>: all'«anatomopolitica del corpo umano» si affianca una «bio-politica della specie umana»<sup>4</sup>, il governo della vita.

Un nuovo ambito di intervento, dunque, che non impegna un preciso spazio, come quello giuridico, proprio della teoria classica della sovranità, delimitato dai confini politici dello Stato-nazione all'interno del quale il soggetto di diritto è sottoposto al potere sovrano; o come quello marcato dal potere disciplinare, che le istituzioni totali delimitano anche materialmente. La bio-regolazione si confronta con un contesto più articolato, entro il quale si possono produrre eventi imprevedibili che si sprigionano nella complessa interazione tra la materia fisica che ne costituisce la specificità e gli esseri viventi che lo abitano<sup>5</sup>. Questa nuova forma di razionalità politica si caratterizza attraverso dispositivi di sicurezza<sup>6</sup>, che

<sup>1</sup> M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, trad. it., Milano, 2004, 126-127.

<sup>2</sup> *Id.*, *Difendere la società. Dalla guerra delle razze al razzismo di Stato*, trad. it., Firenze, 1990, 157.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.* E, poco più avanti: «[c]iò che appare è un nuovo corpo, un corpo molteplice, un corpo con una quantità innumerevole, seppur non infinita, di teste. Si tratta della nozione di popolazione. La bio-politica ha a che fare con la popolazione. Più precisamente: ha a che fare con la popolazione in quanto problema al contempo scientifico e politico, come problema biologico e come problema di potere» (*Ivi*, 159).

<sup>5</sup> Per definire tale contesto, Foucault utilizza l'espressione «ambiente d'esistenza», che non si identifica con l'ambiente naturale, ma che è inteso come «ambiente che in qualche modo ha degli effetti di ritorno sulla popolazione, come ambiente che stato da essa creato» (*Ivi*, 159).

<sup>6</sup> La tecnologia di potere bio-politico non è incentrata sul corpo, come quella disciplinare che produce effetti individualizzanti, ma sulla vita «che raccoglie gli effetti di massa propri a una specifica popolazione e cerca di controllare la serie degli avvenimenti aleatori che possono prodursi all'interno di una massa vivente». È una tecnologia di sicurezza, assicurativa o

hanno come obiettivo il controllo di processi socio-demografici come le nascite, le morti, la produzione economica e, appunto, le malattie. La bio-politica, infatti, affronta anche il problema della «morbilità, ma non più semplicemente, come era accaduto sino a quel momento, al livello delle epidemie, il cui pericolo aveva profondamente ossessionato i poteri politici fin dal più profondo medioevo, e che – quando si presentavano, erano dei drammi temporanei, della morte moltiplicata, della morte diventata imminente per tutti. Alla fine del diciottesimo secolo non è più di epidemie che si tratta, ma di quelle malattie che hanno ricevuto il nome di endemie [...]. Abbiamo dunque a che fare con la malattia come fenomeno relativo alle popolazioni, e non più come morte che si abbatte brutalmente sulla vita, come morte che si insinua e penetra in permanenza nella vita[...]»<sup>7</sup>. Nel mondo occidentale, quel dramma temporaneo della morte moltiplicata, proprio delle epidemie, che, sembrava ormai consegnato alla storia, perché sostituito da quello permanente, proprio delle endemie, fa ora di nuovo irruzione nella storia dell'uomo<sup>8</sup>. In tale contesto, il confronto apertosi sulle misure da emanare per affrontare l'emergenza Covid-19 richiama la dialettica tra le due forme di razionalità politica, quella disciplinare nella direzione della individualizzazione e quella securitaria della governamentalità nella direzione della massificazione. Si è infatti assistito ad un

---

regolatrice, in cui «i corpi sono ricollocati all'interno dei processi biologici d'insieme» specifici delle masse umane (*Ivi*, 162).

<sup>7</sup> *Ivi*, 158.

<sup>8</sup> Foucault sottolinea l'impossibilità, da parte del biopotere, di governare completamente la vita, anche in riferimento a determinati spazi e a determinati tempi. Il fatto che la bio-politica faccia entrare «la vita ed i suoi meccanismi nel campo dei calcoli espliciti» e faccia «del potere-sapere un agente di trasformazione della vita umana» non implica che la vita «sia stata integrata in modo esaustivo a delle tecniche che la

conflitto, almeno nella prima fase di diffusione del virus, tra il modello italiano, che si è avvalso prevalentemente di dispositivi disciplinari, e il modello anglosassone e di alcuni Paesi nordeuropei (si pensi all'Olanda) che hanno invece adottato dispositivi di governamentalità. La risposta italiana è stata molto simile a quella descritta da Foucault in *Sorvegliare e punire*, all'inizio del capitolo dedicato al Panoptismo, quando tratteggia una città assediata dalla peste della fine del XVII secolo<sup>9</sup>. Limitare il più possibile gli spostamenti sul territorio, chiudere luoghi pubblici, sorvegliare gli spazi aperti, controllare il comportamento dei singoli individui, l'illusione di «un potere che si esercita senza interruzioni, secondo una figura gerarchica continua, in cui ogni individuo è costantemente reperito, esaminato e distribuito tra i vivi, gli ammalati, i morti»<sup>10</sup>. A questo modello di presa di potere sull'uomo-corpo si affiancano, in una direzione diversa anche se certo non del tutto eterogenea, i dispositivi della governamentalità della presa di potere sull'uomo-specie. I verbi utilizzati dall'epidemiologo Chris Whitty, Chief Medical Officer della Gran Bretagna, per descrivere il piano d'azione del governo britannico, *contenere, ritardare, ricercare, mitigare*, appaiono l'eco di quelli che Foucault impiega per descrivere le tecnologie securitarie, distinguendole da quelle disciplinari: «la legge vieta, la disciplina prescrive e la sicurezza, senza vietare o prescrivere, dotandosi

dominano e la gestiscono; essa sfugge loro senza posa. Al di fuori del mondo occidentale [...] i rischi biologici corsi dalla specie sono forse più grandi, e comunque più gravi, che prima della nascita della microbiologia» (*La volontà di sapere*, cit., 126-127). Ciò, tuttavia, non depotenzia la chiave di lettura della soglia di modernità biologica della società come «momento in cui la specie entra come posta in gioco nelle sue strategie politiche» (*Ivi*, 127).

<sup>9</sup>M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., Torino, 1976, 213 ss

<sup>10</sup> *Ivi*, 215.

eventualmente di qualche strumento di interdizione o di prescrizione, ha la funzione essenziale di rispondere ad una realtà in maniera tale da annullarla o limitarla o frenarla o regolarla. Credo che la caratteristica fondamentale dei dispositivi di sicurezza sia proprio questa capacità di regolare stando dentro l'elemento della realtà»<sup>11</sup>. Aniché tentare la problematica militarizzazione del territorio, con interventi che provengono dall'esterno della realtà, si intende governare un evento biologico regolandolo dall'interno della realtà, ad esempio: sfruttandone le sue stesse caratteristiche; studiandone l'evoluzione naturale per carpirne le debolezze e ritardarne, non impedirne, la diffusione; mettendo a profitto del governo il sistema immunitario dei singoli individui nella sua capacità di diffondere *naturalmente* nella società gli strumenti per rendere inoffensivo il contagio, tenendo in conto un danno nell'ambito delle fasce deboli, pur predisponendo nei loro confronti una protezione sanitaria rafforzata, a vantaggio delle fasce più produttive della popolazione e del sistema economico nel suo complesso. Si è parlato al proposito, non senza qualche fondamento, di darwinismo sociale.

Il doppio modello foucaultiano, pur mostrandosi ancora efficace nella descrizione e comprensione dei differenti piani di gestione dell'epidemia da coronavirus da parte del potere, chiede

tuttavia di essere, per un verso, integrato, per l'altro, attualizzato alla luce di un nuovo dato antropologico: «non vi è mai stata, nella storia dell'umanità, una tale esposizione degli esseri umani alle relazioni comunicative»<sup>12</sup>. La rapidissima diffusione dei social media che ha pervasivamente coinvolto molteplici aspetti della vita ha condotto al mutamento non solo del modo della comunicazione, ma anche del contenuto della comunicazione, tanto da poter ancora una volta confermare l'intuizione per la quale il medium è il messaggio<sup>13</sup>. A «ciascuna mediasfera – avverte il mediologo Régis Debray – corrisponde un mezzo cruciale di trasmissione»<sup>14</sup>, delineando in filigrana un nuovo paradigma antropologico. All'*homo videns*, l'uomo del post-pensiero, che popola la videosfera e che segnerebbe la fine dell'*homo sapiens*<sup>15</sup>, si affianca l'*homo connectus*<sup>16</sup> di quella che si può chiamare la websfera o blogosfera, tanto da ipotizzare un nuovo stadio evolutivo dell'uomo, il «nativo digitale»<sup>17</sup>. Sulla soglia della postmodernità biologica, il potere è costretto a ripensare sé stesso in una rinnovata relazione con l'uomo-corpo e l'uomo-specie. Nell'era della *internet society* o della *network society*, il rapporto tra potere e vita non è più verticalmente unidirezionale, ma orizzontalmente polidirezionale, e i dispositivi di comunicazione, verbale e non verbale, attraversano quelli disciplinari e securitari. «Governare è

<sup>11</sup> M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France 1977-1978*, trad. it., Milano, 2005, 47.

<sup>12</sup> F. COLOMBO, *Il potere socievole. Storia e critica dei social media*, Milano, 2013.

<sup>13</sup> M. MCLUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, trad. it., Milano, 2015, 29 ss.

<sup>14</sup> R. DEBRAY, *Lo Stato seduttore. Le rivoluzioni mediologiche del potere*, trad. it., Roma, 2003, 59. Il mediologo francese individua nella cultura occidentale tre mediasfere: logosfera, grafosfera, videosfera, ognuna sostenuta da un proprio mezzo di trasmissione materiale 'mnemotecnico' che conserva la memoria delle

tracce (*Cours de médiologie général*, Paris, 1991, 229-254; v. anche Id., *Vita e morte dell'immagine. Una storia dello sguardo in Occidente*, trad. it., Milano, 1999). Alle tre cesure mediologiche corrispondono tre profili del potere: «La logosfera aveva prodotto il sovrano fabulatore. La grafosfera ha generato lo Stato educatore; la videosfera lo Stato seduttore» (*Lo Stato seduttore. Le rivoluzioni mediologiche del potere*, cit., 59).

<sup>15</sup> G. SARTORI, *Homo videns*, Roma-Bari, 1997.

<sup>16</sup> Cfr. F. KEUPER, M. SCHOMANN, L.I. SIKORA (hrsg.), *Homo Connectus*, Wiesbaden, 2018.

<sup>17</sup> P. FABBRI, *Nativi digitali*, Milano, 2011.

far credere», ricorda Debray, e far credere è far fare: l'azione dell'uomo sull'uomo avviene attraverso la comunicazione di informazione<sup>18</sup>, poiché oggi «regolare, integrare, creare un legame, vuol dire comunicare»<sup>19</sup>. Ma per far credere bisogna essere credibili.

Le strategie comunicative all'opera nella gestione dell'epidemia CoViD-19 devono confrontarsi non tanto e non sempre con un'opinione pubblica che si forma, come vorrebbe Jürgen Habermas, all'interno della società civile attraverso la discussione razionale di diverse correnti di pensiero<sup>20</sup>, ma con quella che Paul Virilio ha chiamato «emozione pubblica»<sup>21</sup>. Ha colto perfettamente l'urgenza del problema la WHO che, in un suo rapporto sulla diffusione del CoViD-19<sup>22</sup> ha parlato di massiva *infodemia* (*infodemic* in inglese), intendendo con questo termine «an overabundance of information – some accurate and some not – that makes it hard for people to find trustworthy sources and reliable guidance when they need it»<sup>23</sup>. Si mette fortemente in evidenza, in tal modo, la necessità di predisporre specifiche strategie comunicative di risanamento, di bonifica della comunicazione, tese a ripristinare la supremazia dei saperi esperti rispetto alle cosiddette *fake news*.

E alla ragione e all'emozione contemporaneamente si rivolgono, nei loro discorsi alla nazione, i capi di governo, nella complessa gestione comunicativa del fenomeno della malattia e della morte, causate l'una e l'altra da un virus del quale la scienza non conosce i precisi contorni,

che amplifica così quella *insecuritas* esistenziale che tanto bene ha descritto Freud ne *Il disagio della civiltà*. Un'insicurezza che, oggi più di ieri, è destabilizzante, per la più profonda consapevolezza che l'uomo postmoderno ha dei propri limiti. Si chiede Jean Delumeau: «l'affinamento prodotto in noi da un lungo passato culturale non ci ha forse reso oggi più fragili di fronte al pericolo e più permeabili alla paura rispetto ai nostri avi?»<sup>24</sup>. In quel chiasmo di medicalizzazione della politica/politica della medicalizzazione rilevato da Roberto Esposito<sup>25</sup>, il governo italiano sembra riuscire nel tentativo di tenere in equilibrio quelle «passioni d'attesa»<sup>26</sup>, la paura e la speranza, attraverso, ad esempio, una comunicazione dei dati del contagio che bilancia il numero dei decessi con quello delle guarigioni: i sondaggi, infatti, portano il riflesso di questa efficacia comunicativa, avendo rilevato una crescita dell'indice di gradimento da parte dell'esecutivo italiano, in generale, del Presidente del Consiglio, in particolare, tributando loro quella credibilità che, si è detto prima, è necessaria per governare.

Sempre più difficile sembra quindi poter accogliere una lettura come quella di Giorgio Agamben, peraltro minoritaria perché prematura, che descrive la risposta alla situazione emergenziale con la decretazione d'urgenza come un tentativo da parte dei media e delle autorità di «diffondere un clima di panico provocando un vero e proprio stato di eccezione, con gravi limitazioni dei movimenti e una sospensione del normale

<sup>18</sup> R. DEBRAY, *Cours de médiologie général*, cit., 44; ID., *Vita e morte dell'immagine. Una storia dello sguardo in Occidente*, cit., 272.

<sup>19</sup> ID., *Lo Stato seduttore*, cit., 70.

<sup>20</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it., Roma-Bari, 2006.

<sup>21</sup> P. VIRILIO, *L'arte dell'accecamento*, trad. it., Milano, 2007, 12.

<sup>22</sup> WHO, *Novel Coronavirus (2019-nCoV). Situation Report-13*, 2 February 2020, in <https://bit.ly/2TsQwA3>.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> J. DELUMEAU, *La paura in Occidente: storia della paura nell'età moderna*, trad. it., Milano, 2018, 19.

<sup>25</sup> R. ESPOSITO, *Curati a oltranza*, in *Antinomie*, 28 febbraio 2020, <https://bit.ly/3ggJCr9>.

<sup>26</sup> R. BODEI, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, 1991.

funzionamento delle condizioni di vita e di lavoro in intere regioni»<sup>27</sup>. La tesi che sottende tale interpretazione del fenomeno coronavirus è che gli attuali governi sfruttino «lo stato di paura che in questi anni si è evidentemente diffuso nelle coscienze degli individui e che si traduce in un vero e proprio bisogno di stati di panico collettivo»<sup>28</sup> per introdurre nel nostro ordinamento giuridico limitazioni della libertà personale e una militarizzazione del territorio in nome di un bisogno di sicurezza, peraltro artificialmente indotto, nella prospettiva di un non meglio identificato progetto politico prossimo al dispotismo. L'invenzione di un'epidemia sarebbe pertanto «il pretesto ideale»<sup>29</sup> per ampliare oltre ogni limite provvedimenti d'eccezione.

Non si sta assistendo al tentativo di instaurare un qualche governo autoritario, quanto piuttosto a quello di raccontare di un governo che mantiene la capacità di controllo, anche di fronte a fenomeni dalle dimensioni incontrollabili dal punto di vista delle normali risorse di uno Stato. Conclusivo, in questo confronto di idee, il commento di Jean-Luc Nancy: «Ciascuno di noi discute e dibatte perché abbiamo una lunga abitudine alle difficoltà, alle lacune e alle indecisioni. Su scala mondiale, sembra che dominino piuttosto la fiducia in sé stessi, il controllo e la decisione. È per lo meno questa l'immagine che possiamo avere o che tende a costituirsi nell'immaginario mondiale»<sup>30</sup>.

(27 marzo 2020)

---

<sup>27</sup> G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, 26 febbraio 2020. Con queste brevi riflessioni, Agamben mette nuovamente alla prova la sua idea che aveva iniziato a delineare in *Stato di eccezione* (Torino, 2003), per la quale lo stato d'eccezione abbia perso il suo carattere di misura straordinaria e si sia rovesciato nel suo contrario, cioè in un normale paradigma di governo. Che il decreto in genere abbia perso i contorni del provvedimento eccezionale è certamente vero, come dimostra il ricorso molto

frequente da parte del governo a tale atto normativo; ma è altrettanto vero che una pandemia presenta in negabilmente quei caratteri di straordinarietà e d'urgenza richiamati dall'art. 77 Cost. che ne rendono pienamente legittima l'adozione (<https://bit.ly/2Xjtkp0>).

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> J.-L. NANCY, *Un virus troppo umano*, in *Antinomie*, <https://bit.ly/3cQadJA>, 20 marzo 2020.



## La Repubblica degli Scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus

Alessia Farano

Assegnista di ricerca, Luiss Guido Carli.

Mail: [afarano@luiss.it](mailto:afarano@luiss.it).

Le misure di contenimento messe in atto dal governo italiano, e non solo, per far fronte alla pandemia attualmente in corso, interrogano il giurista per molte ragioni.

Il primo aspetto è relativo senz'altro all'eccezionale protagonismo della comunità scientifica, non solo in sede di consultazione, e dunque di indirizzamento delle scelte politiche, ma anche di formazione della pubblica opinione.

Non vi è un salotto televisivo che non ospiti, a buon ragione, scienziati sulle cui specializzazioni siamo ormai tutti edotti: virologi, epidemiologi, ma anche oncologi, alimentano un dibattito pubblico tanto più vorticoso quanto più di necessità compresso, ormai, negli spazi puramente virtuali che ci è dato frequentare.

Questa presenza capillare degli esperti nel dibattito pubblico riflette la prossimità inedita degli stessi con il decisore pubblico, chiamato, per la prima volta in questa nostra fortunata età dei diritti, a sacrificare temporaneamente le libertà fondamentali in nome della salute pubblica.

L'adesione significativa della popolazione – che pare riscoprirsi popolo nel senso nobilitante del termine – a regole che riscrivono lo scandire della quotidianità di ciascuno attesta un'avvenuta interiorizzazione del precetto, quasi paradigma di quel riconoscimento sociale che da Hart in poi ha denotato le ragioni dell'obbedienza.

Eppure, non sono mancate le critiche nei confronti di questa modalità di assunzione della decisione pubblica, anche tenendo mente al fatto che spesso sono avvenute fuori, o al limite, dai circuiti della rappresentanza e del controllo democratico.

La questione da cui conviene muovere è, dunque, l'esame del ruolo degli esperti, che si sarebbero sostituiti, a detta di taluni commentatori, al decisore politico, rilanciando prepotentemente, e in termini di *culture clash*<sup>1</sup>, il tema del rapporto tra diritto e scienza.

Questione non certo di nuovo conio, seppure inedite siano senz'altro le sue proporzioni, che chiama in causa un modello idealizzato di comunità scientifica: la "Republic of Science" di Michael Polanyi<sup>2</sup>, astrattamente in grado di raggiungere un progresso scientifico illimitato e disinteressato, ha autorizzato letture "deferenzialiste" nei confronti della scienza, in base alle quali questa legittimerebbe una trasmissione passiva di contenuti di verità al diritto. E ciò anche per l'intrinseca democraticità della scienza, la quale, attraverso il meccanismo di revisione tra pari, garantirebbe la validazione delle sole teorie scientificamente fondate. Legittimamente, allora, si potrebbe accogliere l'adagio: *Science speaks truth to power*<sup>3</sup>, e conformare le politiche pubbliche a quanto affermato dalla comunità scientifica.

Del resto, una tendenza di ritorno al riduzionismo scienziato è già ampiamente riscontrabile negli Stati Uniti, dove il naturalismo (a onor del vero, non sempre identificabile con il riduzionismo), che postula una continuità metodologica tra scienze empiriche e scienze umane, è la vera nuova *koiné* filosofica.

<sup>1</sup> S. GOLDBERG, *Culture Clash*, New York, 1994.

<sup>2</sup> M. POLANYI, *The Republic of Science: Its Political and Economical Theory*, in *Minerva*, 1, 1962, 54-73.

<sup>3</sup> A. WILDAVSKY, *Speaking Truth to Power*, Boston, 1979.

Ma anche a leggere alcuni commentatori odierni, che liquidano come “farneticazioni” le considerazioni, certo fuori fuoco, di Giorgio Agamben, ci si imbatte in invocazioni di un nuovo illuminismo, di cui non si nasconde la connotazione scienziata. Flores d’Arcais ha scritto sul blog di MicroMega: «È auspicabile che per la filosofia si inauguri una stagione in cui stella polare torni ad essere l’amore di sapere/saggezza, e il sapere è quello delle scienze, non delle elucubrazioni oniriche para o post teologiche»<sup>4</sup>.

Eppure, non sembrerebbe affatto impertinente l’uso della categoria rivitalizzata proprio da Agamben in *Homo Sacer*, la “biopolitica”<sup>5</sup>, a indicare quello che, oggi, parrebbe solo il punto di arrivo di una parabola con perspicacia individuata da Foucault a metà degli anni Settanta<sup>6</sup>. Non sembra, oggi più di ieri, la “nuda vita” la posta in gioco del discorso politico? Non sentiamo forse anche noi come bisogno pressante, a fronte del quale accettiamo di buon grado le limitazioni alle libertà fondamentali imposteci, la sopravvivenza, il mero mantenimento della vita biologica?

Peraltro, il governo dei viventi, avvertiva con preveggenza Foucault, si attua proprio per il tramite di saperi esperti che misurano, spiegano, prevedono il corpo (che deve essere sempre produttivo), del singolo così come della società.

La riscrittura ad opera di Foucault dell’endiadi baconiana “sapere è potere” ha del resto dato l’avvio al proliferare degli *Science and Technology Studies*, che hanno opportunamente rivendicato le complesse interazioni tra diritto e

scienza. Secondo il linguaggio della «co-produzione» – lemma introdotto dal sociologo Bruno Latour e diffusamente presente nel lessico di Sheila Jasanoff, giurista con una singolare formazione matematica e filosofica – diritto e scienza sarebbero due linguaggi reciprocamente validantis<sup>7</sup>. Come il diritto, in questo caso in veste di decisore pubblico, ha bisogno della scienza per legittimare il suo operato, così della scienza vengono evidenziati valori e norme (anche giuridiche) che ne indirizzano in qualche misura i risultati.

L’immagine oleografica della “Republic of Science” è stata senz’altro messa in crisi da tali studi, e oggi, nonostante la *renaissance* naturalistica, pare davvero difficile sostenere il contrario.

E allora, perché le affermazioni di Agamben sono parse così inconsistenti, tanto da suscitare l’intervento, certo benevolo, di Jean-Luc Nancy, che ha ricordato come l’ostinazione anti-scientifica dell’amico gli sarebbe costata la vita, se solo avesse ascoltato trent’anni fa il suo consiglio affettuoso di non sottoporsi a un trapianto di cuore<sup>8</sup>?

Com’è noto, in tre interventi succedutisi a distanza di pochi giorni, prima su *Il Manifesto*, poi sulle pagine del blog della casa editrice Quodlibet, Agamben ha definito quella in corso una «supposta epidemia dovuta al virus corona»<sup>9</sup>, asseritamente inventata dal governo al fine di creare una situazione di eccezionalità che giustificasse misure lesive della libertà personale.

<sup>4</sup> P. FLORES D’ARCAIS, *Filosofia e virus. Le farneticazioni di Giorgio Agamben*, in *Micromega*, 16 marzo 2020.

<sup>5</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer* [1995], Macerata, 2019.

<sup>6</sup> M. FOUCAULT, *Storia della sessualità. Vol. I. La volontà di sapere* [1976], Milano, 2013.

<sup>7</sup> B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni. Saggio di antropologia simmetrica*, Milano, 1995; S. JASANOFF,

*States of Knowledge. The Co-Production of Science and Social Order*, Londra-New York, 2004.

<sup>8</sup> J.L. NANCY, *Eccezione virale*, in *Antinomie*, 27 febbraio 2020: <https://bit.ly/2ypJNzv> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>9</sup> G. AGAMBEN, *Lo stato d’eccezione provocato da un’esigenza immotivata*, in *Il Manifesto*, 26 febbraio.

Agamben, era prevedibile, ha invocato come categoria ermeneutica quella che lo ha consacrato agli onori internazionali: lo “stato di eccezione” che, rimeditando le suggestive tesi schmittiane, ha condotto Agamben ad integrare le riflessioni sulla biopolitica intraprese da Foucault, risolvendo quella tensione tra modello giuridico-istituzionale e modello biopolitico del potere (per Foucault irriducibili) all’interno dello stesso paradigma della sovranità. Sarebbe, cioè, consustanziale alla sovranità giuridicamente intesa, *contra* Foucault che pensava i due termini – diritto e biopolitica – in opposizione aporetica, una presa sulla nuda vita nella forma dell’eccezione, «cioè di qualcosa che viene incluso solo nella forma dell’esclusione»<sup>10</sup>. *Escludendo* esplicitamente la nuda vita dai termini dell’agone politico, attraverso l’esempio dell’*homo sacer* insacrificabile e dunque uccidibile, lo Stato moderno esibisce la sua fondazione “biopolitica”, che segnerà il destino della stessa sovranità. Il nucleo occulto della sovranità – la nuda vita – finirà con l’assorbire lo spazio politico della sovranità, tanto da affermare che «la produzione di un corpo biopolitico sia la prestazione originale del potere sovrano»<sup>11</sup>.

Oggi Agamben ci ammonisce della “normalità” dello stato di eccezione – certo, banalizzando un po’ quella che a tanti dei suoi lettori era parsa una proiezione genealogica – in cui gli individui «non sembrano accorgersi che la loro vita è stata ridotta a una condizione puramente biologica e ha perso ogni dimensione non solo sociale e politica, ma persino umana e affettiva»<sup>12</sup>.

Ma è davvero così? Il destino degli individui, oggi, è davvero quello di essere governati da un

potere che li assume solo come corpo da disciplinare con l’aiuto dei saperi esperti? O non c’è un modo per rivendicare, proprio attraverso la mediazione di una scienza che si lascia comprendere dai cittadini, l’importanza della preservazione della vita anche (e non solo) nella sua mera condizione biologica?

In realtà, il discorso di Agamben esibisce una falla proprio nel modo di intendere quell’endiadi sapere-potere che nutre e legittima il discorso biopolitico.

È lo stesso Foucault, peraltro, a renderci avvertiti di quanto sia pericoloso un governo senza verità, un governo cioè che si fonda su fatti dichiaratamente falsi<sup>13</sup>. E l’equiparazione tra CoViD-19 e banale influenza è un’affermazione che ben potrebbe essere ritenuto “falsa” e tale da pregiudicare la stessa ricostruzione teorica di Agamben<sup>14</sup>. La sua analisi dei regimi di veridizione, questo Foucault lo afferma espressamente, se consente di indagare i regimi di verità come pratica storicamente connotata di produzione della stessa, non autorizza a ignorare il fatto che – nel particolare caso analizzato dal filosofo francese – la psichiatria avesse affermato nell’Ottocento cose poi provate false<sup>15</sup>.

È da qui, probabilmente, che bisogna ripartire per avanzare una lettura – e una proposta – degli avvenimenti di sicuro eccezionali che stiamo vivendo.

Il corpo vivente, che nella prospettiva di Agamben rappresenta lo scarto che disunisce gli uomini più che accomunarli, è sì al centro della decisione politica (come negarlo?) fondata su saperi esperti, ma tali saperi sono filtrati dal

<sup>10</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 25.

<sup>11</sup> *Ivi*, 21.

<sup>12</sup> G. AGAMBEN, *Chiarimenti*, in *Blog di Quodlibet*, 17 marzo, consultabile al seguente indirizzo web: <https://bit.ly/2TrD27I> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>13</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France [1978-1979]*, Milano, 2015, 43.

<sup>14</sup> Così F. CIARAMELLI, in dialogo con S. THANOPULOS, *L’epidemia, la «Città», e il vivere e filosofar*, in *Il Manifesto*, 21 marzo 2020.

<sup>15</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, cit., 43.

controllo dell'opinione pubblica, alla quale non si risparmiano dati, strumenti epistemologici, confronti tra diverse letture scientifiche dei fenomeni in corso.

L'illuminismo rivendicato *contra* Agamben, cioè, lungi dal comportare una delega in bianco alla comunità degli scienziati, deve significare, oggi più che mai, opinione pubblica informata.

In questo senso, sono da salutare con grande favore le iniziative di divulgazione scientifica a più livelli, che vedono gli scienziati non più in veste di oscuri decisori, sottratti al circuito formale della rappresentanza politica, bensì in veste di formatori di una coscienza scientifica "popolare", di un'opinione pubblica che sia in grado di comprendere le ragioni di provvedimenti anche gravemente lesivi della libertà personale, e che tuttavia consentano, alla luce delle evidenze scientifiche, di salvare il corpo vivente della società.

In questo si può cogliere, allora, uno dei significati della co-produzione tra diritto e scienza. Se, come affermato dalla Jasanoff, è oggi impossibile

separare i giudizi su come conoscere il mondo per governarlo da quelli su come governare il mondo per come lo conosciamo, non si può di certo dissolvere il discorso scientifico in un irrazionalismo che renderebbe impossibile, evidentemente, il controllo in termini di ragione da parte dei cittadini.

Certo, l'equilibrio è sempre precario, e il rischio che i saperi esperti si impongano al decisore politico, facendo scivolare la biopolitica nel suo significato più deteriore, è reale.

Non pare questo il caso: al momento, la reazione di immunizzazione della società che si riscopre corpo vivente – magistrali le pagine di Roberto Esposito sul tema<sup>16</sup> – appare senz'altro necessaria.

Resta come campo di riflessione aperto quello degli equilibri, in termini di tenuta democratica, tra scienza e diritto, che l'opinione pubblica informata può contribuire efficacemente a "illuminare".

(28 marzo 2020)

<sup>16</sup> R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002; ID., *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004; e, sull'emergenza attuale: *Il*

*Coronavirus rafforzerà i sovranisti*, in *Huffington Post*, 22 marzo 2020.

## L'Europa e la crisi del coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione

**Alessandra Donati**

Senior Research Fellow al Max Planck Institute di Lussemburgo. Dottore in diritto dell'Unione europea con una tesi sul principio di precauzione in diritto UE (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne) e avvocato in Italia (Milano) e Francia (Parigi).

Mail: [alessandra.donati@mpi.lu](mailto:alessandra.donati@mpi.lu).

*«Let us pray, now, for science.  
Pray for empiricism and for epidemiology  
and for vaccines.  
Pray for reason, rigor and expertise.  
Pray for the precautionary principle»  
(Coronavirus Is What You Get When You Ignore  
Science, in New York Times, 4 marzo 2020).*

### 1. Premessa

Come già avvenuto in passato per il morbo della mucca pazza e per altre emergenze di sanità pubblica (si veda la diffusione dell'influenza aviaria), il principio di precauzione è oggi invocato dalle autorità degli Stati membri dell'Unione europea (Italia in primis) e degli altri paesi extra-UE per giustificare, sul piano giuridico, le misure adottate per limitare la diffusione del coronavirus. Alla pluralità dei riferimenti al principio di precauzione si accompagnano la frammentazione e la diversità delle risposte date sulla base di tale principio. In Italia, dopo alcuni provvedimenti regionali e nazionali di diversa intensità, il Consiglio dei ministri ha esteso a tutto il territorio nazionale le norme restrittive già applicate per la Lombardia e le 14 province del Nord più colpite dal coronavirus. Contemporaneamente in Francia, in conformità con il piano governativo anti-pandemie, dapprima sono state adottate misure a

geometria variabile (quarantena per le zone più colpite, divieto di assembramento di più di 1000 persone; restrizioni alle visite nelle strutture di accoglienza per i più vulnerabili, etc.), quindi si è provveduto alla chiusura su tutto il territorio nazionale di scuole, ristoranti e esercizi commerciali e all'adozione di misure restrittive della libertà di movimento della popolazione. Se, soltanto successivamente, la Spagna si è allineata alle misure prese dall'Italia e dalla Francia, l'Inghilterra e l'Olanda hanno deciso, almeno inizialmente, di non attuare misure restrittive, ma di favorire lo sviluppo di un'immunità di gregge fra la popolazione. Nel frattempo, ad oggi, in Svezia, nonostante il significativo aumento del numero dei contagi legati al CoViD-19, bar, ristoranti ed esercizi commerciali continuano a rimanere aperti.

La mancanza di uniformità e l'apparente incoerenza nella scelta delle misure adottate dagli Stati membri mettono in evidenza non solo le difficoltà di applicazione del principio di precauzione, come strumento di gestione della crisi, ma anche i limiti, a livello di Unione Europea (UE), nell'assicurare omogeneità e coordinamento di fronte a rischi gravi che minacciano la salute e l'economia dell'Unione. In un tale contesto di complessità e di frammentazione, questo contributo si propone un duplice obiettivo. Nella Sezione 1 verrà effettuata una valutazione preliminare circa le modalità del ricorso al principio di precauzione al fine di mettere in evidenza le principali questioni aperte. Per effettuare una tale analisi, si farà riferimento al *corpus* normativo sviluppato in diritto dell'Unione europea che costituisce ad oggi il quadro giuridico più completo ed esaustivo per l'applicazione di tale principio. Nella Sezione 2 ci si interrogherà sulla possibilità di un'azione specifica da parte delle istituzioni europee, sulla base del principio di precauzione, per far fronte alla crisi del CoViD-19.

## 2. Stati membri e principio di precauzione

Previsto all'articolo 191 § 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e ripreso da una moltitudine di direttive e di regolamenti settoriali, il principio di precauzione può essere definito come un principio di azione anticipata che, in un contesto di rischio ed incertezza per l'ambiente e la salute pubblica, impone alle autorità competenti di prendere misure protettive senza bisogno di attendere una prova scientifica certa circa la sussistenza e l'entità del rischio in causa<sup>1</sup>. Da questo punto di vista ed in relazione alla crisi del CoViD-19, ci si può domandare se gli Stati membri abbiano correttamente applicato il principio di precauzione anticipando l'insorgere di un rischio grave, ma incerto per la salute pubblica. A tale riguardo, si potrebbe sostenere che, sulla base del principio di precauzione, gli Stati membri non avrebbero dovuto aspettare che il rischio di diffusione del coronavirus fosse certo nei loro paesi, ma avrebbero dovuto agire prima, quando il rischio di contagio proveniente dalla Cina era solo incerto. È solo in questa fase, o al più tardi quando il virus ha iniziato a diffondersi in Italia, che il principio di precauzione avrebbe dovuto essere applicato anticipando così l'insorgere della minaccia, senza bisogno di attendere che alcuni studi, come quelli dell'Imperial College di Londra, rendessero certa ed evidente la necessità di agire<sup>2</sup>. Il tempo impiegato dagli Stati membri per rispondere all'emergenza del coronavirus sembra pertanto incompatibile con il tempo dell'anticipazione che costituisce l'essenza del principio di precauzione<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> CGUE 5 maggio 1998, *National Farmers' Union e.a.* C-157/96, EU:C:1998:191, 63.

<sup>2</sup> <https://bit.ly/3g6PSlg> (ultima consultazione 16/04/2020).

<sup>3</sup> A. DONATI, *The coronavirus crisis in Europe: is this the time of the precautionary principle?* In *EU LAW Live, Weekend Edition*, 27 marzo 2020, 3.

Ai dubbi circa il tempo del ricorso alla precauzione, si aggiungono alcune perplessità circa le modalità di applicazione di tale principio. Tanto l'articolo 191 § 2 TFUE che le norme di diritto derivato riconoscono alle autorità un ampio potere discrezionale quanto alla scelta del tipo e del contenuto delle misure di precauzione. Questo significa che non esiste un catalogo di misure che possono essere adottate, ma che la scelta della risposta da fornire dipende dalle condizioni specifiche di rischio e di incertezza. Il contenuto aperto del principio di precauzione sembrerebbe, quindi, giustificare la diversità delle misure di precauzione prese dagli Stati membri per far fronte all'emergenza del coronavirus. Tuttavia, se sul piano sostanziale le autorità sono libere di determinare le condizioni e le modalità dell'azione, sul piano procedurale l'applicazione del principio di precauzione comporta il dovere di adempiere ad una serie di obbligazioni. Come affermato dal Tribunale dell'Unione europea (Trib. UE), il rispetto di tali obblighi procedurali costituisce la ragione d'essere primaria del principio di precauzione<sup>4</sup>.

In primo luogo, le autorità devono effettuare una valutazione scientifica del rischio. La realizzazione di tale *risk assessment* costituisce la condizione *sine qua non* del ricorso alla precauzione<sup>5</sup>. La finalità di tale valutazione, pur condotta in una situazione di incertezza scientifica, è di fornire alle autorità una base scientifica oggettiva che permetta di apprezzare la portata del rischio per l'ambiente o la salute pubblica, evitando l'assunzione di decisioni arbitrarie. Le autorità non hanno l'obbligo di conformarsi al parere degli

<sup>4</sup> Trib. UE, 11 settembre 2002, *Pfizer Animal Health vs Consiglio*, T-13/99, EU:T:2002:209, 170-172.

<sup>5</sup> CGUE 9 settembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, EU:C:2003:431, 113-114.

esperti, ma devono fare prova di diligenza, prendendo in considerazione con cura ed esaustività le loro raccomandazioni<sup>6</sup>. Nel caso della crisi del coronavirus, ci si può domandare quale sia stato il ruolo degli esperti nell'adozione del principio di precauzione. Da un lato, la crisi del CoViD-19 ha messo in evidenza l'importanza di disporre di una valutazione scientifica del rischio come strumento di legittimazione della decisione politica di gestione del rischio<sup>7</sup>. A tale riguardo, tanto il governo italiano che quello francese hanno costituito degli appositi comitati composti da esperti scientifici chiamati a supportare il governo nel management della crisi in corso<sup>8</sup>. Dall'altro lato e come conseguenza della loro prossimità alle autorità politiche, gli scienziati sono particolarmente esposti nell'attuale crisi sanitaria non soltanto alla possibile influenza del potere politico, ma anche alla continua verifica da parte dei media del loro operato<sup>9</sup>. In tale contesto, resta da valutare se le tradizionali garanzie di indipendenza, trasparenza, collegialità e qualità, definite dalla Commissione europea come i requisiti essenziali per il *risk assessment* siano state rispettate<sup>10</sup>. A titolo di esempio, la decisione del governo italiano di estendere prima soltanto ad alcuni comuni del Nord Italia, poi alla Lombardia ed altre 14 province e, infine, a tutto il territorio italiano le misure restrittive è stata preceduta da un'apposita valutazione scientifica del rischio? Secondo quali criteri e procedure tale *risk assessment* è stato condotto? L'assenza

di dati e la mancanza di informazioni a tale riguardo non permettono di chiarire, in questa fase preliminare di analisi, se l'obbligo di effettuare una valutazione scientifica del rischio sia stato effettivamente rispettato in Italia. Lo stesso interrogativo concerne altri Stati membri. Ad esempio, la decisione dei governi francese e lussemburghese di sconsigliare prima e incoraggiare poi l'uso delle mascherine da parte della popolazione costituisce una misura razionale e non discriminatoria presa sulla base della raccomandazione degli esperti? La risposta a questi quesiti, per ora aperta, permetterà di comprendere se l'obbligo di condurre una valutazione scientifica del rischio prima dell'adozione di una misura di precauzione sia stato rispettato.

In aggiunta all'obbligo di effettuare un *risk assessment*, le autorità devono prendere in considerazione, nella fase di *risk management*, i fattori sociali, politici ed economici che potrebbero avere importanza per la valutazione del rischio<sup>11</sup>. Questo significa, come afferma la Commissione Europea, che la realizzazione di un *risk assessment* non basta ma che, prima di adottare una misura di precauzione, le autorità devono confrontare le conseguenze positive o negative dell'azione con le conseguenze positive o negative dell'inazione<sup>12</sup>. Una misura precauzionale dovrebbe essere adottata, infatti, solo se è in grado di fornire un beneficio in termini di riduzione del rischio ad un livello accettabile e quindi se i suoi vantaggi superano gli svantaggi<sup>13</sup>. In

<sup>6</sup> Trib. UE, *Animal Trading e.a. vs Commissione*, T-333/10, EU:T:2013:451, 84.

<sup>7</sup> <https://bit.ly/2Tp4anJ> (ultima consultazione 16/04/2020).

<sup>8</sup> Per la Francia, <https://bit.ly/3bXxubc> (ultima consultazione 16/04/2020). Per l'Italia, <https://bit.ly/2WV2UKY> (ultima consultazione 16/04/2020).

<sup>9</sup> <https://bit.ly/2XpcXqM> (ultima consultazione 16/04/2020).

<sup>10</sup> Commissione europea, *Comunicazione sulla raccolta e l'utilizzo del parere degli esperti da parte della Commissione*, COM (2002) 713 definitivo.

<sup>11</sup> A. DONATI, *Le principe de précaution en droit de l'Union européenne*, Tesi di Dottorato, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2019, 258.

<sup>12</sup> Commissione europea, *Comunicazione sul ricorso al principio di precauzione*, COM (2000) 19 definitivo.

<sup>13</sup> Trib. UE, 17 maggio 2018, *Basf Agro BV vs Commissione*, T-584/13, EU:T:2018:279, 166.

relazione alla crisi del coronavirus, due considerazioni distinte possono essere effettuate. In primo luogo, tale crisi mette in evidenza l'importanza dei fattori non-scientifici nell'adozione di una misura di precauzione. Ad esempio, la dimensione economica e politica del rischio potrebbe aver avuto un impatto nel ritardo con cui i paesi europei, inclusa l'Italia, hanno predisposto misure preventive per evitare la diffusione del virus proveniente dalla Cina. Il timore di rallentare l'economia di un paese e di paralizzare i mercati finanziari, così come il rischio di perdere consenso sul piano politico (tanto più in un contesto di governi instabili o fragili come nel caso italiano), hanno indotto una sottovalutazione della dimensione scientifica del rischio? In questa prospettiva, la politicizzazione della gestione del rischio potrebbe essere interpretata come un ostacolo all'assunzione di misure di precauzione tempestive basate su una valutazione accurata dei costi e dei benefici dell'azione. Per quanto riguarda la dimensione sociale del rischio, intesa come la percezione soggettiva dell'esposizione al rischio, la crisi del coronavirus ha messo in evidenza delle differenze significative, non solo fra i vari Stati membri, ma, all'interno di ciascuno di essi, fra le diverse componenti e gruppi sociali. Percepito da alcuni come una semplice influenza e come una minaccia lontana, il coronavirus costituisce per altri un rischio altissimo ed imminente di danno alla salute. Sebbene la probabilità di diffusione del virus resti invariata da un punto di vista scientifico, la disparità soggettiva di percezione potrebbe spiegare, almeno in parte, la pluralità delle misure restrittive adottate per contrastare la diffusione del coronavirus. In secondo luogo, se l'analisi da parte delle autorità di tali fattori non-scientifici appare legittima rimangono, tuttavia, da valutare le modalità con cui tale valutazione è stata effettuata. Le autorità hanno proceduto ad un'analisi

costi/benefici prima dell'adozione di una misura di precauzione? Quali parametri sono stati presi in considerazione? Che peso è stato assegnato all'evidenza scientifica e agli altri fattori economici, politici e sociali? La risposta a questi quesiti rimane, per ora, aperta, ma sarà, probabilmente, una delle chiavi di lettura principali per valutare il buon operato delle autorità chiamate a gestire l'emergenza del CoViD-19.

### 3. Istituzioni europee e principio di precauzione

A seguito della riunione del Consiglio europeo, convocato per video-conferenza il 10 marzo 2020, il suo presidente, Charles Michel, ha dichiarato che l'Europa farà tutto quanto necessario per agire rapidamente e contenere la diffusione del coronavirus. In questo contesto, è legittimo domandarsi che cosa può e/o avrebbe potuto fare nelle ultime settimane l'Unione europea per far fronte alla crisi del CoViD-19 e che ruolo può o avrebbe potuto esercitare, a tale riguardo, il principio di precauzione.

Per rispondere a queste domande è necessario considerare che in materia di salute pubblica, ai sensi degli articoli 6 e 168 TFUE, la competenza dell'Unione è limitata al compimento di azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'operato degli Stati membri per prevenire la propagazione di malattie e minacce per la salute che abbiano un carattere transfrontaliero. La competenza in materia di salute pubblica rimane, dunque, principalmente a livello nazionale. Tuttavia, come dimostrato dall'emergenza del coronavirus, le crisi sanitarie comportano anche una dimensione economica e finanziaria importante in grado di compromettere la funzionalità del mercato unico europeo. Facendo leva sulla dimensione economica e finanziaria del coronavirus, l'Unione europea è intervenuta in modo diretto per gestire la crisi in corso. A tale riguardo, se la discussione quanto all'opportunità e alle

modalità dell'emissione dei *coronabonds* è ancora in corso, l'UE ha già riorientato una parte significativa del suo budget per aiutare gli Stati membri ad affrontare la crisi del CoViD-19: (i) 37 miliardi di euro del bilancio UE sono stati sblocati per sostenere i sistemi sanitari, le piccole e medie imprese nonché il mercato del lavoro attraverso la *Coronavirus Response Investment Initiative* (CRII); (ii) fino a 28 miliardi di euro di fondi strutturali, compresi nelle dotazioni nazionali per il periodo 2014-2020 e non ancora assegnati a progetti, sono stati assegnati alla gestione della crisi; e (iii) fino a 800 milioni di euro del Fondo di solidarietà dell'UE sono stati destinati ai paesi più duramente colpiti dal coronavirus<sup>14</sup>. A ciò si aggiunge la decisione adottata dall'UE di garantire agli Stati membri una maggiore flessibilità nell'applicazione delle regole relative agli aiuti di Stato e l'annuncio da parte della Banca centrale europea dell'attuazione di un programma di acquisto di titoli di stato e *corporate* per un ammontare pari a 750 miliardi di euro.

Assente fino ad oggi nel mix delle misure economiche adottate dall'UE per far fronte alla crisi in corso, il principio di precauzione potrebbe esercitare un ruolo significativo nella fase di progressiva fuoriuscita dalla crisi in corso. Come avvenuto in passato per la crisi della mucca pazza o, più recentemente, per la crisi della Xylella, le istituzioni europee potrebbero agire sulla base del principio di precauzione, in conformità all'articolo 114 TFUE, per tutelare, da una parte, il funzionamento del mercato interno e, dall'altra, la salute pubblica dei cittadini europei. In quanto strumento d'azione flessibile dal contenuto aperto, la precauzione permetterebbe in effetti

alle istituzioni di bilanciare i diversi interessi in gioco assicurando un grado maggiore di uniformità nella gestione del CoViD-19. Nonostante le sue potenzialità, il principio di precauzione non è annoverato dalla Commissione europea tra i principi chiave che, nelle settimane e mesi a venire, dovrebbero guidare gli Stati membri verso la fuoriuscita dalla crisi del CoViD-19<sup>15</sup>. Secondo la Commissione, infatti, tre principi dovranno essere applicati per valutare i tempi e le modalità di sospensione delle misure restrittive adottate dagli Stati membri: (i) l'azione degli Stati membri dovrà essere basata sui dati scientifici disponibili al fine di ridurre il rischio di un contagio ulteriore; (ii) l'azione degli Stati membri dovrà essere coordinata per minimizzare il rischio di una possibile migrazione del virus da uno stato all'altro; (3) gli Stati membri dovranno fare prova di solidarietà al fine di attenuare le disuguaglianze e di assicurare a tutti i paesi la possibilità di far fronte alle importanti conseguenze economiche e sanitarie della crisi in corso. L'assenza del principio di precauzione fra i principi guida del post-CoViD-19 appare difficilmente spiegabile. Come affermato recentemente dal filosofo tedesco Habermas, «il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir»<sup>16</sup>. In altri termini, la ripresa a livello sanitario ed economico non può prescindere dall'accettazione del carattere limitato delle conoscenze scientifiche disponibili e dall'applicazione del principio di precauzione che traduce, sul piano politico e giuridico, una tale situazione di incertezza scientifica. Il coordinamento e la solidarietà fra gli Stati membri, auspicati dalla Commissione, non potranno, quindi, essere efficacemente realizzati se non a partire

<sup>14</sup> <https://bit.ly/2Zs47LD> (ultima consultazione 16/04/2020).

<sup>15</sup> *Communication from the commission to the european parliament, the european council, the council and the european central bank, European Roadmap*

*towards lifting COVID-19 containment measures*, 15 aprile 2020.

<sup>16</sup> <https://bit.ly/2LPrsyP> (ultima consultazione 16/04/2020).

dall'applicazione tempestiva e rigorosa del principio di precauzione. In questo senso, Pascal Lamy, ex direttore dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) ha affermato che la soluzione della crisi del CoViD-19 necessita il passaggio all'era della precauzione<sup>17</sup>.

#### 4. Nota conclusiva

L'emergenza del coronavirus ha riportato all'attenzione del mondo giuridico, scientifico e politico europeo l'importanza del principio di precauzione come strumento di gestione delle crisi e come meccanismo di protezione della salute pubblica, confermando in tal modo l'affermazione di Eric Naim-Gesbert, secondo cui la precauzione costituisce un principio necessario del nostro tempo<sup>18</sup>. Se il ricorso al principio di precauzione appare legittimo in un contesto di rischio ed incertezza, restano, tuttavia, da valutare tanto il tempismo che le modalità concrete con cui le misure di precauzione sono state e saranno adottate dai vari Stati membri. Dovrà essere, in particolare, oggetto di analisi e di attenzione la conformità di tali misure con le condizioni ed i

requisiti definiti a livello europeo per garantire la trasparenza, l'indipendenza e l'oggettività delle fasi di *risk assessment* e di *risk management*. Se il principio di precauzione offre alle autorità uno strumento efficace di azione in un contesto di crisi, l'emergenza del coronavirus sottolinea, tuttavia, l'importanza e la necessità di disporre, a livello europeo, di un quadro legislativo uniforme che si applichi in modo coerente in tutti gli Stati membri e che consenta una tempestiva attuazione del principio di precauzione. In questa prospettiva e nell'ottica, non solo, di una seconda possibile ondata di contagi legati al CoViD-19 ma, anche e soprattutto, di un progressivo aggravamento delle condizioni ambientali e sanitarie legate all'avanzamento della crisi climatica, appare quanto mai necessario riflettere su un rafforzamento delle competenze europee in materia di salute pubblica. In un mercato sempre più globale, caratterizzato, come dimostrato dall'emergenza in corso, da rischi globali, l'Unione europea non può non disporre delle competenze necessarie per condurre una politica globale di prevenzione e gestione di tali rischi.

(16 aprile 2020)

<sup>17</sup> <https://bit.ly/3cUR4pZ> (ultima consultazione 16/04/2020).

<sup>18</sup> E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, Lexis-Nexis, 2014, 90.

## Il principio di precauzione ai tempi del CoViD-19 tra “rischio” ed “emergenza”

**Teresa Pasquino**

*Professore ordinario di Ordinario di Diritto privato nell'Università di Trento.*

*Mail: [teresa.pasquino@unitn.it](mailto:teresa.pasquino@unitn.it).*

È ragionevole presumere che tutte le azioni della Pubblica Amministrazione, assunte in questa fase della epidemia da CoViD-19 a tutela della salute pubblica, siano state fondate sull'applicazione del c.d. principio di precauzione che, in generale, caratterizza ormai tutta l'azione svolta nell'interesse della collettività.

Peraltro, il ricorso a tale principio non è scevro da rischi per la salvaguardia di tutti i diritti e gli interessi fondamentali delle persone, dovendo, al contrario, essere praticato avendo proprio riguardo alla tenuta dell'intero apparato delle prerogative inviolabili dei singoli e della generalità dei consociati.

È noto che con la Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2002

(Com/2000/01) e con la l. 11 febbraio 2005, n. 15 (che ha modificato ed integrato la l. 7 agosto 1990, n. 241 concernente norme generali sull'azione amministrativa), il principio di precauzione è stato incluso, a pieno titolo, tra i principi generali dell'azione amministrativa nell'ordinamento interno su impulso del diritto europeo<sup>1</sup>. È, altresì, risaputo che esso si è affermato ormai da qualche anno in quanto mezzo capace di garantire equilibrio ed efficienza nella c.d. “società del rischio”, soprattutto dopo che, a seguito della globalizzazione delle economie mondiali, ne è mutata nella collettività la percezione<sup>2</sup>.

E, così, per effetto della citata l. n. 15 del 2005, nell'interesse generale, tutte le autorità competenti sono obbligate «ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici».

Il dibattito che si è sviluppato intorno al principio di precauzione ha visto gli interpreti confrontarsi, da una parte, sull'ipotetica interazione tra il “rischio” di un evento negativo e l'“emergenza”

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* e da ultimo, A. NAPOLITANO, *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *De Iustitia*, 1, 2019, 64 ss. La bibliografia in argomento è molto vasta. Tra i contributi che hanno trattato il tema più in generale v.: F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della Regione. Regione del Veneto*, 2000, 169 ss.; T. MARROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 1233 ss.; M.V. LUMETTI, *Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giustizia amministrativa* 2004, 42 ss.; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*,

Milano, 2005; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio ed azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 51 ss.; A. ZEI, *Il principio di precauzione: programma, regola e metodo*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, 25, 2011; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 142 ss; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

<sup>2</sup> V., al riguardo, R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, op. cit., 3.

di affrontare l'imprevisto e, dall'altra, sulla necessità che le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio del loro potere, assumano i propri provvedimenti in forza di un apposito procedimento istruttorio e valutativo, anche in deroga alle disposizioni ordinarie, tenendo conto non solo delle valutazioni scientifiche e tecniche ma anche e soprattutto coinvolgendo tutte le parti interessate al provvedimento da assumere.

Per poter efficacemente individuare l'ambito di applicazione del principio di precauzione, la citata Comunicazione EU del 2002 stabilisce che esso «comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistano ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possano essere incompatibili con il livello di protezione prescelto»; di modo che, per poter ricorrere ad esso è necessario che : a) vengano individuati gli effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; b) da una valutazione scientifica del rischio, emerga che, per l'insufficienza dei dati, il loro carattere non concludente o la loro imprecisione, non sia possibile determinare con sufficiente certezza il rischio in questione, così che il principio di precauzione operi cautelativamente anche dove non sia ancora dimostrato un qualche rischio per la salute o per l'ambiente, ma questo non possa essere completamente escluso.

In ragione di tale enunciato, è ormai acclarato che il principio di precauzione possa ritenersi

applicabile in ogni caso in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva evidenzi ragionevoli motivi per temere effetti nocivi incompatibili con l'alto livello di protezione perseguito a livello europeo sulla salute pubblica.

Per misurare il reale grado di effettività del principio di precauzione non si può fare a meno di valutare previamente la sua tenuta in rapporto con l'altro principio fondamentale nell'agire pubblico che è il principio di proporzionalità; tanto affinché non si corra il rischio di menomare diritti ed interessi fondamentali delle persone che da quel principio potrebbero essere pregiudicati. A tal fine, appare utile indagare sull'applicazione giurisprudenziale che del principio di precauzione si è fatta nel contesto europeo e nazionale, sul cui sfondo campeggia l'art. 7 del Regolamento del Parlamento europeo 178/02<sup>3</sup>, da cui emerge la necessità di trattare il principio medesimo in combinata lettura con quello di proporzionalità e, in questa combinata formulazione, quale principio generale dell'ordinamento europeo.

Senza pretesa di completezza in questa sede, è sufficiente qui richiamare una recente decisione della Corte di Giustizia la quale ha stabilito che, per una corretta applicazione del principio di precauzione, occorre procedere ad una costante opera di conformazione dello stesso per l'appunto con il principio di proporzionalità; di modo che, presupponendo il principio di precauzione l'applicazione anche del principio di proporzionalità, l'atto che si assumerà non oltrepassi «i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalle norme»<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>4</sup> Corte di Giustizia, 17 ottobre 2013, *Shaible*, C – 101/22, in *Foro amministrativo* – CdS, 2013, 10,

2636. Sia la Corte di Giustizia che la Corte Edu si sono occupate del principio di precauzione a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso. Per limitarsi in questa sede alle sentenze più recenti e significative, cfr. : Corte di Giustizia, 13 settembre 2017, C-111/16,

Ancora più significativo è stato l'orientamento seguito al riguardo dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la quale ha posto l'accento anche sull'esigenza che le pubbliche amministrazioni forniscano adeguate informazioni ai soggetti potenzialmente esposti ai rischi, seppure scientificamente incerti, ed ha riconosciuto, in mancanza, l'integrazione di una ipotesi di inadempimento, con conseguente responsabilità patrimoniale a carico dello Stato<sup>5</sup>. La violazione contestata ha avuto riguardo al diritto al rispetto della vita privata (ex art. 8 CEDU), quale diritto a ricevere dallo Stato ogni informazione utile per una corretta valutazione dei rischi relativi alla propria vita ed alla salute e ad allestire ogni possibile apparato legislativo idoneo a scongiurare ogni minaccia a tali diritti.

In ambito nazionale, il principio di precauzione ha ricevuto un esplicito riconoscimento con il D. Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, c.d. Codice dell'Ambiente (art. 301), ed è fortemente presente in tutte le attività regolate dalla PA.

Tuttavia, sul piano della tutela dei diritti e degli interessi in giuoco, decisivo è sempre stato il ruolo della Corte costituzionale, la cui interpretazione è stata sempre orientata a garantire che il principio stesso, nel necessario bilanciamento, non sia mai “prevalente” quanto piuttosto

considerato in maniera tale che il diritto o le libertà comprese non vengano troppo menomati, soprattutto nei casi in cui, nella valutazione del rischio, persista l'incertezza scientifica<sup>6</sup>.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto il suo ruolo (e pure decisivo) in ordine all'applicazione del principio di precauzione.

Per essa è sufficiente qui richiamare la decisione del Consiglio di Stato del 27 dicembre 2013, n. 6250<sup>7</sup>, che ha definito un vero e proprio decalogo delle regole per una corretta applicazione del principio in parola: secondo il massimo grado della giustizia amministrativa, per l'applicazione del principio occorre procedere attraverso un «percorso esegetico fondato sul binomio analisi dei rischi/carattere necessario delle misure adottate»; il Consiglio di Stato ha, altresì, precisato che «la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità riveli indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili, che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente o alla salute».

Se, dunque, si pone in stretta correlazione il principio di precauzione con il principio di

---

*Fidenato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, on line*, 2018, 245 ss., con nota di S. PITTO, *La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del principio di precauzione*; Corte di Giustizia 17 dicembre 2015, C-157/14, *Neptune Distribution*, in *Foro.it.*, 1, 2016, IV, 16; Corte di Giustizia 9 giugno 2016, C-78/16 e 79/17, in *Responsabilità civile e previdenza.*, 6, 2016, 2006 ss.; Corte Edu 11 ottobre 2011, ricorso n. 5056/10, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Corte Edu 5 dicembre 2013, ricorso n. 32665/10, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>5</sup> Cfr., ad es., Corte Edu 5 settembre 2017, ricorso n. 61496/08 in *Ridare.it*, 27 dicembre 2017.

<sup>6</sup> Anche in seno alla Corte costituzionale il tema del principio di precauzione ha avuto ingresso sin dall'ultimo ventennio del secolo scorso. Tra le pronunce

più recenti si segnalano: Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2014, 4670; 9 maggio 2015, n. 85, in *Rivista AIC*, 3, 2013 con nota di V. ONIDA, *Un conflitto di poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 85/13*; 12 luglio 2017, n. 170, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 4, 1555; 15 aprile, 2017, 240, *ivi*, 6, 2017, 2478.

<sup>7</sup> In *Urbanistica e appalti*, 5, 2014, 551 ss., con nota di G. MANACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un “decalogo” sull'applicazione del principio di precauzione*; Cons. St., 14 aprile 2016, 1509, in *Foro amministrativo*, 4, 2016, 812 ss.; 18 maggio 2015, n. 2495, *ivi*, 5, 2015, 1415 ss.; 6 maggio 2013, 2446, *ivi*, 5, 2013, 1278 ss.

proporzionalità, come si deve anche ai sensi dell'art. 7, Reg. 178/02, un provvedimento precauzionale non potrebbe dirsi valido o conforme al diritto comunitario qualora non integrasse i requisiti dettati dal principio di proporzionalità.

L'operazione di conformazione dei due principi, necessaria in questa fase del giudizio, potrebbe sortire l'adozione di un provvedimento connotato da illiceità, seppur fondato sul principio di precauzione, in quanto sproporzionato; e questo potrebbe verificarsi qualora la misura si rivelasse fortemente pregiudizievole per un bene giuridico diverso ma ugualmente fondamentale rispetto a quello che essa intende immediatamente tutelare.

Il contemperamento dei due principi potrebbe, dunque, rivelare la necessità di stabilire un limite oltre il quale l'adozione del principio di precauzione, che di per sé potrebbe essere sufficiente per legittimare l'idoneità di un provvedimento magari restrittivo, alla fine si riveli insufficiente a giustificare l'applicazione.

È possibile, infatti, che si corra il rischio che, applicando indiscriminatamente il principio di precauzione, vengano posti in evidenza solo i singoli risultati scientifici che giustificano l'adozione di quella determinata misura che poi si rivela assolutamente contraria agli interessi della collettività.

In effetti, la cronaca di recenti eventi, in cui si è agito attraverso l'adozione non ponderata del principio di precauzione, ha palesato un'azione causativa solo di danni e priva di effetti positivi<sup>8</sup>. Si potrebbe, così, aprire lo scenario di azioni risarcitorie non solo da parte di privati che doversero subire lesioni nella sfera dei diritti

<sup>8</sup> Si veda, a esempio, il famoso caso della c.d. *Xylolla fastidiosa*, trattato dal TAR Lazio, 22 gennaio 2016, n.778, in *Foro.it.*, 3, 2016, III, 131 e giunto anche alla Corte di Giustizia 9 giugno 2016 C-78/16 in *Responsabilità civile e previdenza.*, 6, 2016, 2006 ss.

personalissimi e fondamentali, ma anche per violazione dell'art. 7 del Reg. UE 178/02 che impone il bilanciamento del principio di precauzione con quello di proporzionalità; tutto questo senza, tuttavia, perdere di vista il grande limite che si pone in questi casi al sindacato giurisdizionale e che è rappresentato dalle scelte di natura politica, economica e sociale che appartengono alla discrezionalità della PA, nei confronti della quale solo la manifesta inidoneità di un provvedimento, adottato sulla base del principio di precauzione in una qualsiasi materia, in relazione ad uno scopo che l'amministrazione intenda perseguire, può inficiarne la legittimità<sup>9</sup>.

Per come si atteggiavano i principi sopra richiamati e per la loro pervasività, non è fuori luogo ritenere che essi abbiano costituito il fondamento dei provvedimenti emanati dalle Autorità competenti in questa terribile evenienza che ha investito i Paesi di tutto il mondo.

Della diffusione del CoViD-19, di cui non si riesce ancora a stabilire l'inizio, si è avuta notizia solo qualche mese fa con le drammatiche risultanze che hanno messo a dura prova il popolo cinese. Sulla base delle conoscenze fondamentali della scienza che si occupa della materia, al di qua del mondo orientale, gli osservatori, pur paventando il rischio di una possibile pandemia, in ragione del fatto che intorno al CoViD-19 vige tuttora un largo margine di ignoranza, non sono riusciti a prevederne col giusto anticipo il grado di diffusione, di incidenza, di mortalità e di reattività da parte dei singoli e delle comunità. Così, la pandemia ha colto tutti alla sprovvista e, almeno in Italia e, segnatamente, in alcune sue Regioni, ha costretto le Autorità competenti ad un'opera di

<sup>9</sup> Utile la lettura, al riguardo, di P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, cit., 2011 ss.

continuo raffronto tra “precauzione” e “proporzionalità” dell’azione consequenziale necessariamente condizionata dall’“emergenza” che, nel frattempo, era già prevalsa sul “rischio”.

Ne sono derivati provvedimenti davvero eccezionali, tutti giustificati dalla suprema *ratio* della tutela della salute pubblica e dalla necessità di garantire la tenuta del sistema sanitario e, gradatamente, volti a comprimere sempre di più talune libertà che si sono sempre considerate intangibili, costringendo ciascuno di noi a non fermarsi a leggere solo la prima parte delle norme che le contemplano – come spesso avviene – ma a spingersi oltre per coglierne i limiti.

Così, è accaduto per la “libertà di circolazione” che, per l’art. 16 Cost., può essere limitata per «*motivi di sanità e di sicurezza*»; o per la «libertà di riunione», che, per il successivo art. 17 Cost., può essere vietata per «*comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica*»; per la visione di una dimensione collettiva del diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost. che, oltre ad essere personale, è anche tutelato nell’interesse della collettività; o, in generale, per tutte le altre

prerogative personali e collettive che ne risultano menomate – *privacy*, vita di relazione, istruzione ed attività culturali che corredano il nostro sapere, iniziativa economica – e che potrebbero essere ricondotte alla clausola aperta dell’art. 2 Cost. ed alle Convenzioni europee sulla tutela dei diritti delle persone.

Il tempo è stato tiranno nell’opera di conformazione del principio di precauzione con quello di proporzionalità a fronte del CoViD-19 perché, si diceva, l’“emergenza” è arrivata prima della presa d’atto del “rischio”; e se, *ex latere* cittadini, col conforto dei pareri della comunità scientifica, ci si è mostrati via via disponibili ad accettare le limitazioni imposte dalle misure prescritte, *ex latere* delle Autorità competenti è bene non perdere di vista il fatto che, in un sistema come il nostro, simili eccezionali provvedimenti, per loro natura, nel rispetto della giusta ed adeguata informazione agli interessati, non possono che essere ad effetto limitato nel tempo e, dunque, possono durare fino a quando durerà l’“emergenza”.

(23 aprile 2020)



## Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria

Clara Silvano

Dottoranda in diritto amministrativo, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario, Università di Padova.

Mail: [clara.silvano@phd.unipd.it](mailto:clara.silvano@phd.unipd.it).

### 1. Il principio di precauzione nella "scienza incerta": una breve introduzione

Il principio di precauzione, a conclusione di un lungo processo che parte dal diritto internazionale per giungere fino al diritto dell'Unione europea<sup>1</sup>, ha assunto, specie negli ultimi anni, una particolare rilevanza specie nel diritto dell'ambiente.

Proprio con riferimento al diritto dell'ambiente, la Commissione europea ha avuto occasione di evidenziare, con la Comunicazione COM(2000), come «scopo di tale principio è [quello di] garantire un alto livello di protezione dell'ambiente grazie a delle prese di posizione preventive in caso di rischio».

Tale principio, dunque, legittimerebbe l'adozione di provvedimenti da parte dell'autorità amministrativa, al fine di fronteggiare un rischio

che sembra incombere sull'ambiente e di cui non si conoscono ancora esattamente i "contorni"<sup>2</sup>.

In altre parole, se sulla base di una valutazione scientifica attendibile vi è il rischio, anche solo potenziale, di una lesione dell'ambiente, è legittimata l'adozione, da parte dell'autorità amministrativa di volta in volta competente, di provvedimenti finalizzati ad arginare tale rischio.

Un caso emblematico di applicazione di questo principio riguarda la vicenda della tristemente nota *Xylella fastidiosa*, organismo che aveva colpito un gran numero di uliveti nella regione Puglia. In quella occasione la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte giust. UE, sez. I, 09 giugno 2016, n.78) aveva ritenuto valida e rispettosa dei principi di precauzione e di proporzionalità la decisione di esecuzione della Commissione europea che obbligava gli Stati membri a rimuovere, anche senza la previsione di alcun indennizzo, tutte le piante potenzialmente infestate da tale batterio ancorché queste non presentassero ancora sintomi d'infezione, e, dunque, in ultima analisi, soltanto in ragione della loro prossimità a delle piante già infette<sup>3</sup>.

Sebbene il settore dell'ambiente rappresenti la materia in cui il principio di precauzione ha dispiegato in maniera preponderante tutta la sua forza maieutica<sup>4</sup>, la stessa Comunicazione della

<sup>1</sup> O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, tomo I, 153 ss.; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 93 ss.

<sup>2</sup> Come giustamente messo in luce da F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, il principio di precauzione, sviluppatosi nel contesto dell'Unione europea, dispiega la sua azione nel diritto amministrativo italiano anche e soprattutto in forza dell'articolo 1 della legge n. 241/90 il quale impone che l'azione nel suo svolgersi, sia conforme anche ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali rientra, come sopra visto, quello

di precauzione. Per quanto riguarda più specificatamente il diritto dell'ambiente, il principio di precauzione è espressamente richiamato all'art. 301 d.lgs. 156/2006 (Codice dell'Ambiente) ed è pacificamente ritenuto cogente.

<sup>3</sup> In merito alla vicenda giurisprudenziale della *Xylella fastidiosa* si confronti l'approfondito contributo di M.L. SCHIAVANO, *Xylella fastidiosa e principio di precauzione: lo stato (complesso) dell'arte*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 4, 2018, 540.

<sup>4</sup> Si confronti M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2016, 412, per la quale «appare invece singolare che la vera e propria emersione giuridica del principio, a partire dagli anni Novanta, sia avvenuta in materia ambientale

Commissione europea sopra citata ricorda come esso nella pratica trovi applicazione anche in relazione ad altri settori rilevanti, tra i quali rientra senz'altro la tutela della salute pubblica.

In realtà tale circostanza non è altro che una conferma dell'evoluzione storica di questo principio, il quale non a caso è stato per la prima volta applicato – sebbene in maniera inconsapevole – proprio a tutela di tale fondamentale interesse durante l'epidemia di colera che colpì la città di Londra nel 1854 (*Report dell'Agenzia europea dell'ambiente, Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*)<sup>5</sup>.

Anzi, è probabile che tale principio sia destinato ad occupare uno spazio sempre più rilevante, che lo porterà – se non lo avesse già portato – ad assumere i connotati di principio generale che guida l'azione delle autorità pubbliche nella c.d. società del rischio<sup>6</sup>, caratterizzata da uno scenario scientifico e tecnologico in continua evoluzione.

D'altro canto, di fronte a quella che sembra esser sempre più una “scienza incerta”, in continuo superamento di sé stessa, specchio della modernità liquida<sup>7</sup> in cui siamo immersi, il principio di precauzione sembra diventare quasi “l'arma” che al decisore pubblico rimane da invocare per fronteggiare situazioni nuove le quali

---

(v. infra, par. 2), ossia in un settore nel quale, almeno all'inizio, un approccio di tipo cautelare era certamente molto meno scontato, specie se riferito alla protezione dell'ambiente in se stesso e non in funzione della tutela della salute umana».

<sup>5</sup> Sottolinea questa circostanza R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Rivista giuridica urbanistica*, 1, 2020, 15, il quale osserva che, seppur sia ben vero che «è nel contesto del diritto dell'ambiente in senso stretto che il principio di precauzione viene ad assumere la straordinaria, e soprattutto generale, rilevanza che oggi gli viene opportunamente e necessariamente attribuita [...] è comunque, fin dalle prime, e persino inconsapevoli, utilizzazioni del principio, il

rappresentino una minaccia vuoi per la salute pubblica, vuoi per altri interessi pubblici rilevanti<sup>8</sup>.

Un esempio di ciò è fornito da quanto si sta verificando, in maniera tanto evidente quanto dolorosa, nell'attuale emergenza sanitaria legata al diffondersi, su scala globale, del tristemente noto Coronavirus (CoViD-19).

La diffusione di un nuovo agente patogeno, di cui non si sono ancora individuate in maniera univoca le modalità di trasmissione, del quale non si conosce né l'esatto periodo di incubazione né il tempo necessario per la guarigione, e, soprattutto, per il quale non è ancora stato individuato un vaccino, ha indotto i governi dei vari Paesi ad adottare provvedimenti via via sempre più restrittivi e stringenti al fine di cercare di ridurre i numeri del contagio.

È evidente come la logica sottostante a tali misure è esattamente quella posta alla base del principio di precauzione: di fronte ad un nemico in parte sconosciuto e inafferrabile, l'unica via rimane quella di adottare i provvedimenti che, di volta in volta, paiono più opportuni al fine di tutelare la salute pubblica. Di fronte a un rischio, potenzialmente molto alto, ma al quale risulta ancora difficile – a causa dei pochi e confusi dati di cui siamo a disposizione – dare contorni più

campo della sanità pubblica, ossia della sanità come tema e problema di ordine pubblico (interno e internazionale), a rappresentare il terreno elettivo e di “scontro”, ossia il “campo minato” nel quale fasci di interessi e di sensibilità spesso antagonisti si incontrano e si misurano».

<sup>6</sup> U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

<sup>7</sup> Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari-Roma, 2011.

<sup>8</sup> Cfr. M.C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze 1999, 57 ss., 58, la quale evidenzia come sia proprio della società moderna il rivolgersi al diritto per «ammantare di una certezza l'irrisolutezza della scienza».

precisi (si pensi alle incertezze legate alla quantificazione dei numeri dei contagi o all'individuazione del momento preciso in cui dovrebbe realizzarsi il fantomatico "picco"), si dovrebbero adottare, in via precauzionale, decisioni volte a eliminare, o perlomeno a cercare di contenere, le possibilità di contagio.

L'adozione di provvedimenti, sia amministrativi che legislativi, fondati sul principio di precauzione comporta un inevitabile allentamento del principio di legalità dell'azione amministrativa – inteso quest'ultimo come esigenza di certezza del diritto, ossia di necessaria predeterminazione legislativa dei contenuti del potere (legalità sostanziale) –, cui consegue un'inevitabile compromissione della prevedibilità, da parte del cittadino, delle scelte amministrative<sup>9</sup>.

Anche per questo motivo, è necessario che l'applicazione del principio di precauzione sia conforme ai limiti e alle condizioni in primo tempo elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>10</sup> e successivamente tradotti nella Comunicazione della Commissione prima citata.

In questa sede, dopo aver cercato di individuare i limiti e le condizioni cui soggiace la concreta applicazione del principio di precauzione, ci si proverà a chiedere, per quanto solo succintamente, se i provvedimenti presi dal nostro Governo

siano stati effettivamente ispirati dal principio di precauzione e se abbiano fatto buona applicazione di esso.

## 2. Il principio di precauzione e i suoi limiti

Come noto, nell'applicazione concreta del principio di precauzione le misure di volta in volta da adottare devono essere assunte sulla base di una valutazione del rischio il più possibile esaustiva, fondata su pareri scientifici i quali, per quanto si riferiscano ai soli dati a disposizione, ciò non di meno risultino ispirati ai principi dell'eccellenza, della trasparenza e dell'indipendenza<sup>11</sup>.

Alla luce di una tale analisi del rischio, il decisore politico è chiamato a valutare le varie alternative possibili tenendo in considerazione l'indirizzo dettato dalla Commissione in forza del quale, nell'analisi dei vantaggi derivanti dall'azione o dalla inazione dell'autorità pubblica, «le esigenze collegate alla protezione della salute pubblica dovrebbero vedersi riconoscere un carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche».

Nell'esercizio di quest'ampia discrezionalità devono essere pur sempre rispettati i principi di stretta necessità e di proporzionalità della misura precauzionale che si intende adottare<sup>12</sup>. Inoltre, le misure prese devono essere coerenti

<sup>9</sup> Così M. ALLENA, *op. cit.*, 414.

<sup>10</sup> Si confronti Corte di Giustizia, 23 settembre 2003, C-192/01, *Commissione c. Regno di Danimarca*, par. 52, che ha ritenuto non giustificata una misura del governo danese limitativa della circolazione di un prodotto addizionato con vitamine poiché non era stata dimostrata la probabilità di un «danno reale» derivante dallo stesso.

<sup>11</sup> Si confronti Cons. Stato 27 dicembre 2013 n. 6250, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 106, 2014, con nota di P. LOMBARDI, *Piano regionale di tutela delle acque e infrastrutture necessarie sotto la lente del principio di precauzione*, riconosciuta da parte della dottrina, come un vero e proprio «decalogo di regole per una

corretta applicazione del principio di precauzione», ove si legge che «le attività da porre in essere in via precauzionale presuppongono che la valutazione dei rischi di cui dispongono le autorità riveli indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente o alla salute».

<sup>12</sup> M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 58.

con quelle già adottate in situazioni analoghe e non devono risultare discriminatorie.

Infine, le misure di volta in volta assunte devono altresì risultare rispondenti all'evolversi della conoscenza scientifica del fenomeno che si intende arginare, sottoponendole, a tal fine, ad un monitoraggio continuo.

Dalla apposizione di tali limiti si evince il tentativo di dare forma giuridica ad un principio per sua natura e per suo scopo poco incline a farsi imbrigliare entro regole prefissate, per ricondurre l'applicazione all'interno delle regole proprie di uno Stato costituzionale di diritto.

### 3. I provvedimenti del Governo italiano alla luce del principio di precauzione

Il primo provvedimento adottati dal nostro Governo per la gestione del rischio sanitario legato all'espandersi del contagio da Coronavirus consiste nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 con cui veniva «dichiarato [...] lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», collocabile nel quadro normativo delineato dal d. lgs., 2 gennaio 2018, n. 1, recante il Codice della protezione civile.

Di fronte al precipitoso aumento del numero dei contagiati, con l'esplosione dei focolai nel lodigiano e nella provincia di Padova, tale sistema sembrava però eccessivamente farraginoso e poco efficace, cosicché esso è stato sostituito da un altro meccanismo emergenziale, previsto quest'ultimo dall'art. 32 della legge n. 833/1978, il quale attribuisce al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di igiene e sanità pubblica, con efficacia estesa all'intero territorio

nazionale ovvero ad una parte di esso, comprendente più regioni; lo stesso potere è altresì attribuito al Presidente della giunta regionale e ai sindaci con efficacia limitata ai rispettivi territori di competenza.

Dopo due soli giorni dall'adozione di queste misure il Governo ha ritenuto necessaria l'adozione del d.l., 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, optando dunque per una terza via, non direttamente riconducibile né alla normativa contenuta nel Codice della protezione civile, né a quella in materia di emergenze sanitarie<sup>13</sup>

Il decreto legge da ultimo citato, da un lato, ha ripreso le misure di cui alle due ordinanze del Ministro della salute del 21 febbraio 2020 (art.1, comma 2), mentre, dall'altro, ha abilitato le autorità competenti ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, comma 1), tra cui rientrano non solo quelle specificatamente individuate nell'articolo medesimo, ma anche «tutte le misure ulteriori di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19» (art. 2).

Con la chiara intenzione di accentrare a livello centrale il potere decisionale, si stabilisce che tali misure vengano adottate «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 coinvolte ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti di Regione se la misura coinvolge l'intero territorio nazionale.

<sup>13</sup> Così M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020 (ultima consultazione 26.4.2020).

A partire da quel momento sono stati adottati ben nove D.P.C.M. – rispettivamente in data 23 febbraio, 25 febbraio, 1 marzo, 4 marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo, 22 marzo, 10 aprile – che hanno reso sempre più severe le misure di contenimento dell'epidemia, estendendole senza distinzioni all'intero territorio nazionale.

Passando ora ad analizzare le misure adottate con la lente del principio di precauzione, la prima considerazione che emerge è che, in realtà, i provvedimenti delle nostre autorità politiche siano arrivati quando ormai il rischio dell'epidemia si era già trasformato in una vera e propria emergenza sanitaria. Ciò è reso palese dallo stesso linguaggio impiegato dal legislatore che, nella delibera del 30 gennaio 2020 si riferisce al "rischio" sanitario, mentre già nel decreto-legge del 23 febbraio parla di "emergenza" sanitaria.

Il ritardo da parte del Governo nell'adozione dei provvedimenti volti a contenere il diffondersi dell'epidemia, in spregio proprio del principio di precauzione che avrebbe dovuto guidare il decisore pubblico in questa difficile situazione, è stato peraltro sottolineato anche da autorevoli scienziati tra cui il Professor Burioni, Ordinario di Microbiologia e Virologia presso l'Università Vita-Salute San Raffaele di Milano, e il Professor Crisanti, Ordinario di Epidemiologia e Virologia dell'Azienda Ospedaliera dell'Università di Padova, i quali, pur elogiando le coraggiose misure messe in campo dal Governo per affrontare l'emergenza sanitaria in corso, ne hanno riscontrato la mancata tempestività.

Secondo l'opinione di tali due scienziati, di fronte allo scoppio dell'epidemia di Coronavirus nella provincia di Wuhan (Cina), il nostro Governo avrebbe dovuto assumere fin da principio misure restrittive della libertà di circolazione in entrata nel nostro Paese, effettuando maggiori controlli per prevenire l'arrivo del contagio. Ancora, si dice che le misure draconiane adottate solo con

gli ultimi decreti si sarebbero dovute prendere prima dell'esplosione incontrollato dei contagi cui si è assistito negli ultimi giorni.

Tuttavia, come evidenziato più sopra, l'adozione di misure sulla base del principio di precauzione deve essere in primo luogo proporzionata al rischio, così come esso è conosciuto, che si intende arginare: nell'attuale emergenza sanitaria, il rischio legato al diffondersi dell'epidemia nel nostro Paese sembrava ancora lontano e non appariva in grado di legittimare la scelta di prendere provvedimenti così fortemente restrittivi, i quali, peraltro, in mancanza della reale percezione del rischio, sarebbero stati sistematicamente elusi da parte della popolazione.

Se questo ragionamento è senz'altro valido con riguardo all'adozione di provvedimenti limitativi dei nostri diritti costituzionali, ci si chiede se non potessero venir prese altre misure precauzionali da parte delle autorità competenti per affrontare la possibile esplosione di un'epidemia su scala nazionale. Si sarebbe potuto, ad esempio, riorganizzare le varie strutture sanitarie, assegnando alcune strutture alla cura esclusiva del CoViD-19? Si sarebbero potuti aumentare, in via precauzionale – e non invece in via soltanto emergenziale, come poi avvenuto – i posti in terapia intensiva nei nostri ospedali?

La risposta non è certamente semplice, dal momento che la riorganizzazione delle strutture ospedaliere avrebbe richiesto un notevole sforzo logistico e di spesa, con contestuale sacrificio delle prestazioni di cura quotidianamente offerte nei nostri ospedali.

In ogni caso, il dato evidente è che le dovute misure di contenimento del contagio sono state applicate dal nostro Governo solo quando il rischio non si presentava più soltanto come potenziale, ma era diventato tremendamente reale. In questo senso, allora, nel tentativo di fornire una sia pur concisa risposta all'interrogativo più sopra

formulato si può ritenere che il nostro Governo non ha fatto buon uso del principio di precauzione nella gestione del rischio legato alla diffusione del Coronavirus: la presenza di un rischio grave per la salute pubblica avrebbe invece richiesto il tempestivo dispiegamento di misure contenitive al fine di garantire la miglior protezione possibile. Il fatto che il rischio non sia stato fin da subito percepito come tale, perché “confinato” nella lontana Cina risulta difficilmente giustificabile, poiché non tiene conto del contesto ormai globale nel quale da tempo tutti viviamo e quindi della possibilità – poi concretamente avveratasi – di uno sviluppo su scala mondiale del contagio.

Lo stesso errore di sottovalutazione, o comunque di non adeguata gestione del rischio sanitario, è stato compiuto anche dagli altri Paesi europei, i quali nonostante la dolorosa testimonianza di quello che stava accadendo nella vicina Italia, e non più solo nella lontana Cina, hanno agito solo quando la situazione aveva già assunto, anche nel loro territorio, i connotati dell'emergenza.

Una volta entrati nell'emergenza, il principio di precauzione è stato nuovamente chiamato in causa, ma, questa volta, in maniera corretta: di fronte ad un rischio drammaticamente presente, ma comunque non ancora ben definito nei suoi contorni, per tutti i profili di incertezza che ancora riguardano questo nuovo agente patogeno, sono state messe in campo le misure di

contenimento più drastiche possibili al fine di garantire il massimo livello di protezione dell'interesse alla salute pubblica, con un terribile quanto inevitabile sacrificio di altri interessi, primo fra tutti quello economico.

Seguendo l'andamento dei contagi, che sta registrando in Italia una lenta ma costante flessione, il Governo sta pian piano allentando le misure prese che comprimono fortemente diverse libertà costituzionalmente tutelate – tra cui la libertà personale, di circolazione, di riunione, di culto, la libera iniziativa economica e l'adempimento del proprio diritto allo studio.

Anche in questa azione si può notare un'adesione al principio di precauzione che impone un continuo monitoraggio delle misure adottate, le quali devono adeguarsi alla situazione di rischio che intendono combattere. Ancora, entrando nel merito delle misure disposte con il D.P.C.M. 26 aprile 2020, che sancisce per il 4 maggio il passaggio alla c.d. “fase due” di convivenza con il virus, si vede come la ripartenza delle attività economiche è stata predisposta in modo cauto e prudente, proprio per garantire il minor rischio possibile per la salute pubblica. Ciò perché, come sopra riportato, nel delicato bilanciamento degli interessi guidato dal principio di precauzione, «le esigenze collegate alla protezione della salute pubblica dovrebbero vedersi riconoscere un carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche».

(30 aprile 2020)

## La regola, l’eccezione e la tecnologia

Amedeo Santosuosso\*

THE RULE, THE EXCEPTION, AND THE TECHNOLOGY

ABSTRACT: This article briefly describes the role of new technologies in the response strategy against the CoViD-19 emergency, focusing on the different instruments implemented to slow down the spread of the disease. Taking the contact tracing app *Immuni*, developed by the Italian government as a case study, the paper reflects on how exceptions to general rules should be designed in order to best ensure the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; technology; contact tracing apps; exception

SOMMARIO: 1. La regola e l’eccezione – 2. Scelte costituzionali – 3. Le tecnologie – 4. Il caso dell’app di tracciamento – 5. Un punto al 3 maggio 2020...più di una conclusione

### 1. La regola e l’eccezione

Il passaggio dall’eccezione alla regola è sempre molto delicato. Vi è la necessità di smobilitare apparati e comportamenti che la condizione di eccezionalità aveva giustificato e, per altro verso, si avvia, più o meno consapevolmente, un processo di inevitabile sedimentazione di quanto sperimentato nel momento della gravità assoluta (e che è risultato utile) all’interno delle nuove condizioni date. Nulla avviene senza lasciare tracce, si potrebbe dire. Si pensi banalmente ad alcune cautele igieniche introdotte negli ospedali negli anni ’80 del secolo scorso per i pazienti HIV e che poi sono diventate buona regola generale.

La fase dell’eccezione è quella della necessità, dove le scelte sociali e politiche devono essere nette e forti. Ecco allora che, a fronte di un’aggressione virale rispetto alla quale non si hanno conoscenze e difese specifiche, si ricorre all’antica e tradizionale quarantena, come per la peste che a inizio Settecento invase la città di Noia (Puglia), secondo il suggestivo (quanto ovviamente datato) racconto di Pietro Colletta: «[I]a misera città fu chiusa da tre circoli di fossato, l’uno dei quali a sessanta passi; l’altro novanta, il terzo (segno più che ostacolo) a dieci miglia; le scolte guernivano quei ripari, e luminosi fuochi gl’illuminavano nella notte. Era pena la morte a chi osasse di tentare il passaggio; e però un infelice fatto demente per morbo o per paura, fuggendo la infausta terra, e non fermando per avvisi o comandi da molti archibugiate fu ucciso»<sup>1</sup>.

\* Professore a contratto del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Pavia e autore di *Intelligenza e artificiale e diritto*, edito nel 2020. Mail: [amedeo.santosuosso@unipv.it](mailto:amedeo.santosuosso@unipv.it). Il presente lavoro è aggiornato al 3 maggio 2020.

<sup>1</sup> P. COLLETTA, *Storia del Reame di Napoli*, libro VIII, cap. I, 1834, XVIII.

Si tratta di scelte difensive. Il virus è attivo. Noi, invece, ci fermiamo e ci isoliamo, prima chiudendo le frontiere e poi chiudendoci in casa. Il presupposto è che il virus arrivi dall'esterno e non sia endemico.

Nella fase successiva il gioco cambia e noi tiriamo fuori la testa dai rifugi dove eravamo rintanati. Diventiamo parte attiva nelle nuove condizioni date. Torniamo alle regole ordinarie o ne creiamo di nuove. Di queste regole portiamo una responsabilità piena rispetto a quelle introdotte quando l'unico criterio era, *fermi tutti e state a casa*. Siamo noi creatori e parte attiva dello scenario.

Le scelte pubbliche, sia nella condizione di eccezione, sia nella fase successiva, sono rese ancora più difficili dal fatto che le due fasi sono certo distinguibili logicamente, ma sono cronologicamente sovrapposte, visto che la necessità sociale e economica ci dice di ripartire mentre il virus, pur avendo perso forza, è ancora attivo e pericoloso.

Di qui la necessità di risposte ispirate a solidi criteri, che funzionano come bussola per misure sufficientemente flessibili e aperte.

## 2. Scelte costituzionali

Su questo sfondo si innestano le scelte giuridiche e anche quelle che riguardano l'uso delle tecnologie, come si vedrà più avanti.

Come è noto l'Italia, a differenza di altri paesi (come, ad esempio, la Francia), non ha nel proprio armamentario costituzionale la possibilità che sia dichiarato lo stato di eccezione, che crea una nuova, pur temporanea, condizione giuridica. Tuttavia, indipendentemente dalla costruzione giuridica, la situazione materiale di eccezionalità accade ugualmente, costringendo gli organi dello Stato a piegare, in qualche modo, gli strumenti ordinari alle esigenze straordinarie. Ecco allora l'uso dei discutibilissimi Decreti del Presidente del Consiglio, in forza del Decreto-legge che conferisce poteri speciali al Presidente del Consiglio<sup>2</sup>. Oltre la polemica politica, il Presidente della Repubblica ha provveduto a dare una copertura da *moral suasion* a quello che appena il giorno prima la Presidente della Corte costituzionale aveva, con il garbo istituzionale del ruolo ricoperto, stigmatizzato con chiarezza: «[l]a Corte costituzionale ha affermato in varie occasioni che più la compressione di un diritto o di un principio costituzionale è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo. Le limitazioni si giudicano secondo il test di proporzionalità che risponde a queste domande: si sta perseguendo uno scopo legittimo? La misura è necessaria per quello scopo? Si è usato il mezzo meno restrittivo tra i vari possibili? Nel suo insieme, la norma limitativa è proporzionata alla situazione?».

Tuttavia, quale che sia il sistema costituzionale, una cosa è chiara, anche laddove lo stato di eccezione sia formalizzato e formalizzabile: gli istituti e le istituzioni di garanzia devono essere attive e svolgere la loro funzione di controllo, in primis il Parlamento e la magistratura, così come la libera stampa. E tale controllo deve essere esercitato ed esercitabile anche durante la situazione eccezionale. Limitare la funzionalità del Parlamento a causa dei rischi di contatto non solo è un cattivo esempio per tutti quei cittadini che professionalmente sono esposti a rischio (si pensi al personale sanitario o

<sup>2</sup> Decreto-Legge del 23 febbraio 2020 n.6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, che all'art. 3 prevede «[l]e misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, [...] con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri».

a quello dei supermercati), ma è pericoloso anche sul piano politico/istituzionale, perché rischia di alimentare le tentazioni extraparlamentari di un’opposizione che si sente autorizzata a dire di non avere voce nel circuito politico e istituzionale<sup>3</sup>. E non è un bene neanche la condizione di chiusura come nel periodo feriale dei Tribunali e delle Corti.

### 3. Le tecnologie

Le tecnologie si sono guadagnate una popolarità inattesa, nell’insegnamento e in tutti gli aspetti delle attività economiche e nella vita di relazione. Se si fa l’esercizio mentale di immaginare i mesi dello *stare a casa* senza avere a disposizione internet, si comprendono immediatamente due cose. I diffidenti, se non nemici, delle tecnologie sembrano spariti, sciolti come neve al sole, insieme ai no vax. Il livello di accettazione sociale è diventato altissimo. Persino molti giudici, fino a ieri guardinghi o riotosi a usare nuove tecnologie, hanno preso così gusto al lavorare da remoto, tanto da fare a meno, talora indelicatamente, degli avvocati, suscitando così comprensibili reazioni da parte di costoro, che si sentono tecnologicamente emarginati e privati della possibilità di svolgere la loro funzione costituzionale.

La seconda cosa che appare evidente è il *divide* tecnologico esistente in Italia, sia sotto il profilo della mancanza di un’ampia copertura del territorio nazionale con una connessione adeguata (vi sono ampie zone del Paese che non hanno una copertura degna di tal nome), sia sotto il profilo dell’esistenza di una parte di popolazione che non ha, per limiti economici o culturali, computer e strumenti per connettersi o contratti per l’accesso a Internet.

Secondo una fonte giornalistica solitamente affidabile «i maggiori operatori telefonici segnalano che il traffico dati sulle linee fisse è aumentato [a metà marzo 2020] in media del 20% con picchi del 50%. È il più grande esperimento di lavoro a distanza mai attuato nel nostro Paese. [...] oggi gli immobili che sono connessi in fibra ottica e wireless alla nuova rete a banda ultralarga sono 2,2 milioni, e per altro la fibra si ferma a una distanza che va dai 10 ai 40 metri dalle abitazioni. In pratica più di 11 milioni di residenti in quelle aree restano scoperti. Parliamo di zone montane, campagne, periferie, ma anche singoli quartieri di grandi città. Solo nelle tre regioni più colpite dall’emergenza, cioè Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto, i comuni o le frazioni in cui non è possibile svolgere uno smart working o un telelavoro efficiente sono ben 2.349»<sup>4</sup>.

Non si può allora non pensare ai tanti giovani studenti che si trovano in questa condizione di povertà relativa, magari perché tutti in casa, genitori e fratelli, fanno lavoro agile o devono seguire corsi scolastici e universitari. Il diritto allo studio e l’art. 34 della Costituzione vanno riletti alla luce di questa nuova realtà: «[l]a scuola è aperta a tutti. L’istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze [...]». Così come anche la libertà dell’arte e della scienza e del loro insegna-

<sup>3</sup> Avevo dedicato a questo aspetto una lezione aperta nel mio corso presso il Dipartimento di giurisprudenza di Pavia, con la partecipazione di Alison Clarkson, Oliver Goodenough, Sara Azzini, Barbara Bottalico e Giulia Pinotti, disponibile presso <https://www.unipv-lawtech.eu/ai---tech---covid.html>.

<sup>4</sup> M. GABANELLI, R. QUERZÈ, *Il test (improvvisato) dello smart working*, in *Corriere della Sera*, 16 Marzo 2020 Digital Edition

mento (art. 33) e l'impegno della Repubblica di promuovere «lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica» (art. 9). Senza contare il lavoro, in tutte le sue forme, che è oggetto non solo di dichiarazioni generali, come negli artt. 1 e 4, comma 1, Cost., ma anche di un impegno a promuovere «le condizioni che rendano effettivo questo diritto», oltre alle norme dedicate alle donne e alla retribuzione.

Ma come fanno a essere effettivi questi diritti se la connettività è scarsa o discontinua e se i mezzi per accedervi (connessione e computer) sono costosi? Su quest'ultimo aspetto è necessario essere molto chiari. Il lavoro lo crea la libera attività di impresa e non la Repubblica. Ma qui si sta discutendo di altro, della creazione di infrastrutture, che consentano le attività di libera scuola, libera ricerca, libera arte e libero lavoro. L'impegno per le infrastrutture non può che essere pubblico, o nella forma diretta o stabilendo incentivi per i privati laddove la remuneratività sia scarsa. Il che vale in modo simile anche per le provvidenze che rendano effettivo il diritto allo studio.

Si scopre così che, a questo punto (e anche grazie al CoViD-19!), il problema non è tecnologie *sì* o *no*, ma tecnologie *come*.

#### 4. Il caso dell'app di tracciamento

Che un tracciamento dell'evoluzione della pandemia sia cosa utile è fuori discussione. Il problema è come il tassello *App* si inserisce all'interno di una strategia che tenga conto della particolarità della situazione come la abbiamo descritta sopra (sub 1): è difficile fare scelte che riguardano due fasi distinguibili logicamente ma cronologicamente sovrapposte. Da questo punto di vista può essere utile definire alcuni criteri che tengano conto di tale sfondo e dell'intreccio tra fase 1 e fase 2.

Nella fase 1 si reagisce a un'invasione (isolamento degli stati, frontiere e isolamento delle persone) e l'obiettivo di uno strumento come l'app di tracciamento risponde alla logica di *vedere* cosa il virus fa, come si comporta, come si propaga, dove ecc. Si tracciano i contagi per tracciare il virus.

Nella fase 2, invece, si esce dall'isolamento e si è attivi: allora diventano rilevanti tamponi, test sierologici per chi va al lavoro, e la telemedicina per seguire attivamente chi contrae l'infezione e ha bisogno di cure a casa piuttosto che in ospedale, e altri strumenti di medicina sul territorio<sup>5</sup>.

Se è vero, e pare evidente, che le fasi 1 e 2 si sovrappongono cronologicamente, allora vuol dire che abbiamo bisogno di entrambe le visioni e di entrambi i tipi di mezzi di intervento. Di questo mostrava di essere consapevole il Governo quando ha lanciato la *fast call* su questo tema: «individuare [...] le migliori soluzioni digitali disponibili relativamente ad app di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti e a tecnologie e strategie basate sulle tecnologie per il monitoraggio "attivo" del rischio di contagio, e coordinare a livello nazionale l'adozione e l'utilizzo di queste soluzioni e tecnologie, al fine di migliorare i risultati in termini di monitoraggio e contrasto alla diffusione del Covid-19»<sup>6</sup> Si cercavano, dunque, idee di soluzioni informatiche e di connettività per la «teleassistenza per pazienti

<sup>5</sup> D.M. STUDDERT, M.A. HALL, *Disease Control, Civil Liberties, and Mass Testing — Calibrating Restrictions during the Covid-19 Pandemic*, in *The New England Journal of Medicine*, April 9, 2020.

<sup>6</sup> Ministero dell'Istruzione, Ministero della Salute, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione, Istituto Superiore di Sanità e, in collaborazione con l'Organizzazione Mondiale della Sanità: <https://innovazione.gov.it/telemedicina-e-sistemi-di-monitoraggio-una-call-per-tecnologie-per-il-contrasto-alla-diffusione-del-covid-19/> (visitato il 2 aprile 2020).

domestici, sia per patologie legate a Covid-19 sia per altre patologie, anche di carattere cronico», per «tecnologie e soluzioni per il tracciamento continuo, l’alerting e il controllo tempestivo del livello di esposizione al rischio delle persone e conseguentemente dell’evoluzione dell’epidemia sul territorio». Il tutto allo scopo di «agire in modo coordinato a livello nazionale».

Un lettore in buona fede avrebbe potuto vedere in questo scenario una sorta di concorso di idee. Come quando, per esempio, per realizzare un nuovo quartiere o un nuovo ponte, non si parte dal bando per l’assegnazione dei lavori, ma si chiede alla comunità scientifica di riferimento (architetti e ingegneri) di proporre idee per quella realizzazione: la migliore viene selezionata! E seguono i bandi. Poi, però, le cose prendono una piega tutta diversa, che, tra comunicazioni riluttanti o poco chiare, arriva a una scelta fondamentale del Governo che pare essere quella di assicurare: nessun dato personale in gioco, solo codici anonimi, no geolocalizzazione<sup>7</sup>, solo tecnologia Bluetooth, dati (codici alfanumerici) che rimangono sugli *smartphone*, nessun obbligo (né diretto né indiretto) di scaricare l’app (quindi centralità del consenso), nessuna centralizzazione dei dati, cancellazione di tutti i dati a data fissa.

Tutto sembra inteso a dire che non sia necessario attivare la deroga al trattamento dei dati che il GDPR prevede all’art. 9, comma 2, per motivi di sanità pubblica. Il Garante per la privacy, per parte sua, prende atto di questo progetto, pur ribadendo che sarebbe necessario un provvedimento di legge<sup>8</sup> per introdurre un sistema del genere, pur a basso impatto (vien da chiedersi se qualcuno abbia mai pensato che con il Bluetooth si potesse procedere per atti amministrativi!).

Tra alti e bassi, si arriva, così, al decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, che, tra altre misure urgenti, contiene anche quelle «per l’introduzione del sistema di allerta Covid-19». Il Garante per la privacy italiano ha espresso parere favorevole sul testo, con un parere del 29 aprile, che chiede solo lievi modifiche e si riserva la valutazione delle modalità di attuazione tecnica.

Ricapitolando. A leggere il d.l. sembra che le promesse di basso impatto siano rispettate. Il Garante ha dato un suo parere positivo. Vi è, quindi, un provvedimento legislativo che cita l’art. 9, comma 2 del GDPR e che fissa una data di distruzione dei dati. Si può allora dire che tutto si sia ricanalato nei giusti percorsi istituzionali? Forse sì, anche se è necessaria una lettura più attenta del d.l. e un esame dei risvolti tecnici, ivi compresa la lettura del decreto ministeriale attualmente in stesura.

Tuttavia, alcune cose rimangono, diciamo così, in sospeso.

In termini generali un motivo di perplessità, che viene avanzato da una prospettiva certo non ostile all’uso di queste tecnologie e che non si riferisce solo all’Italia, riguarda il fatto che le app in questione non dovrebbero essere implementate senza la pubblicazione di studi-pilota o valutazioni del rischio: «[s]peed is, of course, of the essence, but so is due diligence and due process»<sup>9</sup>.

Quanto all’App italiana l’efficacia del sistema è ancora incerta. Il Governo ha, in un primo momento, dichiarato che il sistema sarebbe stato utile se vi avessero aderito il 60% degli italiani, una percentuale che si scontrava con il dato di fatto che solo il 66% degli italiani (così pare) sia dotato di uno

<sup>7</sup> Come il gruppo di consulenti presieduto da Vittorio Colao aveva invece suggerito.

<sup>8</sup> Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull’uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l’emergenza epidemiologica da Coronavirus Commissione IX (Trasporti, Poste e Telecomunicazioni) della Camera dei deputati (8 aprile 2020)

<sup>9</sup> *COVID-19 digital apps need due diligence*, in *Nature*, 580, 30 April 2020, 563, in un editoriale che non è dedicato solo all’Italia

*smartphone*. Il che comporterebbe che il 90,9% dei possessori di *smartphone* aderisse, senza contare che secondo calcoli fatti da studiosi di tutto rispetto «per essere davvero utile nel tracciare i contagi la app dovrebbe essere utilizzata almeno dal 70% degli italiani»<sup>10</sup>. Queste preoccupazioni sono in linea con i rilievi sull'efficacia di questi sistemi formulati dalla rivista *Nature*, secondo la quale, «in any encounter between two randomly chosen people, there is only a 4% chance that both will have the app»<sup>11</sup>.

A questo punto arriva la sconcertante affermazione di alcuni esponenti di Governo, secondo la quale anche un'adesione del 20 o 30% sarebbe utile.

Questo aspetto della questione mette in luce una correlazione ovvia, ma forse sottovalutata: a una minore intensità/invasività del sistema corrisponde una minore utilità del sistema stesso, utilità relativa che, se si assottiglia molto, finisce con il non giustificare più neanche un sistema meno invasivo.

Vero è che il sistema meno invasivo è stato, per così dire, patrocinato dalla Commissione EU con una raccomandazione dell'8 aprile scorso ispirata esattamente a questa filosofia<sup>12</sup>, ma questo non ci esime dal tenere conto di alcuni dati di realtà che emergono dalle esperienze fatte in altre parti del mondo.

Infatti, come fa notare ancora *Nature*, la risposta CoViD-19 di Singapore e della Corea del Sud si è basata su una strategia di test completa, sostenuta da una rete nazionale di tracciatori che intervistano le persone infette e tracciano i loro contatti. La strategia include l'utilizzo di avvisi telefonici e si basa su un alto grado di sorveglianza delle persone: quando una persona risulta positiva a CoViD-19, viene visualizzato un avviso di testo inviato a tutti coloro che vivono nelle vicinanze. L'avviso in genere include un collegamento a un registro dettagliato dei movimenti della persona infetta che vengono ricostruiti da dati pubblici, come le telecamere a circuito chiuso. E al governo è anche permesso di accedere a registri riservati, come le transazioni con carta di credito. I dati vengono quindi archiviati centralmente dalle agenzie governative<sup>13</sup>.

La comunicazione delle autorità pubbliche e del Governo italiano è malferma e reticente. Solo così si spiega come, a tre giorni dal d.l. tutto centrato, pare, sulla tecnologia leggera del Bluetooth, si scopre che il Ministro della salute ha firmato lo stesso 30 aprile un decreto ministeriale che definisce i «criteri di monitoraggio», che avrebbe impostato un «solido sistema di sorveglianza» su dati aggregati che porta al reclutamento di 6.000 esperti tracciatori chiamati, secondo fonti giornalistiche, a fare un lavoro che sarebbe simile a quello della Corea del Sud<sup>14</sup>. Forse è questo uno dei motivi all'origine della notizia secondo la quale pare si stia lavorando a una seconda app<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Enrico Bucci (professore di Biologia alla Temple University di Philadelphia). intervistato da *La Repubblica* del 21 Aprile 2020.

<sup>11</sup> *COVID-19 digital apps need due diligence*, cit.

<sup>12</sup> Brussels, 8.4.2020, C(2020) 2296 final, Commission Recommendation of 8.4.2020, *On a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*.

<sup>13</sup> *COVID-19 digital apps need due diligence*, cit.

<sup>14</sup> G. DI FEÒ, *Coronavirus, è il tracciatore di contatti la figura più richiesta in Occidente*, in *La Repubblica*, 2 maggio 2020, reperibile in: <https://bit.ly/3d13Rr6>.

<sup>15</sup> M. PENNISI, *Coronavirus, App Immuni: ecco come funziona (e i dubbi che restano). La corsa per essere pronti il 18 maggio*, in *Corriere della sera*, 30 aprile 2020, disponibile in <https://bit.ly/3e7zFKS>.

E cosa dire poi del fatto di usare la tecnologia Apple e Google, e alle condizioni imposte da queste *big companies*? La risposta di chi sottovaluta il problema, *tanto sanno già tutto di noi*, non convince. Vi sono almeno due aspetti: da un lato, la totale mancanza di controllo su come Apple e Google incroceranno i nuovi dati (anche solo quantitativi) con tutti gli altri dati che sono in loro possesso<sup>16</sup> fino a non potersi escludere che i dati aggregati possano trasformarsi con relativa facilità in dati personali. Ma anche se restassero ancora aggregati, il drenaggio di una tale grande quantità di dati avrebbe comunque un valore economico enorme. Era proprio necessario fare questo *cadeaux*? La Francia sembra muoversi su una via diversa, si dirà improntata a un *sovranoismo digitale*, ma che non ha avuto spazio nel dibattito italiano (almeno finora). Mentre le scelte della Germania non sono ancora note.

### 5. Un punto al 3 maggio 2020... più che una conclusione

Tutto fa pensare che non si sia intesa adeguatamente la possibilità offerta dal Regolamento sulla privacy (GDPR) all’art. 9, dove prevede la possibilità di una deroga al divieto di trattamento di dati per ragioni di sanità pubblica: una legge che interrompa la regola, con limiti chiari e dichiarati e per il tempo strettamente necessario. Questo doveva essere il fulcro del Decreto-Legge del 30 aprile, piuttosto che una fugace citazione.

Solo una chiara e temporanea interruzione della regola rende possibile una altrettanto chiara cessazione dell’eccezione e il ritorno alla regola. La confusione istituzionale di cui il governo è stato capace costringe a ricordare alcuni punti irrinunciabili. La regola fondamentale, che non ha bisogno di giustificazioni, è la libertà (quella personale, di movimento, di riunione), mentre le limitazioni sono solo eccezioni, che devono essere sottoposte a rigoroso scrutinio e giustificazione. Parlamento e magistratura devono tornare alla piena attività al più presto!

Solo in un contesto simile si potrà aprire una seria discussione sui dilemmi che derivano dalla frizione tra il nostro essere tutti biologicamente interconnessi e il meraviglioso “artificio” della libertà individuale.

---

<sup>16</sup> P.D. LELOUP, *Application StopCovid: la France isolée dans son bras de fer avec Apple et Google*, in *Le Monde*, 28 Avril 2020, disponibile in [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/28/application-stopcovid-la-france-isolee-dans-son-bras-de-fer-avec-apple-et-google\\_6038015\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/28/application-stopcovid-la-france-isolee-dans-son-bras-de-fer-avec-apple-et-google_6038015_4408996.html).



## La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoVid-19?

Roberto Caso\*

SCIENCE WILL NEVER BE THE SAME AGAIN. MORE SHARING, COOPERATION AND SOLIDARITY AFTER COVID-19?

ABSTRACT: We live in times of bewilderment and confusion. At times like these, it is not unusual to meet opinions about the future. It is perhaps an escape from the uncertainty of the present that grips us. Some voices have argued that humanity after the CoVid-19 pandemic will never be the same again. Optimists say that we will be better. The pessimists predict that we will repeat the mistakes of the past, aggravating them and opening the doors to a new threat for us, for the other species and for the planet. What about science?

KEYWORDS: CoVid-19; pandemic emergency; intellectual property; Open Science; Open Access

SOMMARIO: 1. La scienza sarà migliore? – 2. La scienza al servizio del profitto, la competizione globale e la proprietà intellettuale – 3. Una visione diversa: l'Open Science e l'Open Access – 4. Conclusioni.

### 1. La scienza sarà migliore?

**V**iviamo tempi di smarrimento e confusione. In momenti come questi, non è inusuale incontrare opinioni sul futuro. È forse una via di fuga dall'incertezza del presente che ci at-tanaglia.

Voci autorevoli hanno sostenuto che l'umanità dopo la pandemia del CoVid-19 non sarà più la stessa. <sup>1</sup>Gli ottimisti affermano che noi esseri umani saremo migliori. I pessimisti prevedono che ripeteremo gli errori del passato, aggravandoli e aprendo le porte a una nuova minaccia per noi, per le altre specie e per il pianeta.

E la scienza? Sarà migliore? Non è una domanda banale.

Alcuni ritengono che la scienza sia l'unica risorsa che abbiamo per vincere la battaglia contro il nuovo coronavirus. Altri evidenziano che potevamo giungere più preparati a una minaccia che era stata paventata da tempo. Ad esempio, si poteva continuare a investire nella ricerca sviluppata a valle delle ultime gravi epidemie da coronavirus come quelle della SARS e della MERS.

\* Professore associato di Diritto privato comparato presso l'Università di Trento. Mail: [roberto.caso@unitn.it](mailto:roberto.caso@unitn.it). Il presente lavoro è aggiornato al 25 aprile 2020.

<sup>1</sup> D. GROSSMAN, *Dopo la peste torneremo ad essere umani*, in *La Repubblica*, 20 marzo 2020, trad. it. A. SHOMRONI dall'orig. *The Plague Is a Formative Event. When It Fades, New Possibilities Will Emerge*, in *Haaretz*, Mar. 21, 2020, <https://bit.ly/3cUaEcr>.

Insomma, se non siamo giunti abbastanza attrezzati di fronte a questa nuova emergenza globale non è solo per il nostro stile di vita, ma anche perché qualcosa non ha funzionato nella scienza nonché nella sua interazione con la società e con le sue istituzioni (a cominciare dalla politica).

## 2. La scienza al servizio del profitto, la competizione globale e la proprietà intellettuale

Uno dei mali della scienza attuale è la confusione tra profitto e ricerca. Tra le ricadute di questa commistione risalta la chiusura della conoscenza scientifica dietro recinti di proprietà intellettuale. La proprietà intellettuale spinge ad arrivare per primi e prendere tutto (in esclusiva). «The winner takes all». In altri termini, induce più a competere che a cooperare.

Il meccanismo della proprietà intellettuale è stato pensato per il mercato ed è intrinsecamente imperfetto. È imperfetto perché i diritti di proprietà intellettuale sono piccoli monopoli legali, dunque rappresentano anomalie nell'idealizzazione del mercato concorrenziale. Sono anomalie tollerate – dice la teoria dominante<sup>2</sup> – perché, a patto che non siano monopoli troppo estesi, incentivano investimenti nella macchina della produzione dell'informazione che altrimenti non sarebbe in grado di funzionare. Sono anomalie pensate per gli attori del mercato (principalmente le imprese) e non per università e ricercatori.

Nel modello ideale la ricerca di base rimane appannaggio del settore pubblico ed è aperta, priva cioè delle barriere della proprietà intellettuale. È invece sul piano della ricerca applicata e dello sviluppo della tecnologia da parte delle imprese che i diritti di proprietà intellettuale giocano (o dovrebbero giocare) il proprio ruolo incentivante. A patto che, si diceva, l'esclusiva non sia troppo estesa e che sia garantito un ampio e robusto pubblico dominio. Perché la conoscenza si costruisce in modo cumulativo e incrementale, rielaborando le acquisizioni precedenti. Ad esempio, i brevetti per invenzione durano massimo vent'anni. Il *copyright* non copre le idee, le formule matematiche, i metodi scientifici, i fatti e i dati.

Tuttavia, da alcuni decenni questo modello ha subito due forme di degenerazione. Da una parte, i diritti di proprietà intellettuale sono stati estesi a dismisura alimentando vere e proprie posizioni di dominio sul mercato. Dall'altra, la proprietà intellettuale ha colonizzato il mondo della ricerca di base (originariamente) non orientata al profitto: ad esempio, alcune università hanno acquisito ampi portafogli brevettuali che sfruttano aggressivamente sul mercato.

Di più, i ricercatori, le università e le società scientifiche hanno consegnato il loro sistema di comunicazione e di valutazione a un pugno di imprese. Il diritto d'autore accademico da strumento di libertà e responsabilità si è trasformato in meccanismo di asservimento agli ingranaggi dell'apparato valutativo basato su metriche citazionali<sup>3</sup>.

La degenerazione è particolarmente evidente nel settore biomedico. Beni strategici come i vaccini, i farmaci, le banche dati della scienza biomedica e alcune infrastrutture di Internet sono nelle mani di pochi attori del mercato. Le loro scelte sono naturalmente orientate al profitto e non al progresso della conoscenza.

<sup>2</sup> È noto che ci sono teorie minoritarie che sostengono la dannosità intrinseca della proprietà intellettuale.

<sup>3</sup> R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Milano, 2020, <https://www.ledizioni.it/download/26281>, 127 ss.

Ad esempio, le grandi case farmaceutiche accumulano brevetti e investono in ciò che in base ai loro calcoli previsionali può garantire profitto<sup>4</sup>. Se la minaccia di un nuovo coronavirus viene ritenuta remota, esse non svilupperanno la ricerca di questo settore.

Ancora. Il sistema di comunicazione e di valutazione della scienza incentrato sulle misure citazionali è chiuso dal lucchetto del *copyright* (più precisamente: del *copyright*, dei contratti e delle protezioni tecnologiche). Buona parte di tale sistema è nelle mani di pochi grandi editori commerciali (ora imprese di analisi dell'informazione) che vendono a carissimo prezzo l'accesso temporaneo alle proprie banche dati. Non si tratta solo di una questione di barriere economiche all'accesso. Gli oligopoli della scienza producono gravi effetti collaterali sul piano culturale. È stato, ad esempio, evidenziato che il dominio della lingua inglese come lingua franca della scienza riduce le opportunità di accesso alle informazioni aggiornate da parte dei medici che non la conoscono<sup>5</sup>. In situazioni di emergenza, come quella che stiamo vivendo, ciò rappresenta un grave problema.

La proprietà intellettuale rende inaccessibili a buona parte dell'umanità gli strumenti per difendersi da minacce come il CoVid-19<sup>6</sup>. Si pensi ai molti Paesi dell'Africa che non possono certo permettersi né i costosissimi brevetti su farmaci, vaccini e altri dispositivi medici né gli abbonamenti alle banche dati già diventati proibitivi per molte istituzioni accademiche occidentali.

### 3. Una visione diversa: l'Open Science e l'Open Access

Tralasciando i brevetti per invenzione e concentrandosi sul *copyright*, occorre evidenziare che dopo l'esplosione dell'epidemia del CoviD-19, alcuni grandi editori scientifici hanno aperto le pubblicazioni scientifiche utili allo studio del nuovo coronavirus. Una massa di pubblicazioni che prima era accessibile solo pagando prezzi esorbitanti ora è (temporaneamente) in *Open Access*<sup>7</sup>. Non si tratta solo di iniziative spontanee, ma anche di risposte a puntuali richieste che vengono da alcuni Paesi<sup>8</sup> e da alcuni enti finanziatori<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> J.E. STIGLITZ, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, in *Duke Law Journal*, 57, 6, 2008, 1693 – 1710 ss., 1718 – 1719; J.E. STIGLITZ, A. JAYADEV, A. PRABHALA, *Patents vs. the Pandemic*, in *Project Syndicate*, Apr. 23, 2020.

<sup>5</sup> V. LARIVIÈRE, F. SHUET, C.R. SUGIMOTO, *Coronavirus et édition savante : une question de transmission*, in *Acfas Magazine*, 13 février 2020, <https://www.acfas.ca/publications/magazine/2020/02/coronavirus-edition-savante-question-transmission>.

<sup>6</sup> Si stanno moltiplicando gli appelli ad allentare le maglie della proprietà intellettuale durante la pandemia. V., ad esempio, *The Open Covid Pledge*, Apr. 7, 2020 <https://opencovidpledge.org/>.

<sup>7</sup> V. ad es. *Calling all coronavirus researchers: keep sharing, stay open*, in *Nature*, 578, 7, 2020; X. Xu, *The hunt for a coronavirus cure is showing how science can change for the better*, in *The Conversation*, Feb. 24, 2020. Tra gli ultimi ad aprire i lucchetti vi è JSTOR, un'immensa banca dati scientifica che incrocia le vicende di Aaron Swartz, il giovane scienziato informatico e attivista statunitense che si batteva per l'Open Access e che era stato accusato di gravi crimini federali americani per essersi connesso alla rete del MIT e aver scaricato una grande quantità di articoli scientifici da JSTOR. Quando il procedimento penale era in corso Swartz si suicidò nel gennaio del 2013 all'età di ventisei anni. V. K. NEETHA, *Aaron Swartz: As JSTOR opens its doors amid pandemic, people laud hacker who fought for access to knowledge*, Mar. 22, 2020, <https://meaww.com/aaron-swartz-life-users-call-out-jstor-open-access-public-during-coronavirus-pandemic-suicide>.

<sup>8</sup> S. HARRISON, *Global Officials Call for Free Access to Covid-19 Research*, in *Wired*, 13 Marzo 2020.

<sup>9</sup> Il direttore di Wellcome Trust chiedeva l'Open Access a tutti i risultati della ricerca sul nuovo coronavirus già il 22 gennaio 2020, v. R. PELLIS, *Coronavirus and Ebola: could open access medical research find a cure?*, in *The*

Più dei gesti “caritatevoli”, parziali e temporanei degli editori commerciali contano le azioni dei ricercatori, dei docenti, dei bibliotecari, delle istituzioni della scienza, dei giornalisti o divulgatori scientifici e del pubblico. Queste azioni potrebbero migliorare definitivamente l’intero ecosistema di comunicazione della scienza e non solo quello riguardante l’attuale emergenza sanitaria.

Ricercatori e istituzioni scientifiche, mettendo a frutto le infrastrutture e le prassi dell’*Open Science*, stanno compiendo enormi sforzi per condividere in tempo reale le informazioni scientifiche (dati e pubblicazioni). Si pensi alla condivisione dei dati genetici relativi al CoViD-19 su banche dati ad accesso aperto<sup>10</sup>. Si pensi alla pubblicazione immediata dei c.d. *preprint* – bozze non sottoposte alla forma di revisione paritaria oggi in voga che implica procedure lunghissime e opache, per lo più basate sull’anonimato dei revisori – di articoli scientifici, che vengono discussi pubblicamente su archivi ad accesso aperto<sup>11</sup>.

I docenti stanno riversando su Internet un’immensa quantità di risorse didattiche.

I bibliotecari costruiscono strumenti di comunicazione che guidano il pubblico verso fonti affidabili e mettono in guardia da bufale e *fake news*<sup>12</sup>.

I giornalisti scientifici moltiplicano i canali di comunicazione che fanno da ponte tra la scienza e il pubblico.

Il pubblico partecipa alla discussione interagendo con gli scienziati, ponendo domande, condividendo dati e formulando opinioni.

Questo nuovo ecosistema non è privo di difetti, di debolezze, di rischi.

a) La struttura attuale di Internet è dominata da grandi piattaforme commerciali come quelle cui fanno capo motori di ricerca e social media. Il principale business di queste entità commerciali si basa sulla profilazione compiuta attraverso il trattamento dei dati personali. In questo momento tutti i mass media e in particolare quelli che operano su Internet stanno orientando il business verso la paura. La paura non è il migliore contesto in cui effettuare scelte razionali.

---

*Guardian*, Jan. 22, 2020. È da ricordare che analoghi appelli furono lanciati agli editori in occasione delle epidemie di Zika ed Ebola, ma rimasero inascoltati. L’atteggiamento dei grandi editori commerciali è stato definito una criminale ipocrisia: V. W.J. VAN GERVEN OEI, *Viral Open Access in Times of Global Pandemic*, in *Punctumbooks*, Mar. 19, 2020, <https://punctumbooks.pubpub.org/pub/viral-open-access-global-pandemic-covid-19-corona/release/3>. L’autore dell’articolo rileva, inoltre, a proposito dell’epidemia di CoViD-19 che, mentre ancora gli oligopolisti non si erano mossi, sull’archivio “pirata” Sci-Hub a gennaio 2020 erano già disponibili 5000 articoli sulle ricerche scientifiche correlate alla nuova emergenza.

<sup>10</sup> Il riferimento è alle banche dati GenBank (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank>), Nextstrain (<https://nextstrain.org/>), GISAID (<https://www.gisaid.org/>). La virologa Ilaria Capua nel 2006 scelse di pubblicare in Open Access su GenBank la sequenza genetica del virus H5N1 dell’influenza aviaria (la vicenda è ripercorsa in *Una rivoluzione virale*, in *Le Scienze*, 2 aprile 2016, <https://bit.ly/2zohclF>). GISAID è un’iniziativa volta a promuovere la condivisione delle sequenze genetiche di tutte le influenze virali. Si tratta di una delle infrastrutture comunicative della rete mondiale di monitoraggio dell’influenza. In proposito si veda, per un ampio approfondimento, A. KAPCZYNSKI, *Order Without Intellectual Property Law: Open Science in Influenza*, in *Cornell Law Review*, 102, 6, 2017, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3066162>.

<sup>11</sup> K. KUPFERSCHMIDT, “A completely new culture of doing research”. *Coronavirus outbreak changes how scientists communicate*, in *Science*, Feb. 26, 2020, <https://www.sciencemag.org/news/2020/02/completely-new-culture-doing-research-coronavirus-outbreak-changes-how-scientists>.

<sup>12</sup> V, ad es., Veneto Health Library, <https://venetohealthlibrary.wordpress.com/sars-cov-2-covid-19/>, nonché il blog BiblioVerifica della biblioteca Vilfredo Pareto dell’Università Torvergata <https://bit.ly/3bW219x>.

La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoVid-19?

b) La ruvidità delle dispute tra scienziati appartiene alla storia della scienza. Ma oggi le discussioni tra scienziati si giocano su regole comunicative diverse. Quelle dei social media. Litigi, offese e insulti attirano attenzione e generano traffico di dati, ma fanno velo sulla sostanza del dibattito. Il rischio della semplificazione è tangibile. Alcuni scienziati sembrano più interessati ad apparire che a comunicare<sup>13</sup>.

c) Il nuovo ecosistema della scienza che sta nascendo è pur sempre basato su politiche che spingono alla competizione e alla logica del vincitore che prende tutto il prima possibile. Il rischio di vedere sempre più annunci trionfalistici sul vaccino a breve e sul farmaco miracoloso è concreto.

Nonostante questi limiti, il nuovo ecosistema aperto di comunicazione della scienza che sta emergendo con forza in questo frangente della storia è migliore di quello precedente all'avvento di Internet. Maggiore rapidità di circolazione delle informazioni su scala globale, più opportunità di controllare e replicare le ricerche, ampie possibilità di coordinare gli sforzi profusi nella ricerca.

Se però vogliamo davvero una scienza migliore, dobbiamo ricostruire le fondamenta su cui poggia il sistema di comunicazione. In altri termini, dobbiamo far prevalere la cooperazione sulla competizione. L'apertura significa essenzialmente questo. Più condivisione e solidarietà. Disintossicare la scienza dal veleno della competizione per l'eccellenza<sup>14</sup>, tornare su scala planetaria a investire ingenti risorse pubbliche nella scienza e restringere i diritti di proprietà intellettuale sono alcuni tra gli obiettivi politici più importanti. Dal punto di vista dei diritti umani si tratta di dare attuazione al diritto alla scienza<sup>15</sup>, anche nell'accezione di diritto ad accedere in modalità aperta ai risultati della scienza, e di metterlo in connessione con il diritto alla salute<sup>16</sup>.

A quest'ultimo proposito, nei drammatici giorni attuali colpiscono le discussioni surreali su come (non) attuare l'*Open Access* nel prossimo esercizio di valutazione della ricerca da parte dell'Agenzia ministeriale deputata alla funzione (il riferimento è alla prossima VQR dell'ANVUR)<sup>17</sup>. Giace oramai da mesi nei cassetti del Senato la timida ma meritoria proposta Gallo che farebbe compiere un piccolo passo all'Italia sulla strada del diritto di ripubblicazione in *Open Access*<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. M. SANDAL, *Il coronavirus sta cambiando il modo in cui pensiamo alla scienza*, in *Esquire*, 10 Marzo 2020, <https://www.esquire.com/it/lifestyle/tecnologia/a31327343/coronavirus-scienza>, nonché dello stesso autore: *Come la pandemia sta cambiando il mondo della ricerca scientifica*, in *Il Tascabile*, 27 Marzo 2020, <https://www.iltascabile.com/scienze/pandemia-ricerca-scientifica/>.

<sup>14</sup> V. l'appello di V. PINTO, D. BORRELLI, M.C. PIEVATOLO, F. BERTONI, *Disintossichiamoci - Sapere per il futuro*, <https://www.roars.it/online/wp-content/uploads/2020/02/Sapere-per-il-futuro-documento-1-2.pdf>; degli stessi autori v. *Una lettera aperta al presidente del consiglio professor Giuseppe Conte, al ministro dell'università e della ricerca professor Gaetano Manfredi e alla ministra dell'istruzione onorevole Lucia Azzolina*, in Zenodo, <https://zenodo.org/record/3730648>; v. inoltre AISA, *Lettera aperta al Presidente della Repubblica, Prof. Sergio Mattarella*, 30 Marzo 2020, [https://aisa.sp.unipi.it/wp-content/uploads/2020/03/Lettera\\_aperta\\_AISA.pdf](https://aisa.sp.unipi.it/wp-content/uploads/2020/03/Lettera_aperta_AISA.pdf).

<sup>15</sup> L. SHAVER, *The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress*, in *European Journal of Human Rights*, 4, 2015, 411.

<sup>16</sup> V. gli art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Di questi temi si è discusso al «Sesto congresso mondiale sulla libertà di ricerca scientifica» organizzato dall'Associazione Luca Coscioni e da Science for Democracy presso l'Unione Africana ad Addis Abeba il 25 e 26 febbraio 2020. V. il comunicato dell'associazione scritto da F. BINDA, A. BOGGIO, *Scienza aperta per combattere il coronavirus*, 21 Febbraio 2020, <https://bit.ly/3d14AbO>.

<sup>17</sup> V. l'intervista rilasciata Prof. Antonio Uricchio, Presidente dell'ANVUR, a Italia Oggi il 17 marzo 2020: *ANVUR cantano le linee guida dell'UE*.

<sup>18</sup> Il riferimento è al Disegno di legge n. 1146, Modifiche all'articolo 4 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112, nonché introduzione dell'articolo 42-bis della



L'esperienza del CoViD-19 dimostra che ci sarebbe bisogno di norme coraggiose e di una politica che viri urgentemente e con decisione verso la scienza aperta non incentrata sul mercato.

Se l'auspicato mutamento definitivo del sistema di comunicazione della scienza si verificherà non sarà perché la classe dirigente ora al potere verrà folgorata da una salvifica illuminazione. Sarà per merito delle nuove generazioni che potranno in essere un cambiamento profondo.

#### 4. Conclusioni

La storia dimostra che le grandi epidemie come quelle della peste sono potenti fattori di mutamento della società<sup>19</sup>.

Il flagello del CoViD-19 ci mette di fronte ad alcune scelte fondamentali che attengono alla politica, alla scienza, al nostro stile di vita, ai valori che tengono insieme la società.<sup>20</sup>

Dobbiamo scegliere tra egoismo e solidarietà. Tra chiusura e condivisione. Tra autoritarismo e democrazia.

La scienza è un campo fondamentale sul quale effettueremo queste scelte.

Nel chiudere queste pagine mi torna in mente il "Il giudizio universale" di Vittorio De Sica. Molti ricorderanno la trama. All'improvviso risuona dal cielo una voce stentorea che preannuncia a breve il giudizio universale. Anche le persone più ciniche sembrano mutare d'animo e diventare più solidali e compassionevoli. Ma quando la prospettiva del giudizio e delle sue conseguenze si dissolve (riappare il sole dopo il diluvio), gli esseri umani tornano alle miserie e alle nefandezze di sempre. Speriamo di non dover assistere a un finale simile a quello del film.

Mi piace pensare che non sia solo la paura a far immaginare un mondo migliore, e che, passata l'emergenza, la gente scelga con convinzione la via che anche nella scienza conduce a più condivisione, cooperazione e solidarietà.

---

legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di accesso aperto all'informazione scientifica. Sulla proposta Gallo v. R. CASO, *op. cit.*, 143 ss.

<sup>19</sup> A proposito della «Peste nera» v. la narrazione di A. PROSPERI, *Storia moderna e contemporanea. I. Dalla peste nera alla guerra dei Trent'anni*, Torino, 2000, 68 ss. Devo il suggerimento della lettura di queste pagine alla collega Maria Chiara Pievatolo.

<sup>20</sup> Cfr. Y.N. HARARI, *The world after coronavirus*, in *Financial Times*, Mar. 20, 2020.

## Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito.

Francesco Paolo Micozzi\*

TECHNOLOGIES, DATA PROTECTIONS AND CoVID-19 EMERGENCY: RELATIONSHIP BETWEEN THE POSSIBLE AND THE LEGALLY PERMITTED

ABSTRACT: Technologies can be useful for dealing with emergencies such as that determined by CoVID-19. According to some studies, traditional contact tracing can be made more efficient and effective with the use of digital technologies. However, not everything that is technologically conceivable is also legally permitted (nor the consequent negative effects would be desirable). For this reason, it is necessary to establish a correct balance of rights to prevent a health emergency from turning into a democratic emergency. The article aims to examine how the use of technologies in the context of contact tracing can be done in compliance with European legislation on fundamental rights, including the General data protection regulation (GDPR).

KEYWORDS: CoVID-19; pandemic emergency; contact tracing, data protection, technologies

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il *contact-tracing* tradizionale e tecnologico – 3. Tipologie di *contact-tracing* tecnologico – 4 Le soluzioni proposte in Europa: in particolare il protocollo DP-3T – 5. Il *contact tracing* tecnologico alla prova del GDPR – 6. La disciplina dell'emergenza in Italia e l'iter per l'adozione del *contact tracing* tecnologico – 7. L'art. 6 del DL 28/2020: la prima disciplina di dettaglio sul *contact tracing* digitale – 8. Conclusioni.

### 1. Premessa

**N**el periodo a cavallo tra il 2019 e il 2020 ha iniziato a diffondersi, a livello mondiale, la pandemia di CoVID-19 (causata dal virus SARS-CoV-2). La pandemia in questione, la cui diffusione avrebbe avuto origine nella città cinese di Wuhan, arriva in Italia verso la fine del mese di gennaio 2020 con una tale viralità da imporre al Governo l'adozione, con decreti-legge e decreti ministeriali, una serie di misure emergenziali (reperibili nel *Dossier Coronavirus Italia* su *biodiritto.org*<sup>1</sup>). Non sono mancati, col moltiplicarsi delle notizie sull'incremento esponenziale dell'epidemia, episodi di minacce, lesioni e atti discriminatori ai danni di persone dai tratti asiatici che, per gli aggressori, erano sicuro indizio di veicolo d'infezione e per ciò solo sufficienti a certificarne la qualità di moderni untori, giustificandone, infine, la persecuzione.

\* *Avvocato e professore associato di informatica giuridica, Università di Perugia. Mail: [francescopaolo.micozzi@unipg.it](mailto:francescopaolo.micozzi@unipg.it). Il presente lavoro è aggiornato al 2 maggio 2020.*

<sup>1</sup> <https://www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Coronavirus-Italia-In-costante-aggiornamento>.

Episodi tragicamente simili a quelli descritti dal Manzoni ne *I promessi sposi* (cap. XXXII), in cui ai tempi della peste a Milano (1630) le persone si convincevano dell'esistenza stessa degli untori e delle loro "unzioni" di «muraglie, porte d'edifici pubblici e usci di case»; credenza rapidamente diffusa attraverso il chiacchiericcio. E il chiacchiericcio popolare, intriso d'isteria collettiva determinata dalla paura, si trasformava quasi inevitabilmente in conferma delle unzioni («il sentire faceva l'effetto del vedere») e nella conseguente caccia all'untore, ossia a coloro che «gli animi, sempre più amareggiati da' mali» riconoscevano come la causa del diffondersi della peste e contro i quali la gente potesse «far valere le sue vendette» («ogni atto poteva dar gelosia; e la gelosia diveniva facilmente certezza, la certezza furore»). Analoghi episodi di violenza, (forse meno cruenti) si sono registrati nella cronaca di quasi quattro secoli dopo, a seguito della diffusione del CoViD-19.

Certo, durante la pandemia descritta dal Manzoni non si disponeva delle conoscenze della medicina moderna (e al più si faceva ricorso a soluzioni pseudoscientifiche commiste a riti religiosi o, nelle migliori ipotesi, alle decameroniane "quarantene"), né ci si interrogava sul bilanciamento degli interessi nella tutela dei dati personali. Occorreranno, infatti, quasi tre secoli perché Samuel Warren e Louis Brandeis, dalle pagine della *Harvard Law Review*, presentino al mondo "*The right to privacy*" (1890). Benché il concetto di privacy e la rilevanza fondamentale della protezione dei dati personali siano, ai giorni nostri, largamente riconosciuti, è possibile constatare come la stessa esigenza di tutela sia percepita e abbia un impatto differenziato in ragione del contesto democratico, culturale e giuridico degli ordinamenti di riferimento. Tali differenze, tuttavia non sono "statiche" ma soggette a continue modulazioni, conseguenti sia ad eventi di rilievo locale che ad eventi in grado di coinvolgere aree molto più vaste. In tal ultimo senso, pertanto, si può osservare come la necessità di impiegare misure particolarmente stringenti di prevenzione e controllo della diffusione di una pandemia – evento di per sé eccezionale ma di largo impatto – può condurre alla necessità di revisionare il bilanciamento della tutela tra valori e beni giuridici in rilievo, sia pur limitatamente al periodo necessario a fronteggiare l'evento eccezionale.

## 2. Il *contact tracing* tradizionale e tecnologico

Dal punto di vista epidemiologico, infatti, quando si ha a che fare con una patologia consistente in un'infezione virale sconosciuta si adottano, generalmente, delle procedure basate sia su prassi comuni per la prevenzione e il contenimento dell'infezione (quali una maggiore cura dell'igiene personale, il distanziamento sociale, l'impiego di mascherine e altri dispositivi di protezione individuale) sia un protocollo "T3" – *test, treat, track* (iniziativa illustrata dall'Organizzazione mondiale della sanità nel 2012 al fine di contrastare la diffusione della malaria) – ossia l'esecuzione di test diagnostici, l'adozione di misure specifiche di trattamento e contenimento (quali, ad esempio, le quarantene) e il tracciamento degli episodi di contagio.

In quest'ultima misura (*track*) rientra il cosiddetto "*contact tracing*" (tracciamento dei contatti), che consiste nell'intervistare i pazienti ai quali sia stato diagnosticato il contagio da virus, al fine di risalire ai soggetti con i quali fossero entrati in contatto nei giorni antecedenti (almeno fino ai giorni in cui il paziente, sia pur asintomatico, potesse essere già contagioso) al fine di sottoporli a test diagnostici o a quarantena.

Tuttavia, il *contact tracing* rimesso alle semplici interviste fatte dal personale sanitario sconta la “debolezza” di essere rimesso alla memoria del paziente e alla sua capacità di indicare soggetti determinati. Per questo motivo in alcuni paesi, tra cui la Corea del Sud, già da qualche anno sono stati approntati sistemi tecnologici per eseguire il *contact tracing*. Impiegare le tecnologie per sopperire all'intrinseca debolezza della memoria del paziente può comportare, di converso, l'insorgere di ulteriori problematiche (sotto svariati profili) dovute all'impiego di una sorveglianza tecno-sanitaria su larga scala. Secondo quanto riportato dalla BBC<sup>2</sup>, ad esempio, la Corea del Sud, al fine di monitorare la diffusione del CoViD-19 avrebbe messo in atto per la prima volta le misure straordinarie già varate nel 2015, in occasione della diffusione di un'altra epidemia di coronavirus simile alla SARS (MERS-CoV – *Middle East Respiratory Syndrome*). Attraverso i “messaggi di orientamento sulla sicurezza”, realizzati con un invio massivo di SMS da parte del Governo sudcoreano, si sono verificate ipotesi di eccessiva diffusione di informazioni personali relative ai contagiati a causa della possibilità di incrociare il “codice del caso di contagio” con altre informazioni agevolmente reperibili in rete, tra le quali, “volto”, “fotografie”, “familiari” o, anche, elementi relativi a eventuali ipotesi di “adulterio” (ad esempio per essersi recati, in determinate ore del giorno, in ambienti nei quali, notoriamente, si pratica la prostituzione), con comprensibili risvolti negativi sulle vite dei soggetti coinvolti.

Ciò nonostante, l'impiego di tali tecnologie – che ha riguardato inizialmente, oltre alla Corea del sud, anche Cina, Singapore<sup>3</sup> e Israele – ha immediatamente affascinato anche i decisori politici di alcuni Paesi “occidentali” che, sulla scorta di ciò che è stato definito<sup>4</sup> «soluzionismo thatcheriano» («there is no alternative»), hanno immediatamente annunciato l'adozione di “app” o “soluzioni tecnologiche” per il *contact tracing*. La base argomentativa è stata, spesso, individuata in un documento pubblicato su Science<sup>5</sup> in cui diversi ricercatori hanno offerto il modello matematico a dimostrazione dell'efficacia del sistema di *contact tracing* tecnologico.

Una delle questioni<sup>6</sup> che ha catalizzato l'attenzione di decisori politici, tecnici e giuristi, è quella relativa all'impatto di tali soluzioni tecnologiche sulla disciplina in materia di protezione dei dati personali.

<sup>2</sup> Coronavirus privacy: Are South Korea's alerts too revealing?, in <https://www.bbc.com/news/world-asia-51733145>.

<sup>3</sup> In un recente articolo, J. BAY, direttore responsabile presso GovTech, l'agenzia governativa di Singapore per la digitalizzazione, pone i suoi dubbi sulla possibilità di sostituire oggi o nel prossimo futuro le interviste di *contact tracing* con i sistemi tecnologici di *contact tracing*: «if you ask me whether any Bluetooth contact tracing system deployed or under development, anywhere in the world, is ready to replace manual contact tracing, I will say without qualification that the answer is, No. Not now and, even with the benefit of AI/ML and — God forbid — blockchain (throw whatever buzzword you want), not for the foreseeable future», in <https://bit.ly/3cZDBxe>.

<sup>4</sup> Ex multis: E. MOROZOV, *L'emergenza sanitaria e il rischio del totalitarismo*, in <https://bit.ly/3bUblVV>; F. CHIUSI, *App per il tracciamento digitale: in democrazia discutere di privacy e diritti è doveroso e necessario*, in <https://www.valigiablu.it/app-coronavirus-privacy-diritti>.

<sup>5</sup> Science, 31.3.2020, <https://science.sciencemag.org/content/early/2020/04/09/science.abb6936>.

<sup>6</sup> Evidenziata anche dall'Organismo mondiale della sanità: «We do always have to have in the back of our minds — especially when it comes to collecting information on individual citizens or tracking their whereabouts or movements — that there are always very serious data protection, human rights principles that re involved. We're very, very cognisant of that and we want to ensure that all products that are developed are done in the most sensitive way possible and that we never step beyond the principles of individual freedoms, rights for individuals and for society», in <https://bit.ly/2ZAupLC>.

### 3. Tipologie di *contact tracing* tecnologico

Appare utile, a questo punto, illustrare, sia pur sommariamente, l'architettura e il modello di funzionamento delle diverse soluzioni proposte per il *contact tracing* tecnologico. Pur limitando la nostra indagine alle tecnologie utili al *contact tracing* digitale e il cui uso sia stato implementato (o sia in fase di implementazione nei paesi occidentali), non possiamo tuttavia tralasciare di considerare che, in una società iperconnessa, le informazioni potenzialmente idonee a localizzare e tracciare la nostra posizione sono numerose ed eterogenee.

Il *contact tracing*, infatti, potrebbe astrattamente essere attuato tramite dati GPS, installazione di applicazioni sui dispositivi di telefonia mobile, analisi delle transazioni con carte di credito o altri mezzi di pagamento, analisi dei dati di geolocalizzazione a disposizione dei gestori di telefonia mobile, ma anche attraverso l'uso dei cosiddetti *Big Data* (ossia quei dati provenienti, ad esempio, da società produttrici di *device* "smart", dall'utilizzo di tessere fedeltà dei market, dai sistemi di rilevamento delle targhe, dai sistemi di videosorveglianza con capacità di riconoscimento facciale...). Dal *mashup* di questa enorme ed eterogenea mole di informazioni personali è possibile disegnare un quadro assai definito sugli spostamenti di un'intera popolazione e dei singoli soggetti contagiati, oltre a quelli entrati con loro in contatto.

Tenendo a mente, tuttavia, che la finalità ultima è quella di tracciare gli eventuali contatti avuti da un soggetto all'interno di un limitato arco temporale, infatti, le soluzioni proposte si sono concentrate attorno, in genere, all'utilizzo di due diverse tecnologie: il *bluetooth* (standard di trasmissione dati su frequenze radio a corto raggio) e il GPS (*Global Positioning System*, un sistema di posizionamento e navigazione satellitare). Si parte dall'assunto, infatti, che queste ultime due tecnologie siano già disponibili per la maggior parte dei dispositivi comunemente "indossati" (smartphone). L'uso del GPS consentirebbe, in ipotesi, di localizzare un soggetto nello spazio e, attraverso il raffronto delle informazioni di localizzazione su larga scala, di individuare conseguentemente anche i soggetti che si siano trovati a una certa distanza (con margine di precisione dell'ordine di alcuni metri).

Restringeremo ulteriormente la nostra analisi all'ammissibilità di soluzioni di *contact tracing* che facciano ricorso alla tecnologia *bluetooth*, sia perché ritenuta la soluzione più praticabile dai differenti modelli proposti in Europa<sup>7</sup>, sia perché, con le linee-guida n. 4 «sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19» del 21 aprile 2020<sup>8</sup>, il Comitato europeo per la protezione dei dati (artt. 68 e ss., GDPR – *European Data Protection Board - EDPB*), indicando la disciplina di settore per l'impiego dei dati di geolocalizzazione, ha evidenziato i rischi e le maggiori difficoltà di anonimizzazione delle informazioni di geolocalizzazione.

Allo stato, pertanto, si è maggiormente orientati ad adottare una soluzione di *contact tracing* basata sulla tecnologia *bluetooth*, e in particolare la *bluetooth low energy*, o BLE (particolare tipo di tecnologia *bluetooth* a basso consumo energetico). La tecnologia BLE, infatti, consentirebbe ai diversi dispositivi (ad esempio smartphone) di comunicare (tra dispositivi e/o con un server centrale) informazioni

<sup>7</sup> Si veda, al riguardo, la guida creata il 15 aprile 2020 dall'*e-Health Network*, con il supporto della Commissione europea, per fornire indicazioni pratiche agli Stati membri che intendano impiegare soluzioni di *contact tracing* digitale [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19\\_apps\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19_apps_en.pdf).

<sup>8</sup> [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_en).

relative all'eventuale "contatto" tra diversi soggetti, all'intensità del segnale (dal quale può inferirsi la distanza alla quale i dispositivi si sono trovati) e la "durata" del contatto.

#### 4. Le soluzioni proposte in Europa: in particolare il protocollo DP-3T

Scendendo maggiormente nel dettaglio, occorre precisare che, a seconda dello schema logico di implementazione della tecnologia BLE per il *contact tracing* impiegato, possono aversi, sotto il profilo del trattamento di dati personali, differenti modelli applicativi. Le valutazioni sulla capacità di maggiore o minore aderenza ai principi generali sul trattamento dei dati personali, previsti dall'art. 5 del GDPR, pertanto, andranno fatte non tanto sul "modello" quanto sull'applicazione pratica dello stesso. Due "modelli" di *contact tracing* tramite BLE si contendono, infatti, la primazia: uno che si appoggia a un sistema centralizzato di memorizzazione delle informazioni e un altro che, invece, non concentra le informazioni di "contatto" in un server centrale ma le memorizza all'interno del singolo dispositivo (sistema decentrato). La modalità di conservazione delle informazioni di tracciamento non è di poco momento, per quanto riguarda la disciplina sulla protezione dei dati personali, posto che nelle succitate linee-guida 4/2020 EDPB si precisa che sebbene entrambe le soluzioni siano praticabili, «*entrambe comportano una serie di vantaggi e svantaggi*» e che dovrebbero ponderarsi attentamente *gli effetti in termini di protezione dei dati e privacy nonché i possibili impatti sui diritti delle persone*», comunque, in via generale, la soluzione decentrata sarebbe maggiormente rispettosa del principio di minimizzazione<sup>9</sup>. Due sono i protocolli attualmente allo studio e in via di adozione nelle diverse soluzioni applicative proposte a livello europeo: PEPP-PT<sup>10</sup> (*Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*) che segue il modello centralizzato e; DP-3T<sup>11</sup> (*Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*) che, come intuibile, impiega lo schema decentralizzato.

È interessante, a questo punto, esaminare meglio la logica di funzionamento del modello DP-3T<sup>12</sup> che, con tutta probabilità, sarà impiegato nella soluzione tecnologica di *contact tracing* favorita dal Governo italiano. Il protocollo DP-3T prevede, come già visto, l'impiego della tecnologia BLE e un sistema decentralizzato per la memorizzazione delle informazioni. Una volta che la App venga installata nel dispositivo dell'utente, essa prenderebbe a generare gli EphID (*ephemeral identifiers*<sup>13</sup>), ossia codici alfanumerici anonimi (in quanto non contenenti informazioni riconducibili al dispositivo che li ha generati) ad intervalli temporali regolari e prefissati (un nuovo EphID sarebbe generato ogni 15 minuti). Gli EphID generati (dal dispositivo sul quale sia installata la App di *contact tracing*) sono memorizzati all'interno dell'App (in un registro che potremmo definire "registro dei codici generati") e, contemporaneamente, trasmessi tramite segnali radio (BLE) a tutti i dispositivi che si trovino ad una certa distanza (massimo 50 metri, circa). La stessa App memorizza, allo stesso modo, tutti gli EphID ricevuti tramite BLE dalle App dei soggetti che si trovino nelle vicinanze, all'interno di un altro registro che potremmo

<sup>9</sup> La soluzione centralizzata, ad esempio, è impiegata da Francia e Inghilterra, mentre quella decentrata dalla Germania.

<sup>10</sup> <https://www.pepp-pt.org>.

<sup>11</sup> <https://github.com/DP-3T>.

<sup>12</sup> Di questo modello è stata pubblicata la valutazione di impatto (DPIA) [https://github.com/DP-3T/documents/blob/master/data\\_protection/DP-3T%20Model%20DPIA.pdf](https://github.com/DP-3T/documents/blob/master/data_protection/DP-3T%20Model%20DPIA.pdf).

<sup>13</sup> Codici pseudo-casuali di 32 byte generati con algoritmi crittografici di *hash*.

chiamare, ipoteticamente, «registro dei codici ricevuti» – gli analoghi codici, ricevuti dalle altre App. In tal modo la medesima App memorizzerà al suo interno sia un registro dei codici (EphID) generati e trasmessi, sia un registro dei codici (EphID) ricevuti dagli altri dispositivi.

Nel momento in cui dovesse accertarsi il contagio da SARS-CoV-2, i sanitari chiederebbero al paziente se ha installato la App e se vuole mettere a disposizione gli EphID generati dal suo dispositivo. In caso affermativo il sanitario genererebbe un codice di autorizzazione che verrebbe, poi, mostrato sotto forma di QR-Code (ossia un codice a barre bidimensionale impiegato tipicamente per memorizzare informazioni destinate a essere lette tramite la telecamera dello smartphone) e che consente all'utente di inviare al *server di backend* il suo «registro dei codici generati» che viene, così, messo a disposizione di tutti gli altri soggetti che abbiano installato la App. Questi ultimi potranno, una volta ricevuti tali codici, verificare (confrontandoli) se taluno dei codici ricevuti dal server corrisponda a uno dei codici memorizzati nel «registro dei codici ricevuti». In un sistema decentrato, quindi, qualsiasi utilizzatore della App potrà essere informato del fatto che è entrato in contatto, per un certo periodo e a una certa distanza, con un soggetto al quale sia stata diagnosticata la patologia. Tuttavia, nessuno è in grado di sapere quale sia il dispositivo che abbia generato i codici ricevuti né potrà essere individuato e contattato, nemmeno dal servizio sanitario: il fatto che egli si ponga in quarantena o decida di recarsi presso un centro medico per eseguire i controlli diagnostici, è rimesso, quindi, al suo “buon senso”.

Nel quadro così delineato si inserisce anche l'accordo<sup>14</sup> siglato tra Apple e Google, che, nei primi giorni di aprile, hanno annunciato un'iniziativa congiunta per creare un sistema interoperabile (tra i sistemi operativi iOS e Android, rispettivamente della Apple e di Google che da soli controllano, sostanzialmente, la totalità dei dispositivi mobile: 86,6% il sistema Android e 13,4% il sistema iOS) di *contact tracing* basato sul programma DP-3T che ponga al centro la privacy dell'utente sin dalla sua progettazione. In tal modo si intende creare un sistema<sup>15</sup> in grado di aiutare i governi e le autorità sanitarie a ridurre la diffusione del virus. I primi giorni del mese di maggio 2020 all'interno dei sistemi operativi in questione è stata rimessa all'utente la possibilità di attivare il sistema di *contact tracing* “inglobato” nel sistema operativo.

## 5. Il *contact tracing* tecnologico alla prova del GDPR

L'Europa conosce, ormai da qualche anno, un Regolamento sulla protezione dei dati personali (Regolamento UE 2016/679, comunemente indicato con l'acronimo GDPR) che definisce la tutela dei dati personali come contributo «alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche» (considerando 2). Al contempo, pur riconoscendo (cons. 1) la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere

<sup>14</sup> <https://covid19-static.cdn-apple.com/applications/covid19/current/static/contact-tracing/pdf/ContactTracing-BluetoothSpecification.pdf>.

<sup>15</sup> Il sistema consiste nel rilascio delle API (acronimo per “Application Programming Interface” con il quale si indicano insieme di protocolli e procedure già pronte da essere inglobate all'interno di altri progetti) che consentono l'interoperabilità fra i dispositivi Android e iOS delle app sviluppate dalle autorità sanitarie.

personale come diritto fondamentale ai sensi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 8, par. 1) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 16, par. 1), esclude che si tratti di una «prerogativa assoluta» (cons. 4) e afferma, anzi, che tale tutela vada considerata alla luce della sua funzione sociale e temperata con altri diritti fondamentali.

La protezione dei dati personali, in situazioni emergenziali come quelle attuali, caratterizzate anche dal diffuso timore del contagio di un male inarrestabile, viene messa a dura prova. E ciò in considerazione del crescente (come si vedrà, falso) convincimento, che la riduzione delle tutele garantite in materia di protezione dei dati personali sia necessaria alla salvaguardia della salute pubblica. D'altronde lo stesso Parlamento europeo, con risoluzione del 17 aprile 2020<sup>16</sup> – dopo aver preso atto dello sviluppo di applicazioni di ricerca dei contatti su dispositivi mobili per avvertire l'utente di essere in prossimità di una persona infetta, nonché della raccomandazione della Commissione europea di sviluppare un approccio comune a livello dell'UE per l'uso di tali applicazioni – ha sottolineato «che le autorità nazionali ed europee sono tenute a rispettare pienamente la legislazione sulla protezione dei dati e della vita privata e ad attenersi agli orientamenti e alla sorveglianza delle autorità nazionali preposte alla protezione dei dati».

Come temperare, allora, la protezione dei dati personali con l'interesse pubblico a che il virus non si propaghi oltre la soglia di reazione del sistema sanitario?

L'art. 6 del GDPR contempla, tra le diverse basi giuridiche di legittimità del trattamento di dati personali, sia la necessità di salvaguardare gli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, sia la necessità di realizzare un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui sia investito il titolare (bisogna focalizzare l'attenzione sul fatto che tale trattamento debba essere "necessario" agli scopi menzionati). Il considerando 46 del GDPR, oltretutto, prevede la possibilità che alcune finalità, quale quella di tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione, possano trovare il giusto inquadramento in entrambe le basi giuridiche appena menzionate.

Ogni informazione relativa allo stato di salute di una persona fisica rappresenta un dato appartenente alle «categorie particolari» di cui all'art. 9 del GDPR, che detta il divieto generale di trattare tale categoria di dati personali salvo che non ricorrano alcune specifiche eccezioni. Tra queste ultime è compreso il trattamento di dati relativi a una persona fisica (e specificamente al suo stato di salute) necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, sempreché siano predisposte (dalle norme dell'UE o dello Stato) delle «misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato (quale, ad esempio, il segreto professionale)». Ciò significa, ad esempio, che – come esplicitato dal considerando 54 – il trattamento di categorie particolari di dati, in presenza di tali basi giuridiche, può prescindere dal consenso dell'interessato (che rappresenta un'altra delle basi giuridiche previste dall'art. 6 GDPR).

<sup>16</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_IT.pdf).

## 6. La disciplina dell'emergenza in Italia e l'iter per l'adozione del *contact tracing* tecnologico

Occorre, a questo punto, comprendere come, nel nostro Paese, possano essere predisposte misure tecnologiche di *contact tracing* pur tenendo in considerazione che da più parti<sup>17</sup> si è evidenziata la mancanza di riscontri scientifici sulla efficacia del *contact tracing* digitale nel contrasto alla pandemia e che, da un punto di vista logico, tali strumenti potrebbero svolgere un ruolo determinante se attuati nella fase iniziale della diffusione dell'epidemia.

Tra le norme interne, aventi ad oggetto il trattamento dei dati personali, che vengono in rilievo nello stato di emergenza da CoViD-19 troviamo, anzitutto, quella inizialmente contemplata dall'art. 5, Ocdpc n. 630 del 3 febbraio 2020 (recante *Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*), che è stata dapprima trasfusa nell'art. 14 del DL 14/2020 e, successivamente, inserita nell'art. 17-bis del DL 18/2020 (a seguito dell'abrogazione del DL 14/2020 ad opera dell'art. 1, co. 2, L. 27/2020, che ha, contestualmente, convertito, con modifiche, il DL 18/2020).

L'art. 17-bis del D.L. 18/2020 (come convertito dalla L. 27/2020), pertanto, prevede misure specifiche in tema di trattamento dei dati personali (efficaci fino al termine dell'attuale stato d'emergenza). In specie si prevede che, nel rispetto degli artt. 9, par. 2, lett. g), h) e i), e 10 del GDPR, determinati soggetti impegnati nel contrasto all'emergenza CoViD-19-19 (tra i quali il Servizio nazionale di protezione civile, gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale) possano trattare anche dati personali di cui agli artt. 9 e 10 del GDPR, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni loro attribuite nella gestione dell'emergenza<sup>18</sup>.

Non si realizza pertanto, né si poteva realizzare, una deroga alle disposizioni del GDPR (fonte gerarchicamente sovraordinata), ma si definiscono i ruoli e i compiti nel trattamento dei dati (in particolare quelli relativi allo stato di salute) per finalità di tutela della salute pubblica. Si prevede inoltre (al secondo comma dell'art. 14) la possibilità che tali dati personali vengano "comunicati" anche a soggetti diversi e, ancora, che vengano "diffusi" dati personali diversi da quelli previsti negli artt. 9 e 10 GDPR,

<sup>17</sup> Sul punto si vedano: la raccomandazione dell'8 aprile 2020 della Commissione europea («The effectiveness of these applications has generally not been evaluated»), reperibile al link: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation\\_on\\_apps\\_for\\_contact\\_tracing\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_on_apps_for_contact_tracing_4.pdf); la ricerca dell'Ada Lovelace Institute («There is an absence of evidence to support the immediate national deployment of symptom tracking applications, digital contact tracing applications and digital immunity certificates»), reperibile al link: <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2020/04/Ada-Lovelace-Institute-Rapid-Evidence-Review-Exit-through-the-App-Store-April-2020-2.pdf>; le dichiarazioni di Jason Bay, direttore responsabile presso GovTech, l'agenzia governativa di Singapore per la digitalizzazione («If you ask me whether any Bluetooth contact tracing system deployed or under development, anywhere in the world, is ready to replace manual contact tracing, I will say without qualification that the answer is, No. Not now and, even with the benefit of AI/ML and — God forbid — blockchain (throw whatever buzzword you want), not for the foreseeable future»), reperibile al link: <https://blog.gds.gov.tech/automated-contact-tracing-is-not-a-coronavirus-panacea-57fb3ce61d98>.

<sup>18</sup> In virtù di tale norma, tra l'altro, il 9 aprile 2020 il capo della protezione civile, con il benestare del capo della polizia, ha firmato un'ordinanza in base alla quale le questure o i commissariati possono mettere a disposizione delle ASL, previa ricerca nelle banche dati a disposizione del Ministero dell'interno, le utenze mobili dei soggetti entrati in contatto con una persona "positiva" nel caso in cui non sia possibile risalire in altro modo a tali soggetti al fine di poterli avvisare del potenziale contagio.

ma unicamente nelle ipotesi in cui la comunicazione o la diffusione risultino indispensabili alla gestione dell'emergenza in atto. Rilevante è, infine, l'ultimo comma, a mente del quale una volta cessato lo stato d'emergenza devono essere adottate misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza, all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i trattamenti di dati personali.

Inoltre, la norma in esame nulla prevede in relazione al trattamento dei dati relativi all'ubicazione di utenti o abbonati di reti pubbliche di comunicazione o di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico. In assenza di una specifica previsione, il trattamento dei dati di ubicazione è soggetto alla disciplina di cui all'art. 126, D.Lgs. 196/03 (in conformità a quanto previsto dall'art. 9 della c.d. Direttiva e-privacy, 2002/58/CE). Le eventuali disposizioni interne, derogatorie alle limitazioni a tali trattamenti, possono essere introdotte – ai sensi dell'art. 15 della Direttiva e-Privacy – qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica.

Con l'art. 76 del già menzionato DL 17 marzo 2020, n. 18, inoltre, è stato istituito il *Gruppo di supporto digitale alla Presidenza del Consiglio dei ministri per l'attuazione delle misure di contrasto all'emergenza CoViD-19-19*, ossia un "contingente di esperti" che devono offrire supporto al Governo per ciò che concerne «introduzione di soluzioni di innovazione tecnologica e di digitalizzazione della pubblica amministrazione». Con relativo decreto del 31 marzo 2020<sup>19</sup>, il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, ha nominato un contingente di 74 persone (una delle "task force" governative per la gestione dell'emergenza), tra i cui compiti rientra quello di «individuare possibili soluzioni offerte dalle tecnologie digitali [...] e procede alla valutazione delle soluzioni proposte nell'ambito della "Fast Call per tecnologie per il contrasto alla diffusione del CoViD-19-19". A seguito di tale "fast call" (pubblicata<sup>20</sup> sul sito del Ministero il 23 marzo) sono state proposte oltre trecento soluzioni, tra le quali è stata scelta quella della società Bending Spoons (e la relativa "app" è, attualmente, denominata "Immuni"<sup>21</sup>). Allo stato, in Italia, non sono state ancora rese pubbliche le specifiche tecniche di Immuni, ma, sulla scorta di quanto pubblicato sul sito del Ministero per l'innovazione, la App dovrebbe seguire il modello DP-3T e l'iter di realizzazione dovrebbe concludersi entro la seconda metà del mese di maggio 2020.

Successivamente, nel corso dell'audizione informale alla IX Commissione della Camera del 8 aprile<sup>22</sup>, il Garante per la protezione dei dati personali, ha ribadito la possibilità di conciliare l'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus con le norme in materia di protezione di dati personali. Il Garante, dopo aver evidenziato che nuove e più stringenti previsioni, fondate su esigenze di sanità pubblica, richiederebbero una base normativa conforme ai principi generali in tema di protezione dei dati personali, ha individuato, con riguardo alle tecnologie di *contact tracing*, le seguenti precauzioni: 1) particolare attenzione al rispetto del principio di proporzionalità; 2) necessità di valutare che l'efficacia attesa dalla misura non può prescindere dalla capacità di reazione ai risultati di *contact tracing* con le azioni complementari (es. test diagnostici); 3) preferire

<sup>19</sup> <https://innovazione.gov.it/assets/docs/DM%20Gruppo%20di%20lavoro%20COVID%2019-signed.pdf>

<sup>20</sup> <https://bit.ly/2LWQD2z>.

<sup>21</sup> Sul punto si veda l'analisi giuridica del software fatta dalla task force ministeriale e reperibile a questo indirizzo [https://github.com/taskforce-covid-19/documents/blob/master/sgdl\\_8\\_Profilo\\_Giuridico\\_Gestione\\_Dati\\_Emergenza/sgdl8\\_relazione\\_immuni.pdf](https://github.com/taskforce-covid-19/documents/blob/master/sgdl_8_Profilo_Giuridico_Gestione_Dati_Emergenza/sgdl8_relazione_immuni.pdf).

<sup>22</sup> <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9308774>.

sistemi fondati sulla volontaria adesione dei singoli, e in cui la mancata adesione non comporti pregiudizi di sorta; 4) preferire le soluzioni decentrate a quelle centralizzate; 5) limitare, comunque, la conservazione dei dati; 6) preferire un modello coordinato a livello europeo per garantire interoperabilità; 7) realizzare la filiera del *contact tracing* completamente in ambito pubblico; 8) prevedere una *sunset provision* efficace alla cessazione dello stato d'emergenza.

I principi tracciati dal Garante italiano sono ribaditi dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), nelle linee-guida 4/2020<sup>23</sup> del 21 aprile, in cui, con specifico riguardo al *contact tracing* (senza ricorso alla geolocalizzazione) ha chiarito (e ribadito) che il sistema, per essere correttamente bilanciato con i diritti fondamentali, dovrebbe, tra l'altro:

Prevedere la volontarietà dell'eventuale adozione da parte degli utenti senza che al mancato utilizzo possano conseguire pregiudizi di qualsivoglia natura;

Individuare chiaramente le finalità perseguite in modo da consentire la verifica del rispetto del principio di limitazione e minimizzazione;

Evitare che la crisi sanitaria su trasformi in un'occasione per derogare rispetto al principio di limitazione della conservazione dei dati: successivamente alla crisi, di norma, tutti i dati personali dovrebbero essere cancellati o resi anonimi;

Rendere verificabili gli algoritmi usati nel *contact tracing* e rendere il codice sorgente pubblico in modo da assicurare la più ampia trasparenza;

Considerare che sono praticabili sia soluzioni centralizzate che decentrate, ma le misure di sicurezza dovranno essere adeguate ai rischi.

Nelle linee-guida, infine, il monito secondo cui «a nessuno dovrebbe essere chiesto di scegliere tra una risposta efficace all'attuale crisi e la tutela dei diritti fondamentali: entrambi gli obiettivi sono alla nostra portata, e i principi di protezione dei dati possono svolgere un ruolo molto importante nella lotta contro il virus».

## 7. L'art. 6 del DL 28/2020: la prima disciplina di dettaglio sul *contact tracing* digitale.

Il procedimento normativo della tecnologia di *contact tracing* trova, infine, la sua conclusione (almeno sino a questo momento) nell'art. 6 del DL 30 aprile 2020, n. 28, rubricato «Sistema di allerta CoViD-19-19». L'attuale versione è frutto anche dell'intervento del Garante per la protezione dei dati personali che ha offerto al Governo una serie di suggerimenti, con il parere del 29 aprile<sup>24</sup>, che sono stati recepiti nella versione definitiva della norma in questione.

L'art. 6 del DL 28/2020 prevede, in sostanza, che il fine del sistema di *contact tracing* è quello di «allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione» e che il sistema è rappresentato da una piattaforma unica nazionale e dalle applicazioni installate sui dispositivi di telefonia mobile. Si prevede, inoltre, il compimento di una valutazione di impatto (o DPIA – *data protection impact assessment* – ai sensi dell'art. 35 del GDPR) che sarà – a prescindere dall'esito della stessa – comunque sottoposta alla valutazione e approvazione dell'Autorità Garante per la protezione dei dati; che al mancato utilizzo

<sup>23</sup> <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9322501>.

<sup>24</sup> <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050>.

dell'applicazione non potranno seguire conseguenze pregiudizievoli; che ogni trattamento di dati personali ai sensi del medesimo articolo dovrà cessare alla cessazione dell'emergenza e, comunque, entro il 31 dicembre 2020.

Sebbene le previsioni normative contemplate dall'art. 6 del DL 28/2020 siano state adeguate alle indicazioni sia delle linee-guida 4/2020 EDPB che del parere del Garante, residuano margini di ambiguità. Innanzitutto, non è stato chiarito, come auspicato dal Garante nel suo parere, se il sistema di *contact tracing* sarà centralizzato ovvero decentrato nella memorizzazione e gestione delle informazioni di tracciamento. In secondo luogo, sembrerebbe che ad essere rilasciati sotto licenza aperta ai sensi dell'art. 69 del Codice dell'amministrazione digitale siano esclusivamente i programmi sviluppati per realizzare la piattaforma e utilizzare l'applicazione ma non l'applicazione medesima. In un'ottica di maggiore trasparenza dovrebbe estendersi il rilascio con licenza aperta dell'applicazione e del codice sorgente della stessa. Ciò consentirebbe di "compilare" l'applicazione partendo dal codice sorgente e di verificare appieno il funzionamento dell'applicazione reperibile presso gli *app store* (*Google Play e Apple Store*) che sarà confrontabile – con gli algoritmi di *hash* – con la medesima versione della app compilata.

## 8. Conclusioni

Considerando che, allo stato, non è stata ancora rilasciata l'applicazione in questione sarà necessario verificarne l'evoluzione, anche nel prosieguo, al fine di poter constatare l'effettivo rispetto delle linee-guida dell'EDPB e delle indicazioni del Garante e, in genere, il rispetto della disciplina del GDPR.

Uno degli aspetti che dovrà essere tenuto in somma considerazione, anche nella fase in cui si espletterà la DPIA (la valutazione d'impatto prevista dall'art. 35 del GDPR e, con specifico riguardo al sistema di *contact tracing* previsto dall'art. 6 del DL 28/2020) è quello relativo alla sicurezza informatica del sistema di *contact tracing*. Si dovranno tenere in considerazione sia i profili problematici connessi all'utilizzo di tecnologie *bluetooth*, sia i profili di sicurezza del *server di backend* che quelli dell'applicazione. In conclusione, la disciplina sulla protezione dei dati personali non rappresenta un ostacolo all'efficiamento della prevenzione e contrasto della pandemia ma, al contempo, non ammette un'abdicazione alla tutela dei diritti fondamentali. Pertanto, nel perseguimento delle finalità preventive e di contenimento dell'epidemia dovranno, anzitutto, preferirsi le soluzioni tecnologiche che impieghino dati anonimi. L'uso, invece, di dati personali sarà ammissibile – in una situazione di emergenza che, comunque, come può determinare la compressione di altre libertà fondamentali (quale quella alla libera circolazione delle persone) potrà determinare anche la compressione del diritto alla protezione dei dati personali – purché le misure predisposte siano proporzionate alle esigenze di contrasto e siano circoscritte al tempo dell'emergenza. La questione, quindi, non può ridursi all'alternativa dell'utilizzo o meno delle tecnologie disponibili, ma va sapientemente condotta, con l'utilizzo delle tecnologie e dei dati personali, nel rispetto dei principi generali in materia di protezione dei dati personali anche per evitare quello che è stato individuato dal Garante per la protezione dei dati personali, durante la sua audizione dell'8 aprile, come «il rischio dello scivolamento inconsapevole dal modello coreano a quello cinese, scambiando la rinuncia a ogni libertà per l'efficienza e la delega cieca all'algoritmo per la soluzione salvifica».



## La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilievi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al CoViD-19 sul web e sui social network»

Benedetto Ponti\*

FREEDOM OF INFORMATION IN TIMES OF PANDEMICS. CRITICAL REMARKS CONCERNING THE «UNITÀ DI MONITORAGGIO PER IL CONTRASTO DELLA DIFFUSIONE DI FAKE NEWS RELATIVE AL COVID-19 SUL WEB E SUI SOCIAL NETWORK»

ABSTRACT: In the context of the broader debate on measures that affect fundamental freedoms and rights – adopted to deal with the pandemic emergency – the essay analyzes some measures that involve in freedom of information, for health protection purposes. Particular attention is paid to new public unit in charge of develop and promote policy to counter the spread of fake news related to CoViD-19. The analysis aims to highlight the contradictions of a measure aimed at contrasting the «false, unproven or misleading» content conveyed by the web and social networks, and to promote communication from “official sources”. Furthermore, the contribution intends to underline the need and usefulness – precisely with reference to the context determined by the pandemic – to maintain and feed a free and open public debate.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; fake news; social network; freedom of information

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla limitazione delle libertà fondamentali – 2. L'affacciarsi di limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero (nonché alla libertà di ricevere informazioni e di ricercarle) – 3. La lotta alle *fake news*: un canovaccio già sperimentato – 4. Il web e i social network come ambito precipuo di contrasto alle *fake news* (?) – 5. “Siamo in guerra”: le insidie di una metafora – 6. Il dibattito libero e aperto è quanto mai utile e necessario.

*«The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is,  
that it is robbing the human race;  
posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion,  
still more than those who hold it. If the opinion is right,  
they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth:  
if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception  
and livelier impression of truth, produced by its collision with error».*  
(J.S. Mill, *On Liberty*)

---

\* Professore Associato di diritto amministrativo nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Perugia. Mail: [benedetto.ponti@unipg.it](mailto:benedetto.ponti@unipg.it). Il presente lavoro è aggiornato all'8 maggio 2020.

## 1. Il dibattito sulla limitazione delle libertà fondamentali

Come oramai tutti hanno potuto sperimentare direttamente, l'insorgere della pandemia da CoViD-19 e le misure assunte dai pubblici poteri per fronteggiarne gli effetti, contenere il contagio, diluendolo nel tempo così da poter conservare la capacità operative del sistema di assistenza sanitaria, hanno comportato una notevole compressione delle libertà civili e politiche della cittadinanza. Il divieto di circolazione, con il confinamento in casa, salvo le poche eccezioni ammesse, l'interruzione delle attività economiche valutate come non essenziali, il divieto di riunione e di assembramento anche con riferimento alle attività caratteristiche dei culti religiosi, la modifica sostanziale delle modalità di svolgimento delle attività lavorative e di fruizione di servizi pubblici essenziali (quale quello dell'istruzione), nonché il rinvio di importanti appuntamenti elettorali, costituiscono altrettante compressioni – anche di notevolissima entità – di specifiche libertà e di diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Costituzione della Repubblica (oltre che da fonti di rango primario a livello europeo e internazionale)<sup>1</sup>.

Come è altrettanto noto, l'attuale condizione di emergenza (e di urgenza) può giustificare tali limitazioni, anche se per poter valutare in modo accurato il grado di legittimazione di questi interventi, occorrerebbe conoscere in modo più preciso l'entità dei danni e dei pregiudizi che si intendono prevenire o mitigare, in modo da poterli parametrare – in termini di proporzionalità – alla incisione sui diritti e le libertà<sup>2</sup>. Ovviamente, tale operazione non è affatto semplice, anche perché non tutte le informazioni e gli elementi su cui fondare tale valutazione sono effettivamente disponibili, mentre altri sono oggetto di differenti interpretazioni, così che – nell'incertezza che ne deriva – può apparire comunque ragionevole l'adozione di un approccio precauzionale, in particolare perché ad essere coinvolto e messo in pericolo è il bene primario della vita umana<sup>3</sup>.

Andrebbe anche soggiunto che la Costituzione ha dotato la Repubblica di strumenti di vario genere atti a fronteggiare situazioni di emergenza, così che non sembrerebbe ammissibile sostenere che tale condizione (l'emergenza) sia idonea di per sé alla sospensione/compressione delle libertà e/o dei diritti fondamentali, quando ciò non avvenga in modo rispettoso delle stesse clausole di emergenza previste dalla stessa Costituzione<sup>4</sup>. In particolare, mentre lo Stato di guerra (deliberato dalle Camere

<sup>1</sup> Un elenco delle libertà e dei diritti costituzionalmente protetti incisi in termini limitativi dai diversi provvedimenti adottati in costanza dell'emergenza, che fa impressione per la sua lunghezza e la sua profondità, si può trovare in M.G. CIVININI e G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questionegiustizia.it*, 14 aprile 2020.

<sup>2</sup> Ed in effetti il d.l. 25 marzo 2020, n. 9, nell'elencare le misure di limitazione, i divieti e gli obblighi che possono essere predisposti al fine di «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19», premette che tali misure «possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (cfr. art. 1, comma 2).

<sup>3</sup> Le misure adottate sulla base di presupposti di necessità ed urgenza (emergenziali) si caratterizzerebbero, in effetti, per non essere assoggettabili a scrutinio quanto alla proporzionalità della compressione delle situazioni soggettive, ma solo con riferimento all'adeguatezza di tali misure rispetto all'interesse pubblico protetto: cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2005, 799 ss.

<sup>4</sup> È questa la linea di interpretazione (critica) esposta dal G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020. Similmente, esclude la compatibilità con l'attuale ordinamento costituzionale della clausola «salus

e dichiarato da Capo dello stato, nelle forme previste dagli art. 78 e 87 Cost.), consente alle Camere di conferire al Governo i poteri necessari (la cui dimensione, profondità ed efficacia è appunto indeterminata, perché destinata a modellarsi sullo stato di necessità), fuori da tale ipotesi è l'art. 77 della Costituzione ad individuare il percorso costituzionalmente corretto per affrontare i «casi straordinari di necessità e di urgenza» (che vadano al di là di quanto sia già possibile fronteggiare con la legislazione ordinaria “a regime” in materia di protezione civile), tali da consentire al Governo di adottare «provvedimenti provvisori con forza di legge». Provvedimenti utili cioè – in ragione della loro “forza” – a operare quegli effetti di limitazione della libertà di circolazione, di riunione/assembramento, di culto, etc. che solo la legge può calibrare, e solo per le ragioni che la stessa Costituzione ammette: non casualmente, la libertà di circolazione può essere limitata (dalla legge) «per motivi di sanità o di sicurezza»; la libertà di riunione «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», a dimostrazione che il testo costituzionale è tutt'altro che inconsapevole di (o sprovveduto di fronte a) possibili circostanze eccezionali, o di emergenza. È aperto il dibattito<sup>5</sup> circa l'effettiva conformità a tale disegno del percorso concretamente intrapreso e sperimentato per fronteggiare l'attuale emergenza da CoViD-19. In particolare, ci si domanda in dottrina se il massiccio ricorso al DPCM quale fonte di disciplina (a ciò abilitata da una clausola attributiva del potere contenuta nella fonte primaria del decreto-legge), sia rispettoso del disegno costituzionale abbozzato qui sopra, dal momento che sarebbero le disposizioni adottate con la fonte DPCM (e non quelle contenute nella fonte decreto-legge) a identificare e stabilire quali limitazioni delle libertà imporre, quanto profonde, quanto durature, le relative sanzioni, etc.<sup>6</sup>. Con ciò, si dice, resterebbe aggirata la riserva alla legge (quantomeno, sotto il profilo della “forza” della fonte), e resterebbe tagliato fuori il Parlamento (che invece, nel disegno dell'art. 77 Cost., appare pienamente inserito nella definizione delle misure giustificate dall'emergenza/urgenza, sebbene nella sede della conversione in legge del decreto). Senza contare (aspetto tutt'affatto secondario) che il ricorso alla fonte del DPCM appare idoneo anche a tagliare fuori la dimensione collegiale dell'organo “Governo”, dal momento che la fonte in questione realizza una centralizzazione in capo al solo Presidente del Consiglio dei ministri<sup>7</sup>.

---

*rei publicae suprema lex esto*» – utile altrimenti a giustificarne la sospensione – R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 786. Per la prospettiva dello stato di eccezione, si v. tra gli altri A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2020.

<sup>5</sup> Sono molteplici le sedi e le occasioni in cui si sta sviluppando questo dibattito, sia sugli organi di informazione, sia in seminari e convegni in remoto, sia infine nelle riviste specializzate, che hanno dedicato appositi spazi e *forum* in cui ospitare interventi e contributi, che risultano particolarmente ricchi e diversificati.

<sup>6</sup> La clausola di attribuzione del potere di intervento tramite DPCM, generica ed aperta, contenuta nel d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 (cfr. in part. l'art. 2 con riferimento all'intero territorio nazionale, al di fuori delle cd. “zone rosse”), è stata rimpiazzata dalle previsioni introdotte con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (cfr. in particolare l'art. 1), che individuano in modo esplicito le libertà ed i diritti che possono essere limitati, impongono determinate tempistiche di durata e rinnovo delle misure, ed indicano una data ultima di cessazione della loro efficacia. In questo modo, quantomeno alcune delle obiezioni relative al mancato rispetto della riserva di legge ed alla sistematica delle fonti sono state in qualche modo sanate (*ex post*); resta, tuttavia, intatta la questione relativa alla tenuta delle riserve “assolute” di legge, laddove le misure in questione sono calibrate (anche ai fini della proporzionalità degli interventi) con successivi atti amministrativi.

<sup>7</sup> Un efficace compendio di queste obiezioni, accompagnato da una fedele ricostruzione del quadro di atti e provvedimenti susseguirsi per fronteggiare l'emergenza e da ampi riferimenti alla dottrina, si veda il contributo

Non è questa la sede per analizzare *ex professo* le numerose, rilevanti e complesse questioni sollevate da tali obiezioni. Il dibattito è in corso (anche con posizioni molto divaricate, pur nel comune riconoscimento dell'eccezionalità del momento). Ciò che qui si intende sottolineare è che la stessa (inevitabile) esistenza di questo confronto, ci dice di quanto sia essenziale e vitale la possibilità di mantenere aperto ed alimentare un dibattito (anche) su questi temi. La condizione di emergenza, per altro, rende tale confronto ancora più importante, dal momento che proprio la condizione di emergenza nel quale queste scelte sono maturate e sono destinate a sviluppare i propri effetti, sembrano precludere o comunque attenuare in modo notevole l'efficacia (o la stessa operatività) dei rimedi (di carattere giurisdizionale) attivabili in tempi "ordinari"<sup>8</sup>, così che è essenzialmente nel dibattito pubblico e nella sua capacità di attivare sia un controllo diffuso sulla legittimità e sull'uso del potere, sia di condizionare (per tale strada) l'esercizio in concreto di tale potere, che riposa la capacità dell'ordinamento di contenere eventuali eccessi autoritari, ovvero marcate, arbitrarie e (quindi) ingiustificate deviazioni dal sistema costituzionale di tutela dei diritti e di reggimento della cosa pubblica.

## 2. L'affacciarsi di limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero (nonché alla libertà di ricevere informazioni e di ricercarle)

In questo contesto generale, si devono registrare alcuni segni concreti di compressione della libertà di informazione (in tutte le sue declinazioni) da parte del potere pubblico. Alcune prime avvisaglie si era colte – nella cronaca – a partire dal caso "Cicelyn". Eduardo Cicelyn, giornalista professionista, pubblica nel *Corriere del mezzogiorno* di sabato 21 marzo un articolo<sup>9</sup> nel quale racconta la sua abitudine di uscire di casa col motorino alle 12.30 per fare un giro a visitare la città (Napoli), con il tessero di giornalista in tasca. Il giornalista non incita i lettori a fare altrettanto: l'articolo è evidentemente (anche nei contenuti, così come per altro testimoniato dal direttore della testata<sup>10</sup>) un modo per argomentare una riflessione ed una critica serrata alla limitazione delle libertà personali disposte per fronteggiare l'emergenza. L'Asl 1 di Napoli, sulla base dell'articolo, inteso quale ammissione di plurime e reiterate violazioni di provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di igiene e sicurezza pubbliche, attiva il dipartimento di prevenzione, e in modo specifico l'unità operativa prevenzione Collettiva, al fine di porre in domiciliazione fiduciaria per 14 giorni il giornalista in questione, in applicazione della ordinanza presidente Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020. Detta ordinanza – che trova fondamento nei poteri ulteriori di protezione civile demandati ai presidenti delle regioni

di L.A. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza COVID-19*.

<sup>8</sup> Si è già notato che l'accesso alla giustizia è uno tra i diritti che subiscono una limitazione – nella forma del rinvio, ciò che rende concretamente inesigibile tale diritto (pro-tempore); si soffermano ad osservare che da ciò deriva anche una de-qualificazione della funzione giurisdizionale a funzione "non essenziale", M.G. CIVININI, G. SCARSELLI, *op. cit.*

<sup>9</sup> Cfr. l'articolo, intitolato, «Io, in giro con lo scooter contro i "sovrani" dello stato d'emergenza», e pubblicato nella rubrica "Zona franca", nell'edizione del 21 marzo 2020 (<https://bit.ly/2TxkWRH>).

<sup>10</sup> Cfr. la nota di commento a firma del direttore del Corriere del Mezzogiorno, Enzo D'Errico, intitolato *Rispettare le regole prima di tutto, ma senza smettere di discutere*, edizione del 22 marzo 2020 (<https://tinyurl.com/y8qbwsnx>).

nel DL 6/2020 e nel DPCM 8 marzo – prevede che la violazione dell’obbligo di restare in casa, oltre che punita ai sensi del codice penale (art. 650, “Inosservanza dei provvedimenti regolarmente dati dall’Autorità”), comporta anche (punto n. 5 dell’ordinanza), in conseguenza dell’esposizione al rischio di contagio del trasgressore, l’obbligo di permanenza domiciliare in isolamento per 14 gg. nonché l’obbligo di reperibilità per attività di sorveglianza.

Il caso è significativo perché (al di là di ulteriori profili) la sanzione viene comminata nei confronti di una attività che è svolta dichiaratamente al fine di esercitare la libertà di cronaca e di critica, quali specifiche e privilegiate declinazioni della libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost, e da parte di un professionista. Insomma, il divieto di circolazione e l’obbligo di restare in casa sembrano appare idoneo (con una scelta amministrativa legittima, quantomeno secondo il giudizio espresso in sede cautelare<sup>11</sup>) anche la compressione della libertà di cronaca e di critica.

Su un diverso fronte, occorre considerare che anche la declinazione passiva e quella riflessiva della libertà di informazione (il cd. diritto di ricercare informazioni) subiscono una compressione, dal momento che il decreto legge «Cura Italia» (decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18) sancisce – tra l’altro – che «[s]ono sospese, dall’8 marzo al 31 maggio 2020, le attività, non aventi carattere di indifferibilità ed urgenza, consistenti nelle risposte alle istanze [...] formulate ai sensi dell’articolo 22 della legge 7 agosto, n. 241, e dell’articolo 5 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33» (art. 67, comma 3); ovvero, detto in altri termini, è stato sospeso il godimento del diritto di accesso ai documenti delle pubbliche amministrazioni a fini di tutela soggettiva (accesso documentale), nonché l’accesso preordinato al controllo generalizzato sull’esercizio dei poteri pubblici e alla partecipazione al dibattito pubblico, che si sostanzia nel diritto di accesso civico (in reazione ad un inadempimento degli obblighi di pubblicazione) ovvero nel diritto di accesso generalizzato (cd. FOIA), con riferimento a tutte le altre informazioni detenute dalle PA. Una serie di diritti che, da ultimo, la Corte costituzionale (sentenza n. 20/2019) ha qualificato come di rango costituzionale, e che danno corpo alla declinazione *ri-flessiva* della libertà di informazione (il cd. diritto di ricercare informazioni). Va detto che, almeno in questo caso, la limitazione è avvenuta per effetto di una misura contenuta in una fonte di rango primario, il che però se può apparire appagante sotto il profilo della sistematica delle fonti, non risolve il problema circa la giustificazione di una limitazione alla libertà di informazione (su cui, *vedi infra*).

Infine, è ai primi di aprile è arrivata la notizia della istituzione di una specifica «unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19 sul *web* e sui *social network*»<sup>12</sup> presso la Presidenza del Consiglio. Si tratta di una scelta particolarmente rilevante ai fini del nostro discorso, dal momento che le motivazioni addotte a giustificazione dell’«unità di monitoraggio e contrasto delle *fake news*» sono direttamente connesse alla necessità di prevenire la diffusione di «contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti creati o condivisi con riferimento al COVID-19, con particolare riguardo a quelli potenzialmente idonei a indebolire le misure di contenimento del contagio ovvero ad accentuare la difficoltà della gestione emergenziale». In altre parole, le misure di contrasto costituiscono – entro questa cornice operativa – un mezzo specifico di contrasto alla diffusione della pandemia, con il che la limitazione della libertà d’informazione non opera incidentalmente (come nella

<sup>11</sup> Cfr Tar Campania, Napoli, sez. V, dec. pres. 24 marzo 2020, n. 471.

<sup>12</sup> Cfr. il decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega all’Informazione e all’Editoria del 4 aprile 2020, disponibile all’indirizzo <https://bit.ly/2TseZoQ>.

vicenda Cicelyn, perché co-estesa alla libertà di circolazione; o come nel caso della sospensione del diritto di accesso, funzionale – pare – a concentrare le capacità operative delle p.a. sulla gestione delle questioni urgenti e indifferibili, e comunque connesse alla gestione dell'emergenza), ma in modo precipuo, specifico e mirato.

Ora, che si tratti di misure che comportano una *limitazione* della libertà di informazione, sia in quanto libertà attiva (diritto di diffondere informazioni<sup>13</sup>), che come libertà passiva (diritto a ricevere infor-

<sup>13</sup> Sul versante attivo della libertà della libertà di informazione, e sui limiti che – compatibilmente con la tutela di questa libertà – posso essere imposti ad essa dal legislatore, si veda, oltre ai classici (ma sempre attuali) lavori di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958; P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. PALADIN, *La libertà di espressione*, Torino, 1979; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, la ricognizione sistematica della normativa e della giurisprudenza costituzionale in materia ad opera di A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione Branca-Pizzorusso*, Roma, 2006. Con particolare riguardo alla materia che qui ci occupa, emerge che la tutela della salute, quale limite alla manifestazione del pensiero, si afferma solo con riferimento ai messaggi di carattere (anche surrettiziamente) commerciale, e quindi in materia coperta non tanto dall'art. 21, quanto piuttosto dall'art. 41 Cost. A conferma, si vedano le delibere nn. 152 e 153 del 2020, con le quali l'Agcom ha sospeso per sei mesi le trasmissioni dell'emittente/media audiovisivo "Life TV Network", proprio in considerazione della finalità *commerciale* di trasmissioni e di contenuti volti a promuovere il consumo di prodotti commercializzati dal medesimo titolare dell'emittente (il sig. Panzironi), e che finivano per determinare «un inevitabile aumento della eventualità che lo spettatore medio possa sottovalutare o non prendere in seria considerazione le indicazioni della medicina ufficiale, mettendo quindi a rischio la propria salute, senza la necessaria percezione della natura promozionale del messaggio, confezionato sulla base di una asserita scientificità delle proposte commerciali». L'ingannevolezza del messaggio – potenzialmente impattante per la salute – assume quindi rilievo in quanto connessa all'assorbente profilo dell'intento promozionale e commerciale dell'operazione, e non con riferimento all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, come confermato dalle stesse motivazioni dei provvedimenti: «[a]tteso che la natura commerciale, ancorché parziale, della comunicazione in questione è espressamente riconosciuta dalla società, le censure relative alla pretesa inibizione della espressione del pensiero risultano prive di pregio; in contestazione è chiarito che l'accertata violazione si riferisce alla funzionalizzazione della comunicazione ad accreditare [...] l'utilità e l'opportunità dell'adozione di comportamenti di vita e di consumi, questi ultimi corrispondenti ai prodotti oggetto delle promozioni complementari ai programmi asseritamente redazionali, e che potrebbero invece risultare potenzialmente pericolosi per la salute degli spettatori/consumatori, inducendoli a una riduzione del senso di cautela e di prudenza in una contingenza emergenziale per la sanità e salute pubbliche». Tale impostazione, per la quale il messaggio *parziale, ingannevole o menzognero* può essere oggetto di limitazione se ed in quanto funzionale a finalità promozionali connesse ad un interesse commerciale dell'emittente, trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in applicazione della libertà di informazione così come codificata dall'art. 10 della Carta EDU, nella quale la protezione della salute (diversamente da quanto accade per la Costituzione italiana) compare esplicitamente tra i limiti opponibili alla libertà di ricevere o comunicare informazioni e idee. Infatti, nella quasi totalità dei casi decisi dalla Corte di Strasburgo, le limitazioni acconsentite in base alla deroga di cui al comma 2 si riferiscono a messaggi di carattere promozionale (*Colman v. the United Kingdom*, n. 16632/90; *Hertel v. Switzerland*, n. 25181/94; *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) v. Switzerland*, n. 43524/98); mentre laddove il carattere commerciale della comunicazione è stato escluso, la libertà di manifestazione del pensiero è risultata prevalere (*Stambuk v. Germany*, n. 37928/97). Solo in un caso (*Verités Santé Pratique SARL v. France*, n. 74766/01) è stato ritenuto conforme alla deroga il diniego di un regime fiscale di favore ad una rivista medica, anche in ragione dell'accertata pubblicazione di informazioni mediche non verificate. *Amplius*, cfr. S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritto umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.

mazioni<sup>14</sup>), appare fuori di dubbio. Basti considerare che l'unità di monitoraggio deve svolgere attività di «ricognizione e classificazione dei contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti» (art. 2, comma 1, lett. a) del decreto). Già sotto questo profilo, la mera attività di classificazione – posta in essere da una articolazione del potere esecutivo – di ciò che sia da considerarsi falso, non dimostrato o fuorviante, costituisce un'intromissione pesantissima nella sfera della libertà (di espressione, ma non soltanto), dal momento che costituisce un'evidente discriminazione dei flussi informativi agiti nell'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata, sulla base di un giudizio circa il contenuto di ciò che viene diffuso, comunicato, veicolato. Ciò che appare già di per sé in contrasto con il divieto di censura (quantomeno, in potenza). A tale attività sono chiamati a collaborare sia soggetti specializzati nell'attività di *fact checking*, sia i principali motori di ricerca e piattaforme social, sia i comuni cittadini/utenti delle piattaforme social. La potenzialità censoria connessa alla individuazione dei contenuti «falsi, non dimostrati o fuorvianti» è poi portata alle sue conseguenze secondo due modalità, tra loro collegate.

Per un verso, l'Unità ha il compito di promuovere iniziative «più opportune» che abbiano lo scopo diretto di contrastare la diffusione di *fake news* (in questo senso, identificare e classificare i contenuti «falsi, non dimostrati o fuorvianti» è propedeutico alla concreta operatività delle misure volte a contrastarne la diffusione).

Per altro verso, l'Unità ha il compito di definire le «modalità idonee a potenziare e rendere più visibile ed accessibile l'informazione generata dalle fonti istituzionali, anche attraverso un migliore posizionamento sui motori di ricerca e sui social media». Si tratterebbe, in effetti, di meccanismi ad effetto censorio indiretto ed inverso, in quanto si vorrebbe intervenire sui meccanismi di indicizzazione dei contenuti (sia nei motori di ricerca che nei social) al fine di rendere più visibili (meglio posizionati, più frequenti, più "virali", etc.) i contenuti generati dalle fonti istituzionali, e quindi – di converso – meno visibili tutti gli altri contenuti, in quanto non assistiti da questa specifica forma di *doping informativo*. Si noti – tuttavia – che il criterio adottato per individuare i contenuti da "promuovere" sui motori di ricerca e sui social non è affatto omogeneo rispetto a quello che designa i contenuti di cui "contrastare" la diffusione. Infatti, i contenuti di cui potenziare visibilità e accessibilità non sono quel-

<sup>14</sup> Come noto, la declinazione *passiva* della libertà d'informazione (il diritto di ricevere informazioni), non potendo essere soddisfatta tramite l'imposizione generalizzata di un correlato dovere di informare (che entrerebbe in insanabile contraddizione con il versante attivo della medesima libertà, che comprende il "diritto al silenzio"), si traduce e prende corpo nella soluzione (subottimale) di sistema, che consiste nella tutela del *pluralismo esterno* (assicurare che i mercati dei prodotti informativi siano popolati dal maggior numero di imprese non collegate tra loro), viatico (sebbene, non sicura garanzia) per la realizzazione della massima circolazione di informazioni varie e diverse tra loro (cd. *diversity*), così che il diritto di ricevere informazioni è tanto più tutelato quanto maggiore è il grado di *pluralismo esterno* (cfr. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. L'era della post verità*, Torino, 2017, 46 ss). Come altrettanto noto, l'avvento della tecnologia di rete (per il suo carattere strutturalmente decentrato e per i ridottissimi costi di accesso) realizza in modo potenzialmente massimo l'obiettivo del *pluralismo esterno*, così da essere inteso quale mezzo idoneo a dare piena soddisfazione tanto al diritto di trasmettere informazioni (in capo a chiunque) che del diritto di riceverle (le più diverse), sin dal *leading case* della Corte suprema USA *Reno vs ACLU* (1997). Tuttavia, il rapporto tra mezzo internet e il pluralismo effettivamente è stato in seguito configurato in modo meno lineare, se non addirittura in termini di relazione inversa, per effetto del ruolo giocato dalla mediazione algoritmica (a partire dal seminale lavoro di C. SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton, 2001). Sul punto, con particolare riferimento all'impatto sul contesto giuridico europeo, vedi *infra*.

li «veri, dimostrati, ben indirizzati» (ossia, l'opposto di ciò che va contrastato), ma più semplicemente quelli generati da «fonti ufficiali». Non si comprende se, in questo modo, si intende dare per acquisito che le due dimensioni (contenuti «veri, dimostrati» etc. e contenuti «generati da fonti ufficiali») siano sempre e comunque coincidenti, oppure – al contrario – che si è del tutto indifferenti all'effettivo grado di intersezione tra le due. Purtroppo, entrambe le alternative non appaiono compatibili con gli standard basilari dei regimi democratici, nei quali non si presume che l'informazione di fonte pubblica sia – *per ciò stesso* – veritiera, ma – piuttosto – ci si preoccupa di fare in modo che lo sia, per quanto possibile, e ci si organizza di conseguenza<sup>15</sup>.

### 3. La lotta alle *fake news*: un canovaccio già sperimentato

L'istituzione dell'Unità di monitoraggio si colloca entro uno schema concettuale il cui referente originario – oltre che nella più ampia lettura della relazione tra libertà d'informazione e mezzo internet maturata nel contesto europeo<sup>16</sup> – può essere individuato nella comunicazione della Commissione europea dell'aprile 2018 (*Tackling online disinformation: a European Approach*<sup>17</sup>), elaborata a valle di una intensa fase di studio<sup>18</sup>, e sfociata nella stipulazione di un accordo con alcune grandi piattaforme, finalizzato ad assegnare a tali soggetti i compiti concreti di contrasto alla disinformazione (il *Code of Practice on Disinformation*<sup>19</sup>). Uno schema poi ripreso ed adattato anche in altri contesti nazionali,

<sup>15</sup> Sul requisito di *verità* come obiettivo (per quanto imperfetto) delle attività conoscitive delle amministrazioni pubbliche, si veda E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011.

<sup>16</sup> Nel contesto europeo, infatti – e diversamente da quanto accaduto negli USA – la aumentata capacità di produrre e diffondere informazioni, immediatamente disponibili ad una platea amplissima di utenti, è stata riguardata piuttosto (o prevalentemente) come un fattore di maggiore e più intenso rischio/pregiudizio in danno degli interessi che possono essere lesi dall'esercizio della libertà di informare. Paradigmatica, in questo senso, è la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: nel contesto delle comunicazioni che avvengono in internet, la libertà di informazione – che pure la Corte CEDU ha da sempre considerato la pietra angolare della democrazia (cfr. i casi *Handyside vs UK* (1976); *Stoll vs Switzerland* (2007,)) finisce per meritare una regolamentazione differenziata, e più stringente, proprio in ragione della necessità (determinata dalle caratteristiche specifiche del mezzo) di fare fronte a nuovi e più intensi rischi di lesione di altri diritti fondamentali. Cfr. *Neij and Kolmisoppi (The Pirate Bay)*(2013); *Editorial Board of PravoyeDelo and Shtekel v Ukraine* (2011) («the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned»); o, ancora, *Delfi vs Estonia* (2015) («Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online»). Sul punto, cfr. O. POLLICINO, *Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the word of bits: the case of freedom of speech*, in *European Law Journal*, sp. sym. issue (a cura di O. POLLICINO, M. SUSI, 2019, 169-181.

<sup>17</sup> Cfr. COM/2018/236 del 26 aprile 2018.

<sup>18</sup> Cfr. Il *Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*, del 12 marzo 2018.

<sup>19</sup> Cfr. Il *Code of Practice on Disinformation*, atto di carattere convenzionale pubblicistico che vede come controparti della Commissione una serie di grandi attori che hanno accettato di sottoscrivere una serie di impegni,

sebbene con forme e ambiti di applicazione differenziati. Ad esempio, la *La loi contre la manipulation de l'information*<sup>20</sup>, in vigore in Francia dal gennaio 2019, pare finalizzata a contrastare in modo specifico la disinformazione volta ad alterare il processo elettorale, e calibrata in particolare per le operazioni di disinformazione di origine estera<sup>21</sup>. Anche rispetto a questi antecedenti, la soluzione ora approntata si segnala, intanto, per aver riproposto la nozione di “fake news”, che lo studio commissionato dalla Commissione aveva suggerito di scartare, in quanto ambiguo, eccessivamente ampio, ed idoneo pertanto a comprimere in modo indiscriminato diversificate e legittime forme di espressione del pensiero (quali, ad esempio, la satira), concentrandosi invece sulla (più circoscritta, sebbene non per questo esente da gravi limiti) nozione di “disinformazione”. Inoltre, si deve notare che in Francia la (ampiamente discussa, e controversa) disciplina di contrasto alla manipolazione dell'informazione è stata introdotta *con legge*, e non con un atto amministrativo. Ma, a parte questi aspetti deteriori (solo apparentemente “formali”), la *sostanza regolatoria* è la medesima (già) delineata in sede UE. In primo luogo, oggetto delle misure di contrasto sono contenuti e transazioni informative che si configurano come (altrimenti) “legali”, nel senso che il presupposto per l'azione di contrasto non è la circostanza che essi siano (per qualche ragione) illeciti<sup>22</sup>. Infatti, il presupposto è un altro: che i contenuti siano «falsi», oppure che siano «non dimostrati», oppure «fuorvianti», e «creati o condivisi con riferimento al COVID-19, con particolare riguardo a quelli potenzialmente idonei a indebolire le misure di contenimento del contagio ovvero ad accentuare la difficoltà della gestione emergenziale». Tali caratteristiche riflettono le categorie già elaborate in sede UE, ove la nozione di *disinformation* «is understood as verifiably false or misleading information that is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, and may cause public harm»<sup>23</sup>. Anzi, si può dire che le misure di contrasto approntate con l'istituzione dell'Unità di monitoraggio, rappresentano la declinazione specifica di quanto già prefigurato in sede UE, dal momento che proprio nella comunicazione della Commissione, «public harm comprises threats to democratic political and policy-making processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security». Dunque, ci troviamo di fronte – in effetti – ad uno specifico sviluppo della strategia delineata in sede UE.

---

finalizzati a porre in essere comportamenti proattivi di contrasto alla diffusione della *disinformation* (in particolare, il *Code* è stato sottoscritto da Facebook, Google, Twitter e Mozilla).

<sup>20</sup> Legge n. 2018-1202 del 22 dicembre 2018.

<sup>21</sup> Cfr. V. GAZAGNE-JAMMES, *La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations*, in *La Revue des droits de l'homme*, 17, 2020, in <http://journals.openedition.org/revdh/7908>; C. DELAHAIS, *La loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information: un avenir incertain*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 3, 2018, 63-75.

<sup>22</sup> Già in sede UE, se la richiamata comunicazione della Commissione ribadiva che «[l]egal content, albeit allegedly harmful content, is generally protected by freedom of expression and needs to be addressed differently than illegal content, where removal of the content itself may be justified», il *Final report* aveva chiarito che sul piano concettuale «[d]isinformation as defined here includes forms of speech that fall outside already illegal forms of speech, notably defamation, hate speech, incitement to violence, etc. but can nonetheless be harmful».

<sup>23</sup> Cfr. COM/2018/236, cit.

Pertanto, possono essere riprese e sviluppate, qui, con gli opportuni adattamenti, le osservazioni già formulate, in diversa sede, con riferimento alla richiamata strategia europea<sup>24</sup>. In primo luogo, il fatto che l'identificazione dei contenuti da contrastare può prescindere anche dalla falsità delle informazioni diffuse. Infatti, sono meritevoli di contrasto anche i contenuti «fuorvianti» e quelli «non dimostrati». I primi sono contenuti identificati sulla base dell'effetto prodotto sulle convinzioni ed i comportamenti del pubblico/utenza che ne fruisce. Rispetto alla nozione coniata in sede UE, pare venir meno il requisito della *intenzionalità* di tale effetto (in capo a chi crea o diffonde il contenuto), così che l'attenzione si sposta integralmente sull'effetto. Ciò non toglie che simile concettualizzazione presuppone l'esistenza di una “retta via”, dalla quale i cittadini sarebbero distolti in ragione della fruizione di contenuti – appunto – fuorvianti. Si noti che, sotto questo profilo, la misura pare rivolta a contribuire *in modo indiretto* all'efficacia della comunicazione istituzionale nell'orientare i comportamenti collettivi, eliminando (o depotenziando) dal circuito informativo le transazioni informative (anche prive di *intenzione*, e quindi estranee al novero della manipolazione) che (si presume) abbiano l'effetto di distogliere i cittadini dai comportamenti corretti, opportuni, necessari ai fini del contenimento della diffusione del virus e all'efficacia delle misure di contrasto e cura, così come veicolati dalle pubbliche autorità. Un'applicazione “allargata” della teorica dell'*incitement*, in cui il test del “*clear and present danger*” pare sostituito (in via generale e presuntiva) dalla condizione generale di emergenza: in questo modo, tuttavia, i criteri di riconoscimento dei discorsi idonei a condizionare i comportamenti, “sviandoli”, divengono così ampi, sfumati ed incerti, da trasformare potenzialmente suddetta clausola in un insindacabile potere di censura dei discorsi “non allineati”.

Vi sono, poi, tra i contenuti di cui andrebbe contrastata la diffusione, quelli «non dimostrati». L'uso di questi concetti aprirebbe un discorso che meriterebbe ben altro approfondimento. L'idea di fondo – se è dato comprendere – è che in una situazione di emergenza, nell'urgenza di fare fronte al contagio, le sole *tesi* (perché – evidentemente – la qualità dell'essere “dimostrabile” non si attaglia ai fatti, ma piuttosto alle *tesi*, ovvero a giudizi relativi alla relazioni che intercorrono tra i fatti) che meritano di raggiungere il pubblico (così eventualmente da orientarne l'opinione ed i comportamenti) sono quelle dotate di una “dimostrazione”, cioè in qualche modo accreditate in sede scientifica. Uno degli esiti di un simile approccio, sarebbe quello di vietare (o ridurre) la circolazione di ipotesi o congetture non (o non ancora) suffragate da “dimostrazioni”: insomma, una strozzatura proprio sul lato dell'avvio del dibattito. Il che – se risulta comunque criticabile, anche con riferimento a tempi ordinari e a tesi consolidate<sup>25</sup> – appare *paradossale* in una situazione nella quale (vedi subito *infra*) ciò che può dirsi assodato, asseverato e dimostrato è molto poco, anche in sede scientifica, data la novità del

<sup>24</sup> Sia consentito rinviare al contenuto dell'intervento *Il rilievo giuridico della disinformazione, tra vecchi e nuovi media*, svolto nel corso del convegno *La disinformazione tra vecchi e nuovi media*, tenutosi a Perugia il 24 maggio 2019 (disponibile qui: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=1&v=1t56C5O6O5U&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=1&v=1t56C5O6O5U&feature=emb_logo)); per una analoga, serrata critica all'approccio sotteso alla strategia di contrasto alle *fake news* elaborato in sede UE (e degli epigoni a livello nazionale), vedi E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws.eu*, 1, 2019.

<sup>25</sup> Basti considerare le (non infondate) critiche sollevate nei confronti delle discipline legislative volte a censurare le manifestazioni del pensiero che si traducono in tesi volte a negare fatti (e giudizi) storici di particolare rilievo, come ad esempio le atrocità ed i crimini addebitati al regime nazista (le cd. *tesi negazioniste*), su cui vedi ad esempio G.E. VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4, 2014 e bibliografia ivi richiamata.

caso (sia quanto all'agente patogeno in sé, che con riferimento alle sue modalità di diffusione e contagio)<sup>26</sup>.

Vale la pena, poi, soffermarci da ultimo sul requisito che – all'apparenza – può costituire il meno problematico, ovvero quello dei contenuti «falsi». Anche ad ammettere la liceità dell'operazione di rimozione di contenuti falsi – se ciò è giustificato dall'esigenza di tutelare la salute<sup>27</sup> – tale operazione presuppone un consenso davvero generalizzato e consolidato, ed una evidenza immediata, di ciò che è falso, perché altrimenti proprio il confronto tra differenti letture e rappresentazioni, in un dibattito libero ed aperto, costituisce il più solido e consolidato metodo per la emersione della verità (il classico *argument from truth* di J.S. Mill<sup>28</sup>). Ora, nella circostanza attuale, caratterizzata da un patogeno nuovo, dal comportamento (quindi) poco conosciuto, rispetto al quale le metodologie di efficace contrasto sono in via di identificazione e definizione, non è difficile argomentare che ci si trovi nella situazione quanto più lontana rispetto a quella *idealtipica* (ed utopistica) delle verità acclamate, condivise, incontestate. Basti considerare che – attualmente – è innanzitutto dal *confronto* tra le diverse (anche, opposte) strategie messe in atto indifferenti contesti ordinamentali e territoriali che si stanno traendo le più importanti indicazioni al fine di raffinare le modalità di contenimento e gestione del contagio. E non è nemmeno il caso di elencare quanto rapidamente sono mutate nelle scorse settimane le indicazioni e le valutazioni circa i comportamenti da tenere, e le strategie da adottare, fornite dalle stesse istituzioni pubbliche, poiché sono ben note ed oggetto di cronaca quotidiana (ma vedi subito *infra* per alcuni esempi eclatanti). Dunque, in un contesto come quello attuale, la stessa opera di «ricognizione e classificazione di contenuti falsi» quale azione preliminare alla “bonifica” del di-

<sup>26</sup> Come notato dalla Corte Edu – in un giudizio sui limiti che potevano essere imposti alla diffusione di un articolo dedicato all'illustrazione dei pericoli per la salute derivanti dall'uso del forno a microonde – «the effect of the injunction was thus partly to censor the applicant's work and substantially to reduce his ability to put forward in public views which have their place in a public debate whose existence cannot be denied. It matters little that his opinion is a minority one and may appear to be devoid of merit since, *in a sphere in which it is unlikely that any certainty exists*, it would be particularly unreasonable to restrict freedom of expression only to generally accepted ideas» (*Hertel vs Switzerland*, cit., corsivo mio).

<sup>27</sup> Per la tesi (maggioritaria) secondo cui la manifestazione del pensiero consistente in un falso subiettivo non sarebbe coperta dalla tutela dell'art. 21 Cost., con la conseguenza che tali espressioni del pensiero sarebbero non vietate o illecite in quanto tali (fatto salvo quanto previsto in materia di diritto di difesa), ma disponibili ad una compressione priva di limiti in ragione dell'esigenza di fornire tutela ad interessi rilevanti per l'ordinamento (in questo caso, la tutela della salute): cfr. già C. ESPOSITO, *op. cit.*, 36, nonché più recentemente A. PACE, M. MANETTI, *op. cit.*, 89. Tuttavia, si consideri che – alla luce della scelta regolatoria implicita nel decreto di cui ci stiamo occupando – la falsità ritenuta pericolosa ai diffusa e condivisa nel *web* e sul *social network* finisce per meritare un trattamento peggiore di quello ad essa riservato nei media mainstream (carta stampata, periodici on line registrati, programmi di informazione audiovisiva), dove il falso è (semmai) soggetto a rettifica, nonostante i doveri (anche professionali) di diligenza nell'accertamento della verità che incombono sugli operatori di questi ultimi siano certamente più intensi e cogenti di quelli cui sono sottoposti gli utenti dei primi; sul punto, cfr. ad esempio M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws.it*, 1, 2017, 26-40.

<sup>28</sup> «[S]ociety ought not suppress what is considered by most to be a false opinion in case it transpires that majority opinion is mistaken. Censors, including official ones, wrongly assume that their judgments are infallible. If true knowledge is to be gained, be attained, all must be able to access the views and opinions of others and enjoy freedom for self-expression for themselves», cfr. C.L. TEN, *Mill on Liberty*, Oxford, 1980, cap. 8.

scorso pubblico appare del tutto improponibile (sul piano concettuale), e contraria alle modalità con le quali si sta effettivamente procedendo a gestire la pandemia.

#### 4. Il web e i social network come ambito precipuo di contrasto alle fakenews (?)

Ulteriore conferma della continuità con la linea strategica inaugurata dalla comunicazione della Commissione UE è il fatto che le misure di contrasto alla diffusione delle “fake news” riguardano esclusivamente la comunicazione che avviene nel web e sui social network. L’idea è che la diffusione di questa tipologia di contenuti sia un tratto caratteristico e distintivo delle modalità con le quali si sviluppa sia la creazione che la distribuzione delle notizie, dei contenuti, in generale delle informazioni, nell’ambiente informativo on-line. Come noto, questo approccio costituisce il riflesso ed il portato di una serie di letture delle dinamiche informative in rete, caratterizzate (in termini precipui) dalla capacità di abilitare la diffusione dei contenuti “incriminati” (falsi, fuorvianti, *intentionally deceiving*), per l’effetto (variamente) combinato di dinamiche quali la *filter bubble* (fruizione di contenuti filtrati secondo le preferenze dell’utente), le *echo chamber* (la partecipazione a conversazioni con utenti che si scambiano in modo ridondante sempre i medesimi punti di vista) e la *polarization* (la partecipazione a discussioni dentro le *echo chamber* tra utenti selezionati sulla base del medesimo punto di vista, favorirebbe il consolidarsi tra i partecipanti delle opzioni interpretative più estreme, cioè più lontane da quelle che maturano in altre *echo chamber*, costruite su punti di vista diversi/opposti). Effetti che sarebbero sfruttati in modo deliberato da chi ha interesse a costruire *fake news* al fine di diffonderle in rete, ma che in effetti si produrrebbero comunque, a prescindere dalle intenzioni di chi crea o condivide i contenuti (quantomeno, per le ragioni già indicate è questo l’approccio implicito nell’intervento regolatorio che ha ispirato la costituzione dell’Unità di monitoraggio).

Non si intende negare, in questa sede, che vi siano fenomeni di diffusione delle informazioni che sono specificamente connessi alle caratteristiche del mezzo, e che tali fenomeni abbiano investito in modo rilevante anche il settore dell’informazione medica<sup>29</sup>. Tuttavia, trasformare questa constatazione in un approccio *parziale ed selettivo*, nel contrasto alle *fake news*, tutto concentrato sul web e sui social network, appare criticabile – e criticato – sotto molteplici aspetti.

In primo luogo, gli stessi presupposti teorici su cui poggia tale approccio regolatorio appaiono oramai sempre più smentiti dalle risultanze di molteplici, ripetute e concordanti ricerche e verifiche empiriche in sede scientifica<sup>30</sup>. Emerge in modo sempre più evidente il dato per cui la mediazione algoritmi-

<sup>29</sup> Cfr. ad esempio le osservazioni di S. TOMELLERI, *Quando l’habitus fa il monaco: mutamenti sociali, stili di vita e disuguaglianze*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, in part. il par. 5 *La (dis)informazione medica di massa*.

<sup>30</sup> Si vedano, tra molti, i seguenti contributi: S. ALON, L.M. SHEKHTMAN, S. HAVLIN, I. BEN-GAL., *Comparing the diversity of information by word-of-mouth vs. web spread*, in *EPL (Europhysics Letters)*, 114.5, 2016; M. HAIM, A. GRAEFE, H.B. BROSIUS, *Burst of the Filter Bubble Effects of personalization on the diversity of Google News*, in *Digital Journalism*, 6, 2017, 330-343; M. BEAM, M. HUTCHENS, J. HMIELOWSKI, *Facebook news and (de)polarization: reinforcing spirals in the 2016 US election*, in *Information, Communication & Society*, 7, 2018, 940-958; E. DUBOIS, G. BLANK, *The echo chamber is overstated: the moderating effect of political interest and diverse media*, in *Information, Communication & Society*, 5, 2017, 729-745; M. BARNIDGE, *Exposure to Political Disagreement in Social Media Versus Face-to-Face and Anonymous Online Settings*, in *Political Communication*, 2, 2016, 302-321;

ca (il consumo di news ed informazione mediante canali caratterizzati dalla selezione e filtraggio dei contenuti realizzati anche mediante algoritmi: motori di ricerca, aggregatori di notizie, social network) si accompagna ad un tasso di esposizione ad un pluralismo sostanziale (*information diversity*) maggiore (e non minore), rispetto a quello che caratterizza il consumo di notizie mediante canali tradizionali (connotati da una mediazione editoriale: i cosiddetti media *mainstream*). Come è stato sottolineato di recente da uno dei massimi esperti del settore, ed in una sede ufficiale di consultazione: «[o]n the consumption side, people are increasingly relying on social media and search engines. That is particularly the case among younger people and those of a lower social grade. It is important to recognise that while we have many reasons to fear that a reliance on social media and search engines would lead people into so-called filter bubbles where the algorithms feed them more and more information which just confirms and reinforces their existing beliefs and values, empirical research suggests that for most users, social media and search engines lead people towards more demonstrably diverse sources of news than they would seek out of their own volition»<sup>31</sup>. Pertanto, il *web* e i *social network* sono attualmente l'ambiente informativo meglio caratterizzato sotto il profilo del pluralismo informativo, ciò che abilita l'esposizione e l'incontro (anche *indesiderato*) non solo con i contenuti «falsi, non dimostrati e fuorvianti», ma anche con quelli «veri, dimostrati e ben indirizzanti», ivi compresi quelli di fonte pubblica. Data questa premessa (e veniamo così all'ulteriore profilo di criticità), la specifica, esclusiva attenzione al *web* e ai *social media* si giustificerebbe solo nella misura in cui fosse possibile dimostrare (o, quantomeno, argomentare) che – diversamente – i media tradizionali (il cui consumo espone comunque ad un più ridotto tasso di pluralismo sostanziale), in virtù del controllo editoriale che li caratterizza, non sono idonei a veicolare *fake news*.

Come noto, tuttavia, le cose non stanno affatto così. Non è solo che i media mainstream non sono affatto immuni dalla diffusione di notizie false, fuorvianti e non dimostrate (la casistica è ragguardevole<sup>32</sup>, e da aggiornare continuamente, ed anche con riferimento al settore medico e sanitario<sup>33</sup>): proprio nelle (tutto sommato) poche settimane di crisi pandemica, abbiamo potuto verificare come (anche) i media mainstream abbiano contribuito a veicolare contenuti che il (poco) tempo trascorso si è

---

R. FLETCHER, R.K. NIELSEN, *Are people incidentally exposed to news on social media? A comparative analysis*, in *New Media & Society*, 7, 2018, 2450-2468; S. FLAXMAN, S. GOEL, J.M. RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, special issue, 2016, 298-320; A. VALERIANI, C. VACCARI, *Accidental exposure to politics on social media as online participation equalizer in Germany, Italy, and the United Kingdom*, in *New Media & Society*, 9, 2016, 1857-1874; F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, D. TRILLING, J. MÖLLER, B. BODÓ, C.H. DE VREESE, N. HELBERGER, *Should we worry about filter bubbles?*, in *Internet Policy Review*, 1, 2016; L. BOXELL, M. GENTZKOW, J. M. SHAPIRO, *Is the Internet Causing Political Polarization? Evidence from Demographics*, in *NBER Working Paper*, n. 23258, 3, 2017; C.A. BAIL, L.P. ARGYLE, T.W. BROWN, J.P. BUMPUS, H. CHEN, M.B. FALLIN HUNZAKER, J. LEE, M. MANN, F. MERHOUT, A. VOLFOVSKY, *Exposure to opposing views on social media can increase political polarization*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 37, 2018, 9216-9221.

<sup>31</sup> Cfr. R. KLEIS-NIELSEN, Direttore del Reuters Institute and Professor of Political Communication – University of Oxford, *Oral evidence at the Communications and Digital Committee Lords Select Committee inquiry on "The future of journalism"*, 25 February 2020 (reperibile in: <https://bit.ly/2XIZOPh>)

<sup>32</sup> Fra i molti saggi dedicati all'illustrazione della presenza massiccia di cd. *fake news* (anche) nei media *mainstream*, si veda V. GIACCHÉ, *La fabbrica del falso. Strategie della menzogna nella politica contemporanea*, in *Derive e Approdi*, 2011.

<sup>33</sup> Cfr. J. KALTWASSER, *Misinformation Is a Public Health Threat Without Easy Cures*, in *contagiononline.com*, 31 luglio 2019 (<https://bit.ly/3eaF1oA>).

occupato di qualificare come *fake news*. Dal noto virologo che il 10 febbraio affermava in tv che «in Italia il virus non c'è»<sup>34</sup>, alle indicazioni circa l'appropriatezza dell'uso delle mascherine da parte della generalità della popolazione (con linee guida OMS destinate a cambiare di segno in modo repentino<sup>35</sup>), fino alla campagna di spot inizialmente promossa dal Ministero della salute, che assicurava «che non è affatto facile il contagio»<sup>36</sup>. E gli esempi potrebbero continuare. Dunque, se i media *mainstream* non sono affatto immuni dal virus delle cd. *fake news*, perché concentrare l'attenzione solo sul *web* e sui *social network*?

### 5. “Siamo in guerra”: le insidie di una metafora

Come noto, la condizione di conflitto bellico è quella in cui più facilmente possono essere giustificate operazioni di *censura* al flusso delle notizie. Ciò perché l'informazione è uno dei mezzi mediante i quali le parti in conflitto si fronteggiano, con la conseguenza che la necessità di difendersi giustifica anche significative limitazioni alla libertà di informazione. E questo non soltanto perché il nemico attacca anche sfruttando i mezzi di informazione, ma anche perché la conduzione delle operazioni (sia al fronte, che nella gestione quotidiana “in patria”) richiede una comunicazione univoca, priva di interferenze, votata al “non disturbare il manovratore”. Questo approccio tradizionale, riveduto e corretto, si applica anche ai conflitti “asimmetrici” del tempo contemporaneo, così che – ad esempio – il Parlamento europeo ha votato una risoluzione<sup>37</sup> che ammette la legittimità di misure volte a ridurre il pluralismo sostanziale dell'informazione, se ciò si rende indispensabile per impedire la circolazione “contenuti” che fanno parte di operazioni di propaganda, ad esempio, di gruppi terroristici.

Più in generale, si può sostenere che *durante un conflitto* esistono esigenze tali da giustificare la limitazione del dibattito pubblico: l'autorità pubblica non è interessata tanto al fatto che circolino solo notizie veritiere (dimostrate, non fuorvianti), quanto piuttosto che circolino solo le notizie che essa vuole che circolino, in funzione del perseguimento dei suoi obiettivi (prevalere nel conflitto, evitare/contenere i danni, etc.). Nella misura in cui l'esistenza di un dibattito pubblico libero e aperto può entrare in conflitto con questa esigenza (anche al di là delle intenzioni di chi vi partecipa), esso viene precluso, sottoposto a controllo, al fine di assicurare che il flusso di notizie (e non solo di notizie, anche di tesi, di opinioni, etc.) sia coerente e conforme alla più complessiva strategia bellica, ed alle sue esigenze.

Se osserviamo con sguardo disincantato obiettivi e strumenti dell'Unità di monitoraggio, potrebbe sorgere il dubbio legittimo che la strategia anti-*fake news* sia animata dal medesimo approccio. L'autorità pubblica non sarebbe (invero) interessata a dare rilievo e precedenza alle informazioni (ai “contenuti”) *veri*, quanto piuttosto a fare in modo che la *sua strategia comunicativa* (quella ritenuta funzionale al contenimento della diffusione del virus) non subisca interferenze esterne, idonee a

<sup>34</sup> Cfr. le dichiarazioni di Roberto Burioni rilasciate nel corso della trasmissione *Che tempo che fa* su Rai Uno, del 10 febbraio 2020 (<https://www.youtube.com/watch?v=CaCRUFo3-lg&feature=youtu.be&t=292>).

<sup>35</sup> Cfr. l'articolo dell'ANSA del 3 aprile 2020 (<https://bit.ly/2ASSjrD>).

<sup>36</sup> Cfr. la campagna di comunicazione istituzionale promossa dal Ministero della Salute con testimonial Michele Mirabella, a partire dal 7 febbraio 2020 (<https://www.youtube.com/watch?v=j3nyaDIM800>).

<sup>37</sup> Cfr. la Risoluzione del Parlamento UE sulla comunicazione strategica dell'UE per contrastare la propaganda nei suoi confronti da parte di terzi (2016/2030(INI)), del 14 ottobre 2016.

comprometterne l'efficacia (o anche solo la tenuta, in termini di coerenza narrativa). Infatti – come evidenziato più sopra – se le misure di censura “diretta” sono volte a contrastare la diffusione dei «contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti, creati o condivisi con riferimento al CoViD-19, con particolare riguardo a quelli potenzialmente idonei a indebolire le misure di contenimento del contagio ovvero ad accentuare la difficoltà della gestione emergenziale», la strategia *inversa* è invece volta ad alla «definizione di opportune modalità idonee a potenziare e rendere più visibile ed accessibile l'informazione generata dalle fonti istituzionali, anche attraverso un migliore posizionamento sui motori di ricerca e sui social media». Una strategia di riduzione dello spazio agibile al dibattito pubblico, libero ed aperto, volta ad assicurare che la comunicazione istituzionale non subisca interferenze idonee ad indebolirne efficacia e coerenza.

D'altra parte, la metafora della “guerra” è stata utilizzata a più riprese per descrivere la gravità della condizione che stiamo affrontando.

Tuttavia, un conto è usare la metafora, per descrivere i danni prodotti dal blocco produttivo (conseguente alle misure di contenimento del contagio) o per perorare interventi macroeconomici di dimensioni consimili a quelli sperimentati in periodi di conflitto bellico, altra cosa sarebbe invece invocare la condizione *bellica* vera e propria come effettiva giustificazione delle limitazioni (censura) imposte al dibattito pubblico, libero ed aperto.

Qui non c'è una guerra *in senso tecnico*, nel senso che non c'è un nemico da combattere o da cui difendersi (se non ad identificarlo, *di nuovo in senso metaforico*, nel virus e nella sua diffusione), e quindi sarebbero carenti i presupposti per l'attivazione di della procedura descritta agli art. 78 e 87 Cost., che sola può condurre (a Costituzione vigente) alla attribuzione al Governo dei poteri necessari per far fronte alle esigenze del conflitto, ivi compresi quelli idonei a limitare la libertà di informazione. E, al di là di queste considerazioni, tale procedura *non è stata in concreto attivata*; ergo, non possono derivarne le relative conseguenze.

## 6. Il dibattito libero e aperto è quanto mai utile e necessario

Se – dunque – non siamo in guerra (nel senso testé precisato), occorre interrogarsi seriamente circa la legittimità delle limitazioni così imposte (o quantomeno prefigurate come ammissibili, e esplicitamente perseguite) alla libertà di informazione, così come descritte qui sopra. Sul piano delle forme (che sono in effetti durissima sostanza), andrebbe notato che (diversamente da quanto previsto a proposito della libertà di circolazione – art. 16 – e alla libertà di riunione – art. 17), la Costituzione non prevede *espressamente* che la legge possa limitare la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 «per motivi di sanità o di sicurezza pubblica», mentre tra i limiti impliciti ammessi a limitare (in modo ragionevole e proporzionato) la libertà di manifestazione del pensiero, i motivi di tutela della salute entrano in gioco – come già sottolineato – solo con riferimento ai cd. *discorsi o comunicazioni commerciali* (ovvero, in un ambito affatto estraneo all'art. 21). E che, in ogni caso, l'imposizione di limiti alla libertà d'informazione richiede *sempre* l'individuazione di una attività come illecita per effetto di una mediazione legislativa, ciò che per un verso è funzionale alla legittimazione *democratica* del bilanciamento così realizzato; e, per altro verso, consente al giudice delle leggi di ve-

rificabile ammissibilità, ragionevolezza e proporzionalità della misura di limitazione così eventualmente disposta: il che non è, nel caso di specie<sup>38</sup>.

Sul piano sostanziale, in una circostanza che – in tempi di pace – ha condotto alla sospensione/compressione di tali e tante libertà fondamentali e che *per ciò stesso* richiede sia mantenuto attivo, aperto e vivace il dibattito pubblico (in termini ancora più impellenti e pregnanti di quanto non già non accada per i tempi ordinari, per le ragioni già evidenziate in apertura di queste riflessioni), c'è da interrogarsi se sia funzionale alla salute non solo democratica del paese ma anche a quella strettamente sanitaria l'incamminarsi, invece, lungo un percorso che rende ammissibili (ed attivamente perseguiti) la censura e la limitazione del dibattito pubblico. Non è soltanto che una parte essenziale di tale dibattito non può che riguardare, evidentemente, anche i profili più o meno direttamente connessi alle misure sanitarie, oltre che organizzative, economiche logistiche, etc. assunte per fronteggiare la crisi, tanto più che la *novità* costituita dal virus e dalle modalità per combatterlo, ci priva ancora della disponibilità di certezze o verità indiscutibili o comunque oggetto di condivisa asseverazione in sede scientifica. Sono proprio le conseguenze (pesanti, ma forse inevitabili) sul godimento dei diritti civili e politici a consigliare di mantenere integri, liberi ed aperti gli spazi (tutti gli spazi) disponibili allo sviluppo del dibattito pubblico, perché la collettività mantenga anche in questa circostanza il suo ruolo di titolare ultimo della sovranità, e possa esercitare pienamente il diritto di discutere, confrontare, tesi, dissentire, proporre e analizzare alternative, ciò che rende il regime democratico non solo meno giusto, ma in conclusione anche il meno inefficiente<sup>39</sup>.

Pertanto, limitare il dibattito, in ragione del fatto che il suo sviluppo rischia di “disturbare il manovratore”, appare una mossa ingiustificata, e controproducente.

Ingiustificata, dal momento che sembrano mancare quelle specifiche (ed estreme) condizioni ed i presupposti che – anche in una società democratica – possono forse arrivare a legittimare tali misure.

Controproducente, dal momento che anche la comunicazione istituzionale e quella veicolata dal *mainstream* si è dimostrata non immune da errori, omissioni, tesi indimostrate o che si rivelano fallaci nel breve volgere di poche settimane, ciò che appare persino fisiologico in una situazione di emergenza *inedita* come quella che stiamo attraversando in questo momento, e che dovremo affrontare –

<sup>38</sup> Infatti, le misure di contrasto alle *fake news* sono previste in un atto amministrativo privo di natura regolamentare ed a contenuto prevalentemente organizzativo, adottato con decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega all'Informazione e all'Editoria il 4 aprile 2020; ed anche a ritenere ammissibile una delega in questo senso da parte della fonte legislativa (il che appare revocabile in dubbio, dal momento che l'art. 21 Cost. prevede – anche se con riferimento al sequestro della stampa periodica – una riserva assoluta di legge, accompagnata da una riserva di giurisdizione per quanto concerne l'adozione dei provvedimenti concreti), non è dato riscontrare nella sequenza di decreti-legge richiamati nel preambolo del decreto alcun “appiglio” cui collegare l'istituzione dell'Unità di monitoraggio. Nemmeno pare pertinente il generico riferimento alle «misure di informazione e di prevenzione rispetto al rischio epidemiologico» di cui all'art. 1, comma 2, lett. ee) del d.l. n. 19/2020. Intanto per la evidente ragione che ivi non sono prefigurate (né autorizzate) misure di limitazione della libertà di informazione; inoltre, perché lo strumento indicato per l'attuazione delle misure di cui all'art. 1 – come disciplinato nel successivo art. 2 – è il DPCM.

<sup>39</sup> Parafrasando il notissimo *statement* di W. Churchill, pronunciato durante il discorso alla Camera dei Comuni l'11 novembre 1947: «[m]any forms of Government have been tried and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time».

con ogni probabilità – anche nelle settimane se non nei mesi che abbiamo davanti a noi. Elidere il contributo del dibattito pubblico – come di recente autorevolmente sottolineato proprio con riferimento alla crisi del CoViD-19<sup>40</sup>, con particolare riferimento a quello che può svilupparsi sul *web* e sui *social network*, non sembra possa costituire la strada da percorrere per mantenere o restituire autorevolezza, efficacia e coerenza alla comunicazione istituzionale, che costituisce certamente un tassello fondamentale dello strumentario strategico indispensabile per fronteggiare una calamità come quella della pandemia da CoViD-19; al contrario, una simile mossa, oltre a segnalare una (autopercepita) condizione di debolezza, fragilità ed insicurezza, finisce per inaridire importanti canali di lettura, verifica e controllo, non solo con riferimento alla complessiva strategia di contrasto al virus, ma più in generale rispetto alla tenuta civile e democratica del paese. Poiché nessuno è infallibile (nelle circostanze attuale, meno che mai), scommettere sull'infalibilità appare una strada tragicamente destinata all'insuccesso.

---

<sup>40</sup> Cfr. H.J. LARSON, *Blocking information on COVID-19 can fuel the spread of misinformation. Governments need to think twice before they suppress messages related to COVID-19*, in *Nature*, 30 Marzo 2020 (<https://www.nature.com/articles/d41586-020-00920-w>), dove si sottolinea che «[t]he epidemic began with a poignant example of potential life-saving information suppressed as a rumour. On 30 December, Li Wenliang, a young ophthalmologist in Wuhan, China, posted a message to colleagues that tried to call attention to a severe acute respiratory syndrome (SARS)-like illness that was brewing in his hospital. The Chinese government abruptly deleted the post, accusing Li of rumour-mongering. On 7 February, he died of COVID-19».



## La task force per le fake news sul CoViD-19 tra protezione del diritto all'informazione e ipotesi di censura del web

Luca Rinaldi

Dottorando di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università degli Studi di Trento e Fondazione Bruno Kessler (Trento).

Mail: [luca.rinaldi-1@unitn.it](mailto:luca.rinaldi-1@unitn.it).

### 1. Premessa

La diffusione della malattia respiratoria CoViD-19, causata dal nuovo ceppo di Coronavirus SARS-CoV-2, è stata accompagnata in tutto il mondo da quella di *fake news* riguardanti principalmente l'origine del virus, le modalità del contagio e le strategie di cura<sup>1</sup>. A seconda della fonte, le cause della pandemia sono state individuate negli esperimenti di un laboratorio cinese, in un'esercitazione militare americana o nell'adozione della tecnologia 5G<sup>2</sup>. Non si

contano, inoltre, gli annunci di cure miracolose, spesso con sostanze di uso comune: tutte informazioni diventate virali in rete e prive di riscontri fattuali o scientifici<sup>3</sup>.

Il fenomeno ha riguardato l'Italia in maniera particolare, tanto che l'italiano risulta tra le lingue più usate per la costruzione di notizie false<sup>4</sup>. La propagazione di contenuti non veritieri è avvenuta soprattutto sui *social network*, ma la capillarità con cui le *fake news* circolano nel nostro Paese è tale che alcune teorie antiscientifiche hanno trovato spazio anche sulla stampa ufficiale<sup>5</sup>.

Risulta evidente che la divulgazione di notizie false su CoViD-19, nell'attuale contesto di emergenza, potrebbe rappresentare una seria minaccia, oltre che per la qualità dell'informazione, anche per l'ordine pubblico e la coesione sociale, rischiando di minare l'efficacia delle misure di contenimento del virus adottate coi d.l. n. 6, 9, 14 e 19 del 2020 e i dpcm del 1, 4, 8, 9, 11, 22 marzo e 1 e 10 aprile 2020, consultabili nel *Dossier coronavirus Italia*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Per un'analisi della diffusione di *fake news* sul virus nei vari paesi del mondo si segnala il *Covid19 Infodemics Observatory*, sviluppato dal CoMuNe Lab della Fondazione Bruno Kessler di Trento, <https://covid19obs.fbk.eu/> (consultato 4/05/2020).

<sup>2</sup> La possibilità che il virus sia stato "creato" in laboratorio è stata definitivamente smentita da K.G. ANDERSEN, A. RAMBAUT, W.I. LIPKIN, E.C. HOLMES, R.F. GARRY, *The proximal origin of Sars-Cov-2*, in *Nature Medicine*, 26, 2020, 450 ss., <https://bit.ly/36oDvg3> (consultato 4/05/2020); per una ricostruzione della diffusione della *fake news* G. BECCARIA, *Il coronavirus non è nato in laboratorio: ecco perché quella postata da Salvini è una bufala*, in *la Stampa* (online), 25 marzo 2020, <https://bit.ly/3fy2Gke> (consultato 4/05/2020); riguardo al coinvolgimento di militari americani, in Europa o in Cina, G. CADALANU, *Coronavirus, le bufale sull'esercitazione Defender Europe e l'invio di soldati USA*, in *Repubblica.it*, 13 marzo 2020, <https://bit.ly/2WAeMRy> (consultato 4/05/2020); S. LEE MYERS, *China spins tale that the U.S. army started the coronavirus epidemic*, in *The*

*New York Times* (online), 13 marzo 2020, <https://nyti.ms/2Ab5kMP> (consultato 5/05/2020); per l'origine delle *fake news* sui legami tra 5G e CoViD-19 J. TEMPERTON, *How the 5G coronavirus conspiracy theory tore through the internet*, in *Wired*, 6 aprile 2020, <https://bit.ly/2WcCvrV> (consultato 5/05/2020); E. CAU, *Da dove arriva la fandonia che il 5G ha qualcosa a che fare con il coronavirus? Le tracce della disinformazione*, in *il Foglio*, 10 aprile 2020.

<sup>3</sup> Per una panoramica delle principali *fake news* sul virus, si può consultare il portale *CoViD-19 – Attenti alle bufale*, messo a punto dal Ministero della Salute, <https://bit.ly/2WGQ4ic> (consultato 5/05/2020).

<sup>4</sup> Si veda il report di EUvsDisinfo, *Repeating a Lie does not make it true*, 9 aprile 2020, <https://bit.ly/3cgfie2> (consultato 4/05/2020).

<sup>5</sup> B. PARAVIA, *Il valore della salute e quello del profitto: il 5G*, in *la Stampa* (online), 6 aprile 2020, <https://bit.ly/35SBhW9> (consultato 5/05/2020).

<sup>6</sup> d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza*

Il 4 aprile 2020, allora, con Decreto del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega a informazione ed editoria Andrea Martella, è stata istituita l'Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al COVID-19, al fine di trovare un'adeguata risposta al fenomeno. È lo stesso provvedimento, infatti, a rilevare «l'impellente necessità di attuare una strategia di contrasto alla diffusione di fake news relative al COVID-19» e a inserire, tra i compiti del nuovo organo, «l'individuazione di specifiche misure di contrasto alla diffusione di fake news».

L'istituzione della task force ha subito suscitato vivaci polemiche. C'è chi ha visto nel provvedimento del Sottosegretario Martella un'offensiva contro la libertà di manifestazione del pensiero e, di conseguenza, un'ulteriore compressione dei diritti garantiti dalla Carta costituzionale, molti dei quali già limitati quasi integralmente dal pacchetto di norme emanato dal governo<sup>7</sup>. Altri, invece, hanno messo in guardia dal rischio che l'Unità di monitoraggio degeneri in un "ministero della verità" dal sapore

orwelliano, col potere di squalificare, a proprio piacimento, determinate opinioni dal dibattito pubblico<sup>8</sup>.

In realtà, ad un primo esame, questi timori sembrano in buona parte infondati, pur con alcuni distinguo di cui si dirà più avanti.

Invece, va evidenziata fin da subito una perplessità di fondo: di fronte a un virus sconosciuto le conoscenze scientifiche sono, per definizione, scarse e le ipotesi non dimostrate molte<sup>9</sup>. Questo potrebbe rendere proibitivo indentificare eventuali notizie false, qualora non siano grossolanamente antiscientifiche come quelle a cui si è già accennato, relative a cure miracolose o misteriosi legami col 5G.

Dopo un'analisi della composizione e delle funzioni assegnate alla task force, la prima parte di questo contributo si concentrerà sull'inquadramento giuridico delle fake news e la loro posizione rispetto alla libera manifestazione del pensiero. La seconda, invece, tratterà degli strumenti tecnici a disposizione per l'individuazione dei contenuti non veritieri diffusi online e del ruolo dei grandi operatori di internet. L'ultima,

---

*epidemiologica da COVID-19*; d.l. 2 marzo 2020, n. 9, *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*; d.l. 9 marzo 2020, n. 14, *Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*; i D.P.C.M. del 1, 4, 8, 9, 11, 22 marzo 2020 sono tutti rubricati *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, applicabili sull'intero territorio nazionale*; vi hanno fatto seguito il D.P.C.M. 1 aprile 2020, *Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale* e il D.P.C.M. 10 aprile 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante*

*misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*. Il Dossier è consultabile al link: <https://bit.ly/2LSE5dk>. Sugli interrogativi sollevati dall'uso di tali fonti normative per limitare diversi diritti fondamentali v. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in questo fascicolo.

<sup>7</sup> A. PRUITI CIARELLO, *Oggi la task force anti fake news. Domani? L'opinione della Fondazione Einaudi*, in *formiche.net*, <https://bit.ly/2WGSEEU> (consultato 5/05/2020).

<sup>8</sup> A. RINALDIS, *Una task force contro le false notizie? Il monopolio della verità è l'anticamera del totalitarismo*, in *Globalist.it*, 9 aprile 2020, <https://bit.ly/2yvN6VY> (consultato 5/05/2020).

<sup>9</sup> N. CHATER, *Facing up to the uncertainties of Covid-19*, in *Nature Human Behaviour*, 2020, <https://doi.org/10.1038/s41562-020-0865-2> (consultato 7/05/2020).

infine, formulerà alcune prime considerazioni su punti di forza, criticità ed eventuali prospettive future del nuovo organo. Il Decreto del Sottosegretario Martella, infatti, fissa in un anno la durata minima delle attività della *task force*, senza termini massimi<sup>10</sup>; inoltre, non è da trascurare la possibilità che essa finisca per rappresentare, in futuro, il precedente su cui basare l'istituzione di una generale autorità di controllo sulla disinformazione online, già teorizzata in dottrina<sup>11</sup>.

## 2. Composizione e funzioni della *task force*

L'Unità di monitoraggio si compone di 11 membri, i cui nomi sono elencati all'art. 1 del Decreto del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri Andrea Martella del 4 aprile 2020 con cui è stata istituita. Si tratta di 3 esponenti della Pubblica Amministrazione, rappresentanti il Dipartimento per l'informazione e l'editoria, il Dipartimento della Protezione Civile e l'Ufficio stampa del Ministero della Salute, e 8 esperti della società civile, di cui 5 giornalisti e 3 accademici. Ai sensi del medesimo art. 1, ad essi potrà aggiungersi, in qualità di osservatore, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Il Decreto è molto preciso nello stabilire la composizione della nuova *task force*; non si può dire, invece, lo sia altrettanto al momento di definirne i compiti. Infatti, la formulazione dell'art. 2, rubricato *Attività dell'Unità di monitoraggio per la diffusione di fake news relative al Covid19*

*sul web e sui social network*, è molto generica e, nell'elencare le cinque funzioni assegnate all'organo, lascia aperti diversi interrogativi.

Nello specifico, il comma 1 lett. a) dell'articolo incarica l'Unità di monitoraggio della ricognizione e classificazione dei «contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti, creati o condivisi con riferimento al COVID-19» e dell'analisi delle modalità con cui si diffondono nel web, rintracciandone le fonti. La successiva lett. b), invece, attribuisce ad essa il compito di promuovere «campagne di adeguata informazione e comunicazione» sull'epidemia, al fine, appunto, di smentire le numerose *fake news* in circolazione.

Queste prime due disposizioni evidenziano il proposito di contrastare la disinformazione con un'informazione di maggior qualità. Si desume l'intenzione di cercare l'antidoto alle *fake news* sul piano della dialettica democratica, attraverso il confronto tra prospettive diverse, e non ricorrendo a forme di censura.

Prendendo a prestito una metafora radicata nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (la prima menzione risale al *dissent* del giudice Oliver Holmes in *Abrams vs US*, 25 U.S. 616 1919), è presente l'idea che la democrazia sia un *marketplace of ideas*, in cui la verità è destinata a prevalere sulla menzogna con la sola forza del dibattito, esattamente come il mercato dei beni di consumo premia il prodotto più affidabile e di qualità<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> L'art. 2 c. 2 del Decreto del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega in materia di Informazione ed Editoria del 4 aprile 2020, infatti, dispone: «L'Unità di monitoraggio svolge le attività di cui al comma 1 fino al superamento dell'emergenza epidemiologica, per un periodo comunque non inferiore a un anno».

<sup>11</sup> Si vedano, ad esempio, le proposte di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e*

*potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, 100 ss. o R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, 2, 2018, 25 ss.

<sup>12</sup> Per le cautele sull'applicabilità della metafora al mondo di internet v. O. POLLICINO, *Fake news, internet and metaphors (to be handled carefully)*, in *Media-laws – Rivista di diritto dei media*, 1, 2017, 23-26.

Anche la lett. c) del più volte citato art. 2 c. 1 pare ispirarsi allo stesso principio quando attribuisce all'Unità di monitoraggio il compito di incrementare la visibilità dell'informazione istituzionale sul virus, anche ottimizzandone il posizionamento su motori di ricerca e *social*.

Le ultime due aree di intervento della *task force*, invece, sembrano rifarsi a concezioni differenti. In particolare, la lett. d) dell'art. 2 c. 1 incarica il nuovo organo di promuovere «*partnership* con i diversi soggetti del *web* specializzati in *factchecking* e con i principali motori di ricerca e piattaforme *social*, al fine di valutare le misure più appropriate per individuare i contenuti non veritieri relativi al COVID-19».

La disposizione è molto vaga e il contenuto dell'attività dell'Unità di monitoraggio sarà, nel caso, definito dagli accordi di *partnership* a cui fa riferimento. Alla luce dell'ambiguità del dato testuale, però, non pare potersi escludere che la norma, in futuro (si ricordi che il decreto non pone date di scadenza alla *task force*, art. 2 c. 2), possa fungere da base per l'introduzione di meccanismi di cancellazione di contenuti e oscuramento di pagine e profili *social*, attivati mediante accordi di collaborazione coi grandi operatori del *web*.

Al netto di altre considerazioni sull'ipotesi, rimandate ai paragrafi successivi, si rileva che risulterebbe da censurare, allora, la scelta di istituire la *task force* con un atto amministrativo, posto che tal genere di scenario dovrebbe essere necessariamente disciplinato con fonti di rango primario, in ragione delle potenziali

ripercussioni sul regime della libera manifestazione del pensiero.

Infine, l'ultima delle funzioni assegnate all'Unità di monitoraggio pare destinata a un ruolo complementare alla precedente e mira al coinvolgimento, con apposite iniziative, «di cittadini e utenti delle piattaforme *social* nell'individuazione e segnalazione di contenuti non veritieri relativi al COVID-19» (art. 2 c. 1 lett. e).

Riepilogando, è evidente che il compito principale assegnato alla *task force* è quello di contrastare la disinformazione sul piano dialettico, smentendo le *fake news* diffuse online e migliorando la visibilità della comunicazione ufficiale. Come visto, però, alcuni passaggi del Decreto istitutivo sembrano lasciar aperta la possibilità dell'uso di strumenti di filtraggio e oscuramento dei contenuti, ipotesi che, come si dirà, non appare convincente.

### 3. Le *fake news* di fronte alla Costituzione e alla Convenzione EDU

Definire se, e in quali limiti, le dichiarazioni non veritiere rientrano nello spazio protetto dalla libertà di manifestazione del pensiero è problema risalente e di non facile soluzione<sup>13</sup>.

Generalmente, il falso *ex se* si considera penalmente neutro. Infatti, la mera dichiarazione non corrispondente a verità, se non lede ulteriori beni giuridici (come la pubblica fede in taluni atti e documenti nei delitti di falso ideologico o l'ordine pubblico nella contravvenzione di cui all'art. 656 c.p.), non è sanzionata<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Riconosce uno spazio di tutela P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229, secondo cui «neppure la diffusione di notizie false può essere considerata illecita in sé e per sé»; di opinione contraria invece C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36-37.

<sup>14</sup> C. MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 1, 2017, 60 ss; G. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

Un disegno di legge presentato durante la scorsa legislatura, volto a incriminare la pubblicazione online di «notizie false, esagerate o tendenziose», non è mai stato nemmeno discusso in assemblea<sup>15</sup>.

Si deve, dunque, trarre una prima conclusione: la diffusione di *fake news* non è, nel nostro ordinamento, un comportamento illecito in mancanza di altri elementi. È, però, diversa questione se tale condotta ricada tra le manifestazioni del pensiero protette dalla Costituzione o se, invece, siano teorizzabili interventi volti a limitarla da parte di autorità pubbliche.

Sul punto, peraltro, si registra una netta divaricazione tra gli ordinamenti europei e quello statunitense, caratterizzato da una concezione particolarmente ampia della libertà d'espressione, in forza della tutela quasi sacrale del *free speech* prevista dal Primo Emendamento<sup>16</sup>.

La giurisprudenza della Corte suprema, infatti, sottopone a *strict scrutiny* ogni limitazione della libertà di parola in base ai contenuti, ammissibile solo quando sia necessaria a tutelare una situazione giuridica concorrente da un *clear and present danger*. Questa consolidata impostazione (la prima formulazione della dottrina del *clear and present danger* risale all'*opinion* del giudice O. Holmes in *Schenck vs US*, 249 US 47

1919) non è mutata con l'avvento di Internet, considerato dalla Corte suprema lo spazio principe in cui attuare il «free exchange of ideas», posto che «the interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship» (*Reno vs A.C.L.U.*, 521 US 844 1997).

La misura della protezione del *free speech* nell'ordinamento statunitense è tale da farvi rientrare, in assenza di un *clear and present danger*, anche i contenuti non veritieri (in questo senso *US vs Alvarez*, 567 US 709 2012) e rende difficilmente immaginabile, in quel contesto, un intervento pubblico a contrasto delle *fake news*<sup>17</sup>.

La situazione varia non di poco negli ordinamenti europei. Com'è noto, l'art. 10 della Convenzione EDU acconsente all'introduzione, con norma di legge, di restrizioni alla libertà d'espressione consistenti in misure necessarie, in una società democratica, alla tutela di un lungo elenco di interessi. La libertà d'espressione, quindi, è soggetta al bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela, e sono ammissibili contemperamenti del *free speech* ben al di là del limite del *clear and present danger* di matrice statunitense.

<sup>15</sup> XVII Legislatura, Disegno di Legge n. 2688, presentato alla presidenza del Senato il 7 febbraio 2017 (c.d. *DDL Gambaro* dal nome del primo firmatario). L'art. 1 del DDL proponeva l'introduzione nel Codice Penale di un nuovo art. 656-bis, il cui prima comma recitava: «Chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'ammenda fino a euro 5.000».

<sup>16</sup> O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G.

PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 14 ss.

<sup>17</sup> Nella sentenza, la Corte Suprema ha dichiarato non compatibile col Primo Emendamento una disposizione incriminatrice che puniva false dichiarazioni relative all'esser stati decorati con medaglie al valor militare, argomentando: «the Government has not demonstrated that false statements generally should constitute a new category of unprotected speech» (plurality opinion dei giudici Kennedy, Roberts, Ginsburg, Sotomayor); v. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet cit.*, p. 51 ss.; J. BARNUM, *Encouraging Congress to encourage speech: reflections on United States vs Alvarez*, in *Albany Law Review*, 76, 1, 2013, p. 527 ss.

La Corte di Strasburgo ha dato un'interpretazione ampia dei contenuti protetti dall'art. 10, includendovi anche le idee che la maggior parte dei consociati trova disturbanti o non condivisibili, qualora la censura non sia necessaria a uno dei fini previsti dalla norma (caso *Handyside vs UK*, 1976<sup>18</sup>).

Al contrario che nell'ambito statunitense, però, l'avvento della rete internet ha portato la Corte EDU verso la legittimazione di un controllo più rigoroso sui contenuti che circolano *online* rispetto a quelli *offline*, in ragione degli inediti rischi posti dall'avvento del web. Sul punto, appare particolarmente significativo un passo della sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, risalente al 2011: «the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific feature in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned<sup>19</sup>» (v. anche *Delfi c. Estonia*, 2015<sup>20</sup>; *KU c. Finlandia*, 2008<sup>21</sup>). Nella prospettiva della Convenzione EDU, dunque, la libertà d'espressione *online* dev'essere

sottoposta a rigoroso bilanciamento con le altre situazioni giuridiche di volta in volta coinvolte. Va escluso, allora, che le *fake news* trovino piena protezione giuridica. La loro falsità, infatti, le rende potenzialmente lesive delle finalità elencate all'art. 10 della Convenzione. Il riferimento immediato, relativamente al contesto emergenziale che stiamo vivendo, è alla *protezione della salute* e alla *difesa dell'ordine*, finalità previste dalla norma CEDU e di certo messe a rischio dalla diffusione virale di false notizie sul Coronavirus.

È importante notare, però, che il fenomeno delle *fake news* può rappresentare, in generale, una minaccia per la tenuta del sistema democratico. Esso, infatti, aumenta il rischio, caratterizzante l'ultimo decennio, di "isolamento ideologico" dei cittadini in *echo chambers*<sup>22</sup>, dentro le quali i sistemi di personalizzazione dell'interfaccia di motori di ricerca e *social network* li espongono, a loro insaputa, prevalentemente a contenuti che confermano le loro convinzioni, con l'aggravante della possibilità che si tratti di falsità.

Il pericolo è la deriva in quella che è stata definita *bubble democracy*, in cui una crescente polarizzazione ideologica frammenta ed

<sup>18</sup> Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside vs United Kingdom*, n. 5493/72, p. 49: «The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population.»

<sup>19</sup> Corte EDU, 5 maggio 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, n. 33014/05, p. 63; v. ancora O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet cit.*, p. 20 ss.

<sup>20</sup> Corte EDU, 16 giugno 2015, *Delfi AS c. Estonia*, n. 64569/09; v. F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS c. Estonia*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, p. 43 ss.

<sup>21</sup> Corte EDU, 2 dicembre 2008, *K.U. c. Finlandia*, n. 2872/02.

<sup>22</sup> C. SUNSTEIN, *#republic: Divided democracy in the age of social media*, Princeton, 2017.

indebolisce il dibattito politico, mettendo a rischio l'integrità stessa del sistema<sup>23</sup>.

Riassumendo, nel quadro giuridico della Convenzione EDU, non sembra potersi dubitare della legittimità di un'autorità amministrativa di natura tecnica incaricata di monitorare e contrastare il fenomeno delle *fake news*, anche, probabilmente, qualora scegliesse di ricorrere a forme di oscuramento o cancellazione dei contenuti<sup>24</sup>.

Infatti, interventi di tal tipo sarebbero, come già detto, destinati alla protezione di beni giuridici di rango primario, come la salute collettiva, l'ordine pubblico o il corretto funzionamento del sistema democratico. La tutela di questi interessi pare destinata a prevalere sulla libertà d'espressione nel giudizio di bilanciamento, in ragione dei rischi derivanti dalla circolazione

incontrollata di notizie false in internet<sup>25</sup>, che legittimerebbero interventi repressivi da parte dello Stato<sup>26</sup>.

Inoltre, va tenuto in considerazione che l'art. 10 CEDU include nel proprio ambito di tutela anche la libertà di *ricevere informazioni*, di certo messa in pericolo dalla propagazione di *fake news*, posto il valore informativo nullo di quest'ultime.

Dunque, sembra doversi ritenere che anche iniziative di natura sostanzialmente censoria, qualora corredate da apposite garanzie (quali, ad esempio, forme di ricorso contro l'oscuramento di un determinato contenuto, al fine di ottenere un *double check*<sup>27</sup>), non risulterebbero sproporzionate.

Rimane fermo, però, che esse dovrebbero essere introdotte con norme di rango primario, come richiesto anche dall'art. 10 della

<sup>23</sup> E. PARISIER, *The filter bubble: what the internet is hiding from you*, New York, 2011; si vedano anche le riflessioni di C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, 2019, 110 ss. e *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, Special Issue 2, 2019, 713 ss.; D. PALANO, *La bolla mortale della nuova democrazia*, in *il Foglio*, 1 maggio 2017, <https://bit.ly/2L876Aw> (consultato 6/05/2020); M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2019, 107 ss.

<sup>24</sup> Come detto, teorizza esplicitamente tal genere di autorità G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 100 ss.; la tesi è ripresa da S. FOÀ, *Pubblici poteri e contrasto alle fake news. Verso l'effettività dei diritti aletici?*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 258-259; si esprime per la compatibilità col sistema CEDU di un intervento pubblico repressivo delle *fake news* O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale nell'era di internet*, in *Parole e potere*, cit., 58 ss.; propone un sistema misto pubblico-privato per il controllo della disinformazione online M. MONTI, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 282; sposa la tesi

dell'incompatibilità col quadro costituzionale italiano ed europeo invece F. DONATI, *Fake news e libertà d'informazione*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2, 2018, 445.

<sup>25</sup> Per quanto, come già detto (cfr. pagina precedente), la giurisprudenza della Corte EDU non richieda la presenza di un *clear and present danger* per l'ammissibilità del bilanciamento, può essere utile notare, in riferimento all'emergenza CoViD-19, che le *fake news* stanno nei fatti generando un allarme sociale capace di sfociare in atti di vandalismo che di certo rappresentano un pericolo concreto ed attuale per l'ordine pubblico, v. N. PARVEEN, J. WATERSON, *Uk phone masts attacked amid 5G-coronavirus conspiracy theory*, in *The Guardian* (online), 4 aprile 2020, <https://bit.ly/2YM3DiX> (consultato 7/05/2020).

<sup>26</sup> Sul giudizio di bilanciamento in generale v. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3, 2017 e G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2003, 577 ss.

<sup>27</sup> Parla di diritto all'appello contro la rimozione del contenuto S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 147-148.

Convenzione EDU: non possono che ribadirsi, allora, le perplessità già espresse sulla scelta di istituire l'Unità di monitoraggio sulle *fake news* relative al CoViD-19 con atto amministrativo.

Un ulteriore argomento a favore della compatibilità con la Convenzione di un'autorità come quella in discorso, d'altronde, può trarsi dalla presenza, sullo scenario europeo, di interventi di contrasto alle *fake news* anche più penetranti: in Francia, ad esempio, sono state di recente introdotte norme che sanzionano la diffusione *online* di contenuti non veritieri<sup>28</sup>.

Se si volge lo sguardo all'ordinamento interno, le conclusioni non cambiano. A prescindere dall'emergenza Coronavirus, va evidenziato che l'introduzione di un'unità di monitoraggio generale sulle *fake news*, sul modello di quella appena creata relativamente al CoViD-19, sarebbe conforme al quadro costituzionale, come definito dalle interpretazioni del Giudice delle Leggi<sup>29</sup>.

Basti pensare, infatti, che da tempo la Consulta ha chiarito che il diritto alla libera manifestazione del pensiero riceve tutela anche nell'accezione passiva del diritto ad essere informato (v. Corte cost. n. 148 del 1981, n. 826 del 1988 e n. 112 del 1993 in materia di regime radiotelevisivo, nonché la più recente Corte cost. n. 122 del 2017). È chiaro che un'informazione affidabile e di qualità è l'indefettibile presupposto di tale diritto, e che la diffusione *online* di *fake news* ne ostacola pesantemente il godimento.

Dunque, un organo come quello a cui si fa riferimento potrebbe, in astratto, persino

contribuire all'effettiva realizzazione del mandato costituzionale, pur con le cautele di cui si dirà *infra*.

#### 4. Gli strumenti tecnici per il contrasto del fenomeno e il ruolo di motori di ricerca e *social network*

Qualunque attività di ricognizione di *fake news* necessita della collaborazione delle piattaforme su cui avviene la loro diffusione, *in primis* motori di ricerca e *social network*.

A ben vedere, tali operatori applicano da tempo strumenti di *content moderation* per evitare la propagazione di contenuti di *hate speech*, afferenti ad attività illegali, o comunque contrari ai loro *community standards* (è il caso, ad esempio, di Facebook o di Google News).

Infatti, nonostante motori di ricerca e *social network* siano tendenzialmente da considerare, nell'accezione della Direttiva 2000/31/CE (c.d. Direttiva *e-commerce*, attuata col D.Lgs. 70/2003), servizi di *hosting passivo* e, dunque, non siano gravati da un generale obbligo di vigilanza sulla liceità dei contenuti che ospitano (art. 16 D.Lgs. 70/2003), è evidente il vantaggio, anche commerciale, insito nel moderare i materiali più disturbanti. Questo genere di autoregolamentazione, peraltro, è incentivato da autorevoli strumenti di *soft law* (Com. CE n. 555/2017, *Lotta ai contenuti illeciti online*).

L'individuazione dei contenuti non conformi agli standard, successiva o preventiva alla pubblicazione, avviene con diverse modalità: può essere guidata dalla ricerca di parole chiave, da altri

<sup>28</sup> Loi organique n. 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information e Loi n. 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information. In dottrina si segnalano i commenti di C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in

*Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 4, 2019, 16-21 e P. MOURON, *Une future loi pour lutter contre les fake news: les difficultés d'une définition juridique*, in *Revue européenne des médias et du numérique*, 2018, 45, 66 ss.

<sup>29</sup> si vedano ancora le proposte di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 100 ss.

indicatori (come la provenienza dell'utente che *posta* i materiali da nodi d'uscita di reti anonime) o dalla segnalazione spontanea dei frequentatori della piattaforma. Talvolta quest'ultima ne recluta un gruppo ristretto, ritenuto particolarmente qualificato per il compito (è il caso, ad esempio, dei c.d. *YouTube Heroes*<sup>30</sup>).

A tali criteri, si affiancano sistemi di selezione automatica basati su tecniche di intelligenza artificiale, che, incorporando elementi di *machine learning*, elaborazione del linguaggio naturale e riconoscimento visivo o del parlato, individuano i contenuti da moderare<sup>31</sup>.

Queste tecniche potrebbero essere utilizzate anche per l'individuazione di *fake news* da parte di *social* e motori di ricerca. Particolare importanza potrebbero avere i sistemi intelligenti basati sull'interpretazione del linguaggio naturale, posto che la grandissima parte delle false notizie *online* si presenta in formato testuale (tanto

che, nel 2017, fu organizzata una competizione tra centri di ricerca per lo sviluppo del miglior algoritmo di questo tipo: la *Fake News Challenge*<sup>32</sup>).

Vanno, però, tenute presenti alcune criticità: l'analisi del linguaggio naturale è un'operazione molto complessa, a causa dell'ambiguità e della dinamicità delle lingue e dell'influenza, nella determinazione del significato di uno scritto, di vari elementi extratestuali, come il contesto di riferimento o la presenza di ironia e sottintesi<sup>33</sup>. Il suo utilizzo per la ricognizione di *fake news*, inoltre, presenta difficoltà specifiche, legate alla necessità di sviluppare un algoritmo in grado di "giudicare" l'affidabilità di notizie relative a situazioni intricate, riguardo alle quali, spesso, mancano fonti neutrali ed oggettive con cui "allenare" il sistema (si pensi alla polarizzazione delle narrazioni del conflitto Israele-Palestinese). In più, può essere difficile, per un

<sup>30</sup> L'iniziativa degli YouTube Heroes è stata lanciata da YouTube nel 2016 allo scopo di reclutare alcuni utenti, ritenuti affidabili ed esperti nell'utilizzo della piattaforma, per lo svolgimento di compiti quali: «adding captions & subtitles to videos, reporting videos that violate our community guidelines, or sharing their knowledge with others in our help forums», ricompensandoli con l'accesso a risorse online appositamente dedicate (v. la presentazione dell'iniziativa nell'Official Blog di YouTube: <https://bit.ly/2ZuzWDD>). Le funzioni degli YouTube Heroes sono state poi divise tra due diversi gruppi di utenti qualificati: gli YouTube Contributors (v. la pagina dedicata in YouTube Help: <https://bit.ly/2Xni4I4>) e gli YouTube Trusted Flaggers (<https://bit.ly/2ZEEOG6>). Peraltro, gli YouTube Heroes furono accolti con perplessità da molti utenti della piattaforma, v. F. EORDOGH, *YouTubers fear mob rule with new YouTube heroes initiative*, in *Forbes (online)*, 26 settembre 2016, <https://bit.ly/2yyHavk> (consultato 6/05/2020).

<sup>31</sup> S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, cit. 109 ss; R. GORWA, R. BINNS, C. KATZENBACH, *Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance*, in *Big Data & Society*, 7, 1, 2020,

<https://doi.org/10.1177/2053951719897945> (consultato 6/05/2020); E. LLANSÒ, J. VON HOBOKEN, P. LEERSSEN, J. HARAMBAM, *Artificial intelligence, content moderation and freedom of expression*, Working Paper – *Transatlantic Working Group on content moderation online and freedom of expression*, 2019; D. SONI, *Machine Learning for content moderation – Introduction*, in *Towards data science*, 22 luglio 2019, <https://bit.ly/2SNx0xD> (consultato 6/05/2020); Cambridge Consultants, *Report produced on behalf of Ofcom - Use of AI in online content moderation*, 2019, <https://bit.ly/3bdRqX1> (consultato 6/05/2020); si vedano anche le considerazioni di M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 1, 2017, 33 ss.

<sup>32</sup> Si veda <http://www.fakenewschallenge.org/>.

<sup>33</sup> S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, cit., p. 119-120; G. CHASTEL, *Why is Natural Language Processing still so innatural?*, in *NewtonX- access knowledge*, 27 marzo 2018, <https://bit.ly/36yUyMA> (consultato 6/05/2020); M. J. GARBADE, *A simple introduction to Natural Language Processing*, in *Becoming humans: Artificial Intelligence magazine*, 15 ottobre 2018, <https://bit.ly/3ecYgK> (consultato 6/05/2020).

algoritmo, distinguere tra una vera e propria *fake news* e notizie false elaborate a scopi satirici da siti specializzati, prive di reale capacità decettiva<sup>34</sup>.

Al netto di queste considerazioni, è certo che un sistema intelligente potrebbe dare un eccezionale contributo all'individuazione di notizie false, selezionando un insieme di contenuti che "ritiene" non veritieri in base a parametri fallibili, ma comunque accurati. A quel punto, tali materiali dovrebbero essere esaminati da un revisore umano per verificare se siano effettivamente *fake news*<sup>35</sup>.

Va tenuto presente che, viste le dimensioni di piattaforme come Google o Facebook, si tratta di un'enorme mole di contenuti, che richiede una quantità altrettanto elevata di operatori in carne e ossa. I giganti del web, nelle menzionate attività di *content moderation*, affidano la maggioranza di questi servizi a operatori esterni, che spesso li spaccettano in una molteplicità di *microtask*: incarichi ripetitivi e di breve durata, pagati pochi centesimi e messi in vendita su appositi mercati online (il più noto è *Amazon*

*Mechanical Turk*<sup>36</sup>). Così, la decisione finale su quali contenuti siano inadeguati è presa da un esercito di anonimi lavoratori a distanza, che catalogano immagini o analizzano brevi testi per meno di un dollaro a prestazione<sup>37</sup>.

Deve sottolinearsi che, se venissero introdotti sistemi di ricognizione automatica di *fake news*, sarebbe necessario ricorrere a questo tipo di pratiche. Difficilmente, infatti, una *task force* di 11 membri come quella appena costituita potrebbe analizzare migliaia di notizie al giorno: occorrerà stringere accordi coi giganti del web e accettarne i metodi di lavoro.

Si deve, allora, guardare con particolare cautela all'ipotesi di procedere alla rimozione di contenuti o all'oscuramento di pagine e profili social (possibilità, come detto, che il Decreto istitutivo della *task force* relativa al CoViD-19 non esclude espressamente): si tratterebbe, infatti, di un'operazione di sostanziale censura affidata, per gran parte del lavoro, a una combinazione di grandi operatori privati, sistemi automatizzati e anonimi lavoratori pagati pochi spiccioli<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> V. RUBIN, Y. CHEN, N. CONROY, *Deception detection for news, three kinds of fakes*, in *Proceedings of the American Society for Information Science and Technology*, 52, 2015, <https://bit.ly/2Xk6hdE> (consultato 6/05/2020).

<sup>35</sup> Swiss Cognitive – The Global AI Hub, *Deep learning won't detect fake news, but it will give fact-checkers a boost*, 29 febbraio 2020, <https://bit.ly/2yu7Q0k> (consultato 5/05/2020).

<sup>36</sup> Si veda <https://www.mturk.com/>.

<sup>37</sup> Per un'analisi di questo tipo di *outsourcing* dell'attività di *content moderation*, v. S. QUINTARELLI, *Content moderation: i rimedi tecnici*, cit., 127 ss.; J. C. YORK, C. MCSHERRY, *Content moderation is broken. Let us count the ways*, in *eff.com*, 29 aprile 2019, <https://bit.ly/3doXSfp> (consultato 5/05/2020). Le condizioni di lavoro di questo genere di moderatori, inoltre, presentano diverse criticità, tra cui l'alto rischio di disagio psicologico dovuto alla ripetuta esposizioni a contenuti altamente disturbanti: v. S. T. ROBERTS, *Behind the screen: the hidden digital labor of*

*commercial content moderation*, 2014, <http://hdl.handle.net/2142/50401> (consultato 6/05/2020); A. HERN, *Revealed: catastrophic effects of working as a Facebook moderator*, in *The Guardian*, 17 settembre 2019, <https://bit.ly/2WeflS1> (consultato 7/05/2020).

<sup>38</sup> «Affidare delle microattività di classificazione a torme di lavoratori sconosciuti con cui si ha un rapporto estremamente volatile non è certamente il modo più garantito di ottenere risultati di alta qualità, in particolare su temi delicati come quelli che possono riguardare la libertà di espressione e conseguentemente la reputazione della piattaforma che vi si affida» S. QUINTARELLI, *Content moderation*, cit., 130; considerazioni simili in F. C. MACKENZIE, *Fear the Reaper: how content moderation rules are enforced on social media*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 34, 2, 2020, 128 ss., <https://doi.org/10.1080/13600869.2020.1733762> (consultato 4/05/2020); sulla paventata privatizzazione *de facto* della censura *online* e le questioni da

Inoltre, l'ipotesi richiederebbe di individuare con certezza la fonte originale di una *fake news*, operazione non sempre agevole. Infatti, non sarebbe accettabile oscurare i contenuti o chiudere il profilo social di chi condividesse inconsapevolmente una notizia falsa o diffondesse una teoria antiscientifica ritenendola, in perfetta buona fede, l'opinione più corretta, specialmente se lo facesse perché dotato di meno strumenti culturali o perché convinto dell'affidabilità di alcune fonti di informazione *online* che crede, erroneamente, libere da condizionamenti politici o economici<sup>39</sup>.

In caso contrario, si correrebbe l'inammissibile rischio di limitare la libertà d'espressione in funzione del grado d'istruzione di chi si esprime, delle sue convinzioni sulla società e i media o di altre condizioni personali o sociali, rendendo lettera morta il principio di eguaglianza.

### 5. Alcune considerazioni finali

In conclusione, la diffusione online di contenuti non veritieri può rappresentare un pericolo per situazioni giuridiche concorrenti di primaria rilevanza, la cui tutela può legittimare le restrizioni della libertà di manifestazione del pensiero che

si rivelino necessarie e rispettino il vincolo della proporzionalità.

Paiono superabili, allora, i dubbi sulla conformità alla Costituzione di un organo amministrativo preposto al monitoraggio delle *fake news*, con compiti di ricognizione in rete dei contenuti non veritieri o fuorvianti e di promozione di campagne di adeguata informazione. Tale organo, anzi, potrebbe contribuire a realizzare il mandato della Carta fondamentale, dando maggior concretezza al diritto ad essere informato, accezione passiva della libertà di informazione. Dunque, ferme le perplessità sulla fonte di rango secondario con cui è stata istituita, l'Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al CoViD-19 sembra trovare, dal punto di vista sostanziale, piena copertura costituzionale. Lo stesso varrebbe se si giungesse all'istituzione di un'autorità con compiti di generale vigilanza sulla disinformazione online.

Al di là di queste considerazioni, però, pare da abbandonare l'idea di rimuovere i contenuti non veritieri o oscurare le pagine e i profili social che li diffondono. In primo luogo, per il sospetto con cui gli ordinamenti democratici devono

---

essa sollevate v. D. KELLER, *Making Google the censor*, in *The New York Times*, 12 giugno 2017, <https://nyti.ms/35JLPqv> (5/05/2020) e M. MONTI, *Privatizzazione della censura e internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss; per gli stratagemmi adottati da Facebook nel tentativo di incrementare la precisione dell'attività di *content moderation* v. invece K. KLO-NICK, *The new governors: the people, rules, and process governing online speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 6, 2018, 1639 ss.

<sup>39</sup> Studi recenti relativi al nostro Paese hanno dimostrato che un basso livello di istruzione e la provenienza da contesti socioeconomici svantaggiati hanno un impatto negativo sulla capacità di distinguere tra notizie veritiere e *fake news*: AGCOM – Servizio Economico-Statistico, *Percezione e*

*disinformazione – molto “razionali” o troppo “pigri”*, febbraio 2020, 39 ss, <https://bit.ly/3ch8ih1> (consultato 6/05/2020); così non è, invece, in materia di adesione a tesi antiscientifiche, rispetto a cui non vi sono evidenze di una correlazione con una scarsa scolarizzazione o un contesto socioeconomico di difficoltà e, anzi, in riferimento al c.d. antivaccinismo è stata riscontrata maggiore resistenza alla vaccinazione dei figli in coppie laureate e di estrazione sociale medio-alta v. G. FRASCA, M.G. PASCUCCHI, N. CARRANCI, A.C. FINARELLI, *Studio di valutazione d'impatto delle disuguaglianze sull'adesione alle vaccinazioni – Regione Emilia-Romagna*, 2015, <https://bit.ly/2yDy13k> (consultato 6/05/2020); V. STELLA, *Ricchi, giovani e benestanti: chi sono gli italiani contro i vaccini (e perché sono pericolosi)*, in *Linkiesta*, 30 maggio 2016, <https://bit.ly/3be27sj> (consultato 6/05/2020).

guardare ogni forma di censura; in secondo luogo, perché nel processo di ricognizione e oscuramento delle *fake news* dovrebbero necessariamente essere coinvolti i grandi operatori privati di internet, con tutti i rischi che ne conseguirebbero e che sono stati sinteticamente illustrati.

Come detto, l'eventualità che azioni di questo tipo vengano messe in atto dalla nuova *task force* appare lontana, ma il testo del Decreto con cui è stata istituita non permette di escluderla del tutto. In ogni caso, le prime dichiarazioni degli esperti chiamati a far parte dell'organo respingono radicalmente l'ipotesi<sup>40</sup>: i primi passi della *task force*, quindi, sembrano andare nella direzione più garantista.

In altre parole, riprendendo la metafora del *marketplace of ideas*, il corretto intervento pubblico non dovrebbe consistere nel limitare la libertà del mercato delle idee, impedendo d'imperio l'accesso ai diffusori di false notizie, ma nell'adottare gli opportuni accorgimenti per assicurarne il corretto funzionamento.

<sup>40</sup> G. JACOBBAZZI, *Nessuna censura: stanare le fake news che danneggiano la nostra comunità*, in *il Dubbio*, 7 aprile 2020, <https://bit.ly/3fv08mZ> (consultato 6/05/2020).

<sup>41</sup> Per la posizione delle autorità indipendenti rispetto al mercato v. M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1, 2010, 63 ss.

<sup>42</sup> Si fa riferimento alla teoria dell'*economia sociale di mercato*, sviluppata a partire dalle tesi sull'ordoliberalismo elaborate nella prima metà del XX secolo dalla c.d. *scuola di Friburgo*, dal nome dell'università tedesca a cui facevano riferimento i suoi principali esponenti, e oggi prevalente nel continente europeo, tanto da rientrare tra gli obiettivi dell'UE, all'art. 3.3 TUE: «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale». La teoria, nel suo contenuto essenziale, parte dal presupposto che il

Esattamente come avviene, del resto, nel mercato dei beni di molti sistemi a capitalismo avanzato, in cui apposite autorità indipendenti vigilano sul regime della concorrenza e sul rischio di concentrazioni monopolistiche e oligopolistiche, a tutela di operatori economici e consumatori<sup>41</sup>.

L'intervento dello stato è necessario per evitare storture e distorsioni che la limitata capacità di autoregolamentazione del mercato non riesce a risolvere<sup>42</sup>: esso, però, non dev'essere diretto a limitare la libertà degli operatori, ma a favorire l'efficienza del regime di concorrenza, in modo tale che il prodotto migliore (nella nostra metafora, l'informazione corretta e di qualità) esca spontaneamente vincitore<sup>43</sup>.

Se è vero, infatti, com'è stato acutamente osservato, che «le bufale sono sempre esistite, la disinformazione anche. E anche i lettori dell'Unità o del Secolo d'Italia, negli anni sessanta o settanta, vivevano in una loro peculiare "bolla informativa", compiacendosi di leggere cose delle

mercato non sia in grado di garantire di per sé il mantenimento della concorrenza, né l'equità sociale e l'eguaglianza delle opportunità tra gli individui. Costatata l'inefficienza del *laissez-faire* (secondo cui l'azione egoistica dei singoli allocherebbe, come una *mano invisibile*, le risorse nel modo più efficiente per l'intera società, v. A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Londra, 1776), l'economia sociale di mercato teorizza uno stato garantista verso l'efficienza della concorrenza e la giustizia sociale, che però non interferisce sugli esiti naturali del mercato, v. F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008.

<sup>43</sup> Per M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole cit.*, l'idea alla base delle autorità di vigilanza sul mercato di beni e servizi è quella di «uno Stato forte ma non dirigista: uno Stato che tuteli i mercati (i.e. il buon funzionamento dei mercati) e non le imprese esistenti in quanto tali, senza interferire nelle scelte di investimento delle imprese e senza entrare in competizione con le imprese private».

quali erano già ampiamente convinti<sup>44</sup>», è vero anche che l'informazione ha smesso di essere una risorsa scarsa, mentre lo sono ancora tempo e attenzione: due risorse che le *fake news* ci fanno sprecare mentre crediamo di investire in informazione, diminuendo la nostra consapevolezza del mondo che ci circonda. Un intervento pubblico al fine di migliorare la capillarità dell'informazione di qualità appare, dunque, pienamente giustificato.

Infine, non si può non ribadire che la nuova *task force* genera, inevitabilmente, un interrogativo. Fin dall'inizio dell'epidemia, il dibattito sul CoViD-19 è stato segnato dall'incertezza. Su questa linea, ad esempio, voci autorevoli del mondo scientifico hanno proposto impropri paragoni

con l'influenza, l'utilità di uno strumento semplice come la mascherina chirurgica è stata discussa per molti mesi (il primo studio di rilievo in materia è dell'aprile 2020<sup>45</sup>) e le strategie adottate dai governi per limitare l'epidemia sono state le più diverse, ognuna descritta come la migliore.

Come già chiarito, di fronte a un virus sconosciuto, non poteva essere altrimenti. Non può non suscitare qualche riserva, però, la pretesa di monitorare le *fake news* in un simile contesto, in cui le certezze scientifiche sul CoViD-19 e su quali siano le migliori strategie per farvi fronte sono ancora piuttosto scarse<sup>46</sup>.

(9 maggio 2020)

<sup>44</sup> N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'Autorità Pubblica della Verità?*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 1, 2018, 15.

<sup>45</sup> N.H.L. LEUNG, D.K.W. CHU, E.Y.C. SHIU ET AL., *Respiratory virus shedding in exhaled breath and efficacy of*

*face masks*, in *Nature Medicine*, 2020, <https://doi.org/10.1038/s41591-020-0843-2> (consultato 7/05/2020).

<sup>46</sup> N. CHATER, *Facing up to the uncertainties of Covid-19*, cit.



## Doppio taglio: il diritto d'informazione ai tempi dell'emergenza CoViD-19

**Alessandro Zaffanella**

Avvocato del Foro di Busto Arsizio.

Mail: [alessandro.zaffanella@busto.pecavvocati.it](mailto:alessandro.zaffanella@busto.pecavvocati.it).

### 1. Introduzione

In un saggio di psicologia di oramai quasi venti anni fa si può leggere che «provare paura verso un oggetto o un evento significa essere in grado di valutarne la pericolosità e quindi mettere in atto una serie di azioni in grado di limitarne la valenza negativa e distruttiva e a volte di trasformarla in modo costruttivo»<sup>1</sup>. Tale assunto assume una peculiare parvenza in un periodo nel quale l'emergenza legata alla diffusione del SARS-CoV-2 è divenuta protagonista indiscussa delle nostre vite, tra preoccupazioni legittime, restrizioni personali e situazioni di isteria collettiva.

Laddove per contenere il contagio si sono dovute comprimere le libertà costituzionali in materia di circolazione e iniziativa economica, ha continuato invece a essere centrale la libertà d'espressione<sup>2</sup>.

Il principio solennemente inciso nell'art. 21 della Costituzione, «pietra angolare dell'ordine democratico»<sup>3</sup>, ha svolto in questo frangente storico un fondamentale presidio nei confronti del cittadino, garantendo la veicolazione di informazioni di pubblico interesse (volte a proteggere altri diritti costituzionali, in primo luogo quello alla salute). In questo modo la paura ha messo in moto un meccanismo costruttivo e virtuoso, idoneo a trasfondere un senso di consapevolezza e

responsabilità nelle persone (o quanto meno in buona parte di esse), nonché a trasmettere le regole di comportamento necessarie per porre un argine rispetto agli effetti della pandemia.

Tale libertà si è tuttavia prestata anche a megafono per la diffusione di psicosi collettive, pregiudizi, *fake news*. E inevitabilmente, quando alla paura subentra il terrore o il panico incontrollato, un'azione di contrasto efficace risulta complicata se non impraticabile. Il discorso non muta peraltro nel momento in cui si aggiunga la rabbia scomposta innanzi a restrizioni della sfera personale percepite come ingiuste, "dittatoriali", frutto di imposizioni scientiste (è questo l'atteggiamento che si è registrato presso parte dell'opinione pubblica durante il transito verso la c.d. "Fase 2"). Tutto ciò a fronte di una narrazione più preoccupata ad esacerbare l'emotività popolare e i conflitti piuttosto che a parlare al raziocinio delle persone.

I due contrastanti aspetti appena indicati meritano in ogni caso – per la loro triste attualità – di essere analizzati nel dettaglio.

### 2. L'informazione scientifica come strumento di conoscenza e prevenzione

Un'informazione scientifica adeguata, corretta e trasparente, invero necessaria in ogni tempo, rivela la sua natura di strumento indispensabile in occasione di situazioni emergenziali. Ciò risulta tanto più evidente ove si pensi a quanto accaduto in Cina: il gigante asiatico ha visto un ampio impiego della censura da parte delle autorità, intente a ridimensionare agli occhi della comunità globale la problematica e i rischi per la salute

<sup>1</sup> M. R. CICERI, *La paura*, Bologna, 2001, 9.

<sup>2</sup> In questa sede da intendersi soprattutto nella sua specificazione di libertà d'informazione scientifica da

parte di chi opera professionalmente nel campo dei mezzi di comunicazione di massa.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 84/1969.

pubblica di milioni di persone<sup>4</sup>. Organizzazioni non governative come *Chinese Human Rights Defender* hanno peraltro denunciato nel corso dei mesi le misteriose scomparse e gli arresti di attivisti, medici, imprenditori, avvocati e giornalisti che avevano tentato di fare luce sull'effettiva entità dell'epidemia, ovvero criticato la gestione della vicenda da parte del Governo<sup>5</sup>.

Uno scenario simile risulta incompatibile con il seppur imperfetto ordinamento democratico italiano e con le scelte operate dai costituenti, che intesero salvaguardare una libertà d'espressione forte (specialmente per quanto riguarda la stampa, non assoggettabile ad autorizzazioni o censure)<sup>6</sup>. Questa era d'altronde strettamente collegata al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, enunciato dall'art. 2 della Carta e fonte del principio personalista, baluardo per la difesa dell'essere umano sia come singolo sia in qualità di membro di formazioni sociali. Come sottolineato a livello dottrinale molti decenni fa, la manifestazione del pensiero è qualcosa di imprescindibile, al punto che «non la democraticità dello Stato ha come conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché si possa determinarne la funzione e i limiti, ma le ragioni del riconoscimento di quella libertà portano tra le tante conseguenze anche all'affermazione dello Stato democratico»<sup>7</sup>.

La libertà espressiva di cui all'art. 21 si caratterizza, come noto, per essere estesa a un numero indeterminato di destinatari, ciò che comporta, quando la stessa si trovi affidata ai mass media (ma il discorso vale anche quando risulti devoluta a rappresentanti delle istituzioni o

specialisti), due profili. Il primo, attivo, consiste nella libertà d'informare, ossia di comunicare e diffondere idee e notizie. Il secondo, passivo, riguarda i destinatari delle manifestazioni di pensiero: coloro che hanno il diritto a informarsi ed essere informati, cioè ricevere notizie e accedervi. Esiste pertanto un interesse generale della collettività all'informazione, ciò che richiede il pluralismo delle fonti, il libero accesso alle stesse e l'assenza di ostacoli legali ingiustificati<sup>8</sup>.

Passando dal piano prettamente teorico-giuridico a quello della realtà, è sotto gli occhi di tutti come in questi atipici mesi vissuti dall'Italia il flusso di informazioni sul Coronavirus sia stato costante e massiccio. In una logica strategica di contenimento dei contagi, essenziali sono risultati *in primis* i canali informativi istituzionali, tra i quali si possono menzionare i siti web del Ministero della Salute (che ha utilizzato come strumento di comunicazione anche Telegram), dell'Istituto Superiore di Sanità e dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Questi hanno infatti fornito utili indicazioni ai cittadini, in primo luogo attraverso le sezioni apposite dedicate a rendere note le caratteristiche (conosciute) del virus e della malattia, la sintomatologia, le modalità di trasmissione, le misure di contenimento, diagnosi, prevenzione e trattamento. Hanno garantito istruzioni su come comportarsi per proteggere bambini, anziani, portatori di patologie gravi e illustrato il da farsi per le donazioni di sangue e i trapianti di organi, tessuti e cellule. Hanno da ultimo garantito un costante aggiornamento sul numero complessivo delle persone risultate positive, dei decessi e delle guarigioni (onde

<sup>4</sup> Si veda in tal proposito quanto denunciato da Amnesty International nell'articolo *Coronavirus e diritti umani: sette cose da sapere*, in [www.amnesty.it](http://www.amnesty.it), 6 febbraio 2020.

<sup>5</sup> "A Healty Society Should Not Have Just One Voice" – *China Must End Crackdown on Online Speech in Response to COVID-19* in [www.nchr.org](http://www.nchr.org), 1 aprile 2020.

<sup>6</sup> Così il c. 2 dell'art. 21 Cost.

<sup>7</sup> C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 429.

<sup>8</sup> Corte cost. n. 105/1972.

consentire un'idea di massima sulle dimensioni della pandemia), una mappatura del contagio, la trasmissione di videoconferenze stampa, la pubblicazione delle norme emergenziali entrate in vigore. Un insieme di dati che sono stati poi riportati anche da quotidiani e riviste (in forma cartacea/online), telegiornali, programmi televisivi e radiofonici.

I *mass media* hanno inoltre svolto una funzione fondamentale garantendo ampia copertura mediatica al nuovo morbo, ospitando in particolare pareri e testimonianze di esperti della materia, quali virologi, immunologi, ricercatori, personale medico: contributi egualmente utili a orientare la popolazione nelle nebbie dell'incertezza, tipiche di chi si ritrovi di fronte a una malattia sconosciuta e misteriosa.

Tutto perfetto allora? Ovviamente la risposta ha esito negativo.

### 3. Il lato oscuro dell'informazione (o disinformazione di massa)

Esiste un altro lato della medaglia, parallelo e contrario a quello del presidio informativo, forriero di risvolti pericolosi: si tratta di quel flusso comunicativo che si muove tra mistificazione, negazionismo e sensazionalismo, forme di opposti estremismi ideali per disorientare il pubblico uditorio. Non si può negare come questi aspetti siano stati favoriti anche dalla complessità della tematica CoViD-19, stante la mancanza di certezza scientifica su molti punti: basti pensare agli ancora accesi dibattiti su quale sarebbe l'origine dell'infezione o alle divergenze di vedute tra gli esperti su molte questioni.

L'art. 21 c. 1 della Carta stabilisce che tutti hanno diritto di manifestare il proprio pensiero tramite la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di

diffusione. Il vocabolo “tutti”, indispensabile ad assicurare a ogni individuo il diritto di far sentire la propria voce (in quanto tale principio irrinunciabile), diventa sorgente di problemi quando persone prive delle necessarie cognizioni e/o in mala fede presentino come verità dei concetti fallaci, rendendosi responsabili della diffusione su larga scala di informazioni distorte, non confermate o palesemente false: si pensi al messaggio audio di una presunta dottoressa lanciato in marzo su Whatsapp e poi approdato sui social network (divenendo oggetto di ingenua condivisione da parte degli utenti), in cui si sosteneva che l'assunzione di vitamina C potesse curare la CoViD-19 o prevenire i contagi. Sulla falsariga di questo episodio, sono approdate sulla rete l'esilarante quanto letale teoria secondo cui fare gargarismi con la candeggina servirebbe a proteggersi dall'infezione, e più recentemente le tesi secondo cui si potrebbero rinvenire virtù terapeutiche nel consumo di latte, di peperoncino o di acqua e bicarbonato: opzioni la cui efficacia è stata prontamente smentita dal Ministero della Salute<sup>9</sup>.

Già da diversi anni è risaputo che le pseudo-notizie risultano sovente fomentate dai siti web di *clickbait*, che traggono guadagni dal numero di click ottenuti e sono dunque spinti a catturare l'interesse di chi naviga su Internet con titoli e immagini accattivanti. Egualmente celebri sono diventati i blog e le pagine filo-complottiste, o il fenomeno dei finti account creati sui *social network* dai c.d. *bot.*, anch'essi propagatori di “bufale”. Se questo insieme di soggetti ed elementi è in buona parte artefice della disinformazione originatasi fin dallo scoppio dell'epidemia, è da sottolineare che i profili critici non si fermano tuttavia al “selvaggio web”, ma chiamano in

<sup>9</sup> Covid-19 – Attenti alle bufale, in [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), aggiornato al 7 maggio 2020 (per un totale di 64 fake news finora smentite).

causa ulteriori protagonisti: i rappresentanti delle istituzioni e gli organi dell'informazione, ovvero quei soggetti particolarmente qualificati, ai quali spetterebbe più che a chiunque altro un uso equilibrato del diritto d'espressione.

Si possono così ricordare le occasioni nelle quali la stampa si sia resa interprete di mera propaganda contro l'avversario politico mediante l'utilizzo di un linguaggio dal travolgente impatto emotivo (emblematico il caso del quotidiano *Liberò*, che il 23 febbraio aveva accusato in prima pagina l'Esecutivo di «prove tecniche di strage»). La contraddittorietà dei messaggi trasmessi (*Liberò* del 27 febbraio, passato nel giro di quattro giorni dai citati toni apocalittici a un invito generale alla calma).

La scelta di titoli eccessivamente allarmistici (di frequente la sola cosa che viene letta dal pubblico), ottimi per richiamare l'attenzione dei lettori e vendere più copie, ma destinati a provocare ondate di panico: il 22 febbraio scorso si è spaziato in un colpo solo da «virus, il Nord nella paura» (*la Repubblica*), a «contagi e morte, il morbo è tra noi» (*Il Giorno*), fino a «Italia infetta» (*il Giornale*).

Le dichiarazioni ufficiali decontestualizzate e stravolte nel loro significato: è il caso delle asserzioni del Ministro della Salute Roberto Speranza, che in un'audizione innanzi alla Commissione Affari Sociali della Camera a fine gennaio aveva riportato che «il nuovo virus pur essendo per il momento classificato come di tipo B quanto a pericolosità (al pari di quelli della Sars, dell'Aids

o della polio), viene gestito come se fosse appartenente alla classe A (la stessa del colera e della peste)»<sup>10</sup>; esternazioni concernenti quindi esclusivamente le modalità di gestione dell'emergenza, ma che sono poi state tramutate da diversi giornali ed esponenti politici nell'asserzione secondo cui la CoVID-19 è pericolosa come il colera e la peste<sup>11</sup>.

Le fughe di notizie non ancora ufficializzate: emblematica la vicenda della bozza del decreto del Presidente del Consiglio recante misure urgenti in tema di contenimento e gestione dell'emergenza (DPCM 8 marzo 2020), il cui contenuto definitivo, pur non ancora pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, veniva riportato dalla stampa nella serata del 7 marzo, provocando la repentina fuga dal Nord della penisola (con relativo assalto ai treni e pericolo per la sicurezza collettiva) degli studenti e lavoratori fuorisede.

La propagazione, da parte di chi riveste cariche pubbliche, di dichiarazioni non corroborate da alcuna evidenza scientifica, come è avvenuto per le ripetute esternazioni dell'On. Sgarbi, tese sostanzialmente a negare o ridimensionare l'esistenza del virus. Ancora, le presunte correlazioni tra 5G e diffusione del virus, paventate addirittura da soggetti vicini all'area governativa<sup>12</sup>.

Le contraddizioni: l'impiego delle mascherine, ora da limitare solo a chi ha contratto il virus, ora da estendere a tutti nei luoghi aperti al pubblico, ora da utilizzarsi anche nei luoghi pubblici.

La mancata spiegazione su come interpretare i dati: si è visto per esempio che l'indicazione sul

<sup>10</sup> *Coronavirus, audizione del Ministro Speranza*, in [www.camera.it](http://www.camera.it), 27 gennaio 2020.

<sup>11</sup> Si veda ad esempio *Salvini incalza Speranza: coronavirus come peste e colera, no frontiere aperte*, in [www.iltempo.it](http://www.iltempo.it), 30 gennaio 2020.

<sup>12</sup> È il caso di Gunter Pauli, consigliere economico del Presidente del Consiglio Conte, che aveva pubblicato un post del seguente calibro: «La scienza deve dimostrare e spiegare la causa e l'effetto. Ma la scienza

prima osserva le correlazioni: fenomeni che sono apparentemente associati. Applichiamo la logica della scienza. Qual è stata la prima città al mondo coperta dal 5G? Wuhan! E quale la prima regione 5G d'Europa? Il Nord Italia». Si legga al riguardo M. FIORDALISI, *Legame fra 5G e Coronavirus? Ecco come fare danni senza evidenze*, in [www.corrierecomunicazioni.it](http://www.corrierecomunicazioni.it), 22 marzo 2020.

numero di coloro che all'esito dei test diagnostici sono risultati positivi possono agevolare una presa di cognizione sull'entità del fenomeno. Tuttavia, il comune cittadino in che modo può interpretare il fatto che il giorno 13 maggio gli “attualmente positivi” siano pari a 78.457<sup>13</sup>? Deve intenderla come una cifra elevata o no? È da considerarsi preoccupante o rassicurante?

Da ultimo il surplus di notizie (talora ripetitive, contraddittorie o irrilevanti), con un'attenzione focalizzata quasi totalmente e ossessivamente sul tema, a scapito della narrazione di qualsiasi altro evento d'interesse nazionale o sovranazionale: quanto di meglio si potrebbe fare per provocare una reazione di rigetto in larghi strati della popolazione.

È all'interno di questo ampio contesto che germina e fiorisce il seme del complottismo (il caso del servizio del Tgr-Leonardo della RAI, risalente al 2015, sulla creazione in un laboratorio di Wuhan del “virus chimera” polmonare), del pregiudizio (il cinese untore, la necessità di chiudere i porti), del panico smisurato (la corsa alla mascherina salvatrice, l'assalto ai supermercati e così via). La libertà d'espressione diviene un'arma a doppio taglio, in cui una disinformazione di massa si contrappone alla circolazione di contenuti verificati ed attendibili, unendosi in un miscuglio indistinguibile. Viene alla ribalta la c.d. “infodemia”, neologismo con cui si indica la circolazione di una quantità eccessiva di informazioni, talvolta non accuratamente vagliate, che

rendono difficile orientarsi su un determinato argomento per la difficoltà di individuare fonti affidabili<sup>14</sup>. Ciò provoca inevitabilmente un'overdose di racconti spesso infondati, contrastanti, inidonei ad orientare le persone ma efficaci nel creare falsi miti e confondere una popolazione facilmente impressionabile e manipolabile. La trattazione della tematica CoViD-19, resa ancora più complessa dai tanti lati oscuri, non poteva rimanere dunque estranea a una certa indulgenza per il sensazionalismo mediatico e per l'applicazione di una perniciosa controinformazione, non supportata da prove inconfutabili, scadente pertanto nella disinformazione del cittadino<sup>15</sup>.

La libertà di manifestazione del pensiero enucleata dall'art. 21 Cost. resta, nonostante gli ultimi controversi aspetti analizzati (e anzi, ancor di più in virtù degli stessi) un diritto fondamentale e al tempo stesso, per chi operi nel mondo dell'informazione, un dovere. È inoltre un'esigenza concreta per i cittadini possedere le conoscenze necessarie per orientarsi nel giusto modo innanzi a un fenomeno pandemico.

Si pongono allora due questioni. Quando si abbia riguardo alla necessità di trasmettere cognizioni scientifiche, oltre al diritto di informare ed essere informati, si possono rinvenire un dovere giuridico di informare correttamente e un correlativo diritto di essere correttamente informati? E quale può essere la “cura” nei confronti dell'infodemia?

<sup>13</sup> Il dato, riportato dal Ministero della Salute, è aggiornato alle ore 18 del 13 maggio 2020.

<sup>14</sup> Definizione rinvenibile in [www.treccani.it](http://www.treccani.it). L'allarme sull'infodemia (su scala internazionale) da Covid-19 veniva lanciato dall'OMS già lo scorso 2 febbraio con il “Situation Report – 13”, consultabile in [www.who.int](http://www.who.int). Studi statistici sul fenomeno (*Covid19 Infodemics Observatory*) sono stati effettuati nel nostro Paese da CoMune lab, unità di ricerca della Fondazione Bruno Kessler, e sono visitabili su [www.covid19obs.fbk.eu](http://www.covid19obs.fbk.eu).

<sup>15</sup> «All'interno di questa infodemia, contenuti, protagonisti e toni utilizzati sono stati i più vari. In questa situazione così delicata e complessa non sono mancate le fake news – inevitabilmente, visto che la bufala mediatica pascola laddove manca certezza scientifica, come in questo caso – che hanno accompagnato la cronaca del contagio e il dibattito sui metodi di prevenzione e sulle ipotesi di cura»: così M. FERRAZZOLI, *L'anno del Covid-19*, in [www.almanacco.cnr.it](http://www.almanacco.cnr.it), 11 marzo 2020.

#### 4. Il nodo della corretta informazione

Per affrontare la prima domanda, alcune premesse sono d'obbligo. Innanzitutto si deve precisare che definire un concetto come quello di "verità" risulta meno semplice di quanto si possa intuitivamente credere.

Mentre nel settore giornalistico esso si traduce nel controllo rigoroso sull'attendibilità delle fonti, in ambito scientifico può inquadrarsi come quella legge che scaturisce «dal confronto (e talvolta scontro) tra gli scienziati» e che «rappresenta il risultato di un processo darwiniano nel quale la "verità" è quella che sopravvive alla selezione naturale della verifica sperimentale e che resta vera fin quando è condivisa da tutti, cioè fino a prova contraria. Insomma, il vecchio metodo galileiano»<sup>16</sup>.

Con riguardo invece alla sfera della "falsità", è riscontrabile il falso "materiale", ricorrente quando la verità dei fatti sia oggettivamente carente, e il falso "da rappresentazione", connotato alle modalità ingannevoli con cui i fatti vengono presentati (poiché incompleti, distorti, subdolamente manipolati)<sup>17</sup>.

Discriminare il vero dal falso risulta compito arduo laddove determinate questioni non risultino pacifiche all'interno della comunità scientifica. L'attuale pandemia ne è la perfetta rappresentazione: ove molti punti siano ancora da chiarire, è estremamente difficile poter bollare certe esternazioni in un senso o nell'altro. Come sostenuto dallo scrittore e fisico Paolo Giordano «non solo è enorme ciò che non sappiamo: è enorme ciò

che non sappiamo di non sapere»<sup>18</sup>. Il dubbio è stato d'altronde il motore che ha sempre messo in movimento ogni ricerca e scoperta nel campo delle scienze. Esso può essere un buon metro di giudizio proprio per invalidare quelle teorie non supportate da alcuna evidenza fattuale, che continuano a imperversare ammantandosi dell'aura della verità assoluta (o, stando al linguaggio cospirazionista, della «verità che il Potere ci vuole tenere nascosta»).

Ulteriore premessa: è opportuno ricordare che quando si parla d'informazione (in termini generali) può capitare che non sia possibile identificare in modo preciso un bene giuridico leso dalla mera diffusione di notizie non riscontrate o chiaramente inveritiere. La semplice divulgazione del falso in quanto tale non risulta illecita<sup>19</sup>, a meno che la stessa contrasti con altri principi costituzionali: nell'ambito dell'ordinamento infatti le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile<sup>20</sup>. In particolare, la libertà d'espressione va incontro ai c.d. "limiti impliciti", ovvero a quei "paletti" posti rispetto alla piena esplicazione di un diritto, volti a tutelare altri beni costituzionalmente garantiti. Tali limiti sono funzionali in primo luogo alla tutela di interessi privatistici quali i diritti della personalità (riservatezza, onore, reputazione, dignità sociale: si pensi, nel nostro caso, al rispetto della privacy dei pazienti contagiati). In seconda istanza, essi mirano alla protezione di interessi pubblicistici: nell'ottica di gestione della crisi attuale viene in rilievo soprattutto la tutela

un generale obbligo di verità, ma si limita di garantire le sole manifestazioni veritiere».

<sup>20</sup> Così la storica sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale. Si deve tra l'altro ricordare (cfr. Corte cost. n. 106/1974) che il diritto soccombente non deve in ogni caso risultare snaturato, né deve esserne reso arduo o impossibile l'esercizio.

<sup>16</sup> R. GIANOLI, *Coronavirus, sommersi dall'informazione*, in [www.rivistamicron.it](http://www.rivistamicron.it) 6 maggio 2020.

<sup>17</sup> T. D'ANTONIO, *Il "diritto di fare informazione"*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2011, 10-11.

<sup>18</sup> P. GIORDANO, *La scienza non sa e insegna a vivere il dubbio*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 11 maggio 2020.

<sup>19</sup> C. ESPOSITO, *op. cit.*, 36-37, sosteneva al riguardo che «la Costituzione non statuisce né impone di statuire

dell'ordine pubblico, ovvero sia il mantenimento della pacifica convivenza tra i consociati, necessaria perché possa essere assicurato a ciascuno il godimento effettivo dei propri diritti<sup>21</sup>. Un concreto esempio di turbamento di tale ordine è già stato richiamato nel precedente paragrafo: il trapelare delle indiscrezioni sul DPCM dell'8 marzo e i conseguenti "ingorghi umani" nelle stazioni e sui treni hanno comportato rischi per l'incolumità e la salute pubblica, a causa del riversarsi in massa di persone sui vagoni, in violazione sia delle ordinarie norme di sicurezza che di quelle speciali emanate per prevenire il propagarsi del virus.

Viene conseguentemente in evidenza che anche il diritto alla salute, sia individuale che collettiva, dovrebbe svolgere una funzione di ostacolo a un'informazione "drogata", caratterizzata da una non accorta valutazione delle notizie da destinare alla pubblicazione, se non dal fine deliberato di ingannare il pubblico.

Ma esiste allora un obbligo divulgare un'informazione corretta? Con specifico riferimento alla stampa, la giurisprudenza costituzionale ha statuito che il diritto all'informazione deve essere caratterizzato – tra le altre cose – dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti, dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dei contenuti erogati, dal rispetto della dignità

umana e dell'ordine pubblico<sup>22</sup>. È poi noto come la giurisprudenza di legittimità abbia tracciato, fin dalla celebre «sentenza decalogo»<sup>23</sup> i limiti entro cui devono procedere gli operatori dell'informazione: si tratta dei criteri della verità (oggettiva o putativa: non conta il definire una verità assoluta, quanto l'effettuare un rigoroso controllo sull'attendibilità delle fonti), dell'utilità sociale (coincidente con l'interesse pubblico alla conoscenza dei fatti, in relazione alla loro attualità), della continenza (la forma civile dell'esposizione). È dunque evidente come i giudici abbiano fissato, ormai da decenni, quelli che dovrebbero essere i canoni cui attenersi nella divulgazione di dati (anche scientifici), cui si aggiungono le regole deontologiche per chi svolga l'attività giornalistica<sup>24</sup>.

In sintesi, se il falso in sé non implica automaticamente la commissione di un atto illecito, questo è viceversa configurabile laddove veicolare inesattezze e menzogne comporti pericoli per la salute delle persone. Parrebbe pertanto che l'ambito scientifico debba godere di particolari tutele e salvaguardie, che pur non dovendo concretarsi in forme censorie nei confronti dei media, devono comunque assicurare al cittadino l'opportunità di addivenire a una giusta conoscenza della realtà.

<sup>21</sup> In tal senso si può ricordare come l'art. 656 c.p. punisca – salvo il fatto costituisca un più grave reato – con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a € 309 chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico. Sono inoltre da ricordare: l'art. 658 ("Procurato allarme presso l'Autorità"), che prevede l'arresto fino a sei mesi o l'ammenda da € 10 a € 516 per chi annunciando disastri, infortuni o pericoli inesistenti, suscita allarme presso l'Autorità, enti o persone che esercitano un pubblico servizio; l'art. 661 ("Abuso della credulità popolare"), a detta del quale chiunque pubblicamente cerca con qualsiasi impostura, anche gratuitamente, di abusare della credulità

popolare è soggetto, se dal fatto può derivare un turbamento dell'ordine pubblico, alla sanzione amministrativa pecuniaria da € 5.000 a € 15.000. Come si può notare, non viene punita la mera divulgazione di notizie false quando le stesse siano inidonee a esporre al pericolo l'ordine pubblico.

<sup>22</sup> C. Cost. n. 112/1993.

<sup>23</sup> Cass. Civ. Sez. I, n. 5259/1984.

<sup>24</sup> Del pari, sul versante istituzionale, in questi mesi costantemente impegnato a interfacciarsi con i mass media, un dovere di correttezza nella divulgazione dei dati può ravvisarsi negli obblighi per chi svolga pubbliche funzioni di adempierle con disciplina (ex art. 54 Cost).

## 5. Possibili terapie per il virus dell'infodemia

L'attuale surplus di informazioni, come si è detto, appare in certa misura un difetto congenito nella narrazione dell'attuale emergenza, influenzato dai tanti aspetti ancora oscuri che circondano il nuovo Coronavirus. È necessario saper distinguere ciò che risulta già pacifico presso la comunità scientifica da ciò che non lo è, tenendo in considerazione che certi aspetti basati sulle conoscenze del momento potranno successivamente essere confutati e rimessi in discussione. Senonché tesi indimostrate, dubbie o del tutto infondate proliferano, presentate con la certezza indiscutibile del dogma. E spesso sono gli operatori dell'informazione ad indulgere nel proporre notizie incomplete, approssimative, infondate<sup>25</sup>. Pur nella difficoltà di trovare soluzioni ideali a queste problematiche, si possono comunque provare a elencare alcune possibili risposte, che nella loro semplicità coniughino un diritto d'informazione non assoggettabile a censure a una comunicazione "matura" che risponda all'esigenza di salvaguardare la salute della collettività. All'interno della "terapia anti-infodemia" un primo rimedio è facilmente individuabile: i media dovrebbero auto-responsabilizzarsi e prendere in considerazione le informazioni che possono essere ricondotte a fonti identificabili e attendibili, scartando le altre. Nondimeno, dovrebbero verificare che il contenuto delle affermazioni che si vanno a divulgare sia stato oggetto di studi, di pubblicazioni, di prese di posizione

<sup>25</sup> L. SOFRI, *La nostra classe dirigente*, in [www.wittgenstein.it](http://www.wittgenstein.it), 27 aprile 2020, che sulla narrazione della crisi nelle prime settimane da parte dei giornali e dei media dell'informazione parla de «l'impossibilità di accantonare una radicata cultura della trascuratezza, del sensazionalismo, dell'allarmismo, della scarsa verifica, in una situazione di emergenza drammatica in cui questa cultura può avere conseguenze ancora più gravi del solito. Non smetti di fare le cose male solo perché ora è molto più pericoloso: potresti se fosse

condivise all'interno del mondo scientifico (sebbene oggi diviso su molte questioni). Oltretutto quotidiani, telegiornali e programmi di approfondimento avrebbero solo da guadagnare sul piano della credibilità e della fiducia da un atteggiamento improntato a maggiore cautela ed equilibrio, rispetto alla ricerca dell'impatto emotivo o dello scoop frettoloso e sciatto.

Un secondo rimedio riguarda i contributi che dovrebbero essere forniti dagli esperti in materia, unitamente ai rappresentanti delle istituzioni e dei media. Su quanto l'apporto della scienza possa essere fondamentale nel guidare la gente comune nella miriade di contenuti circolanti, può richiamarsi quanto venne affermato da Dominique Brossard, docente di comunicazione delle scienze della vita dell'Università del Wisconsin-Madison, nel corso del *meeting* annuale dell'*American Association for Advancement of Science* tenutosi a Boston il 18 febbraio 2017. In sintesi, secondo Brossard, gli scienziati devono imparare a comunicare non solo con il loro ristretto mondo, ma anche con i non addetti ai lavori, i profani in materia scientifica («it's not us versus them, the public»). Essi dovrebbero in tal senso collaborare proficuamente col giornalismo e con le istituzioni: i primi in quanto validi alleati per spiegare e contestualizzare le proprie ricerche e scoperte a platee più vaste, le seconde per assicurare il controllo e la promozione della qualità delle fonti. Il tutto tramite una comunicazione chiara, basata su fatti e dimostrazioni, in

una scelta consapevole, e bastasse spostare un interruttore. Ma se quella è appunto una cultura, un modo di fare quotidiano, un approccio tramandato e perpetuato ogni giorno (con le eccezioni, certo, ci mancherebbe), "un DNA", non te ne liberi con un'improvvisa miracolosa illuminazione di responsabilità. Quello era stato – ed è tuttora – il problema di una parte dell'informazione italiana sul Coronavirus: ovvero il problema di sempre di una parte dell'informazione italiana, su tutto».

modo da convincere chi legge della bontà di quanto affermato, nonché provare l'incosistenza del coacervo di *fake news* circolanti<sup>26</sup>. Gli specialisti sono inoltre coloro che possono precisare quegli aspetti (quali l'analisi sui numeri della pandemia: cfr. par. 3) che sono altrimenti destinati a rimanere un rebus irrisolvibile per la maggior parte dei comuni mortali.

Un terzo "antidoto" consiste nelle modalità attraverso le quali i media possono smascherare voci prive di fondamento. In questo senso un lavoro importante è stato messo in atto in questi mesi da più parti: diverse testate e agenzie giornalistiche (ad esempio *Open* e *AGI*) sono state particolarmente attive nell'effettuare un servizio di *fact-checking*. Twitter ha avviato un servizio di "etichettatura" dei post ingannevoli, con allegato un link che rimandi a fonti affidabili dove reperire informazioni aggiuntive e sicure<sup>27</sup>. Sul fronte istituzionale, oltre alla sezione presente sul sito del Ministero della Salute ("*Covid-19 – Attenti alle bufale*"), è da segnalarsi la creazione da parte dell'OMS di un chatbot attivabile via Whatsapp, con lo scopo sia di aggiornare i richiedenti sulle novità, sia di smontare contenuti fuorvianti. Individuate queste opzioni (ferma restando la possibilità di trovarne ulteriori), si può notare che se grazie al proliferare dei mezzi di comunicazione vi è oggi un'estrema facilità di propagazione di notizie false o incomplete, allo stesso modo dovrebbe essere più semplice smentire le stesse. Al pluralismo disinformativo fa da

contraltare il pluralismo informativo, e l'eccesso di informazioni si può combattere efficacemente tramite un'informazione seria, accurata, selezionata, che poggi su basi concrete. Si tratta pertanto di saper trovare la bussola che indichi il punto esatto, di saper discernere quali siano i soggetti affidabili e quali non lo siano. In tal senso resiste ovviamente un problema a monte: quello dell'educazione scientifica della popolazione, una sfida che dovrebbe essere presa in carico primariamente dallo Stato, per far sì che i suoi cittadini riescano a formarsi i necessari anticorpi rispetto alle tante bugie dilaganti e riconoscere ciò che è affidabile e ciò che non lo è.

In ultimissima analisi, i principali snodi problematici connaturati alla libertà ex art. 21 Cost., anche in tempi di crisi pandemica, non dipendono dall'uso che si fa del diritto, bensì dal suo abuso: contrastare quest'ultimo con un'informazione equilibrata può favorire una migliore consapevolezza dell'opinione pubblica e dei singoli, consentendo alla collettività di compiere scelte libere e adeguate: «Di fronte a una minaccia di epidemia esistono due rischi: la negazione e la reazione incontrollata. L'una è spesso il primo passo verso l'altra. [...] In questo caso la trasparenza, la pedagogia, l'informazione indipendente e verificata sono i migliori rimedi al panico, i cui grandi amici sono le notizie false, il complottismo e la negazione della realtà»<sup>28</sup>.

(13 maggio 2020)

<sup>26</sup> Si veda l'intervista condotta a Brossard da K. APRIL TYRRELL, *Communications expert advises how science should respond to fake news*, 2017, in [www.news.wics.edu](http://www.news.wics.edu). È da specificarsi che la studiosa aveva altresì espresso l'opinione che Google e gli altri motori di ricerca dovrebbero rimuovere gli studi che sono stati ritirati, muovendo l'esempio dello studio

(rivelatosi palesemente falso) di Andrew Wakefield sui collegamenti tra autismo e vaccini, ancora reperibili sulla rete nonostante lo stesso sia stato ritrattato. <sup>27</sup> Twitter, *etichette contro le fake news*, in [www.ansa.it](http://www.ansa.it), 11 maggio 2020.

<sup>28</sup> P. QUINIO, *Pédagogie*, in [www.liberation.fr](http://www.liberation.fr), 27 gennaio 2020.



## La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus

**Marta Fasan**

*Dottoranda in Studi Giuridici Comparati ed Europei,  
Università degli studi di Trento.*

*Mail: [marta.fasan@unitn.it](mailto:marta.fasan@unitn.it).*

### 1. Affrontare la pandemia: tra incertezze politiche e giuridiche e possibili soluzioni tecnologiche

La diffusione della malattia respiratoria CoViD-19 causata dal nuovo ceppo di coronavirus SARS-CoV-2 sta affliggendo pesantemente la nostra società. Ogni giorno il numero di contagi, e conseguentemente anche il numero di decessi, cresce così rapidamente a livello globale da aver

reso necessaria la dichiarazione dello stato di pandemia da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità<sup>1</sup>. La velocità e la facilità di diffusione che caratterizzano questa tipologia di coronavirus stanno spingendo le istituzioni e le forze politiche ad adottare, sia a livello nazionale che sovranazionale, provvedimenti volti a limitare il più possibile le occasioni di contatto tra le persone, riducendo drasticamente la libertà dei cittadini nello svolgimento delle attività lavorative, delle abitudini quotidiane e nella loro circolazione<sup>2</sup>. La ragione che ha determinato l'adozione di misure fortemente restrittive<sup>3</sup> sta nella necessità di garantire il più possibile la tenuta dei sistemi sanitari nazionali. La rapidità del contagio e le conseguenze mediche legate all'insorgere della malattia fanno registrare un notevole aumento nei casi di persone affette da difficoltà ed insufficienze respiratorie, tali da rendere necessario il ricorso a strumenti di supporto alla ventilazione. E, per i sistemi sanitari, questo dato

<sup>1</sup> WHO Director, *General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, in <https://bit.ly/2TvAmpn> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>2</sup> Nel panorama nazionale ciò è dimostrato dai contenuti dei d.l. n. 6, 9, 11, 14, 18, 19, 22, 23, del 2020 e dei successivi dpcm adottati dal governo italiano, consultabili nel *Dossier Coronavirus Italia (In costante aggiornamento)*, in <https://www.biodiritto.org/Dossier/Dossier-Coronavirus-Italia-In-costante-aggiornamento> (ultima consultazione 24/04/2020). Provvedimenti dal contenuto simile sono stati adottati non solo nella quasi totalità degli Stati Membri dell'Unione Europea (con l'unica, e parziale, eccezione rappresentata dal caso svedese), ma anche da numerosi ordinamenti extra UE, evidenziando una tendenza su scala globale all'adozione di misure restrittive per tutelare la salute individuale e collettiva. Per un maggiore approfondimento dei provvedimenti adottati in prospettiva comparata si veda L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 1, 2020. Ulteriori riferimenti e risorse in prospettiva comparata sono inoltre disponibili al sito

<https://www.comparativecovidlaw.it/> (ultima consultazione 26/04/2020).

<sup>3</sup> L'introduzione di tali misure ricorrendo alla decretazione d'urgenza e ai decreti ministeriali ha suscitato un acceso dibattito sia sulla legittimità costituzionale di queste misure, sia sul ruolo del Parlamento, che nell'attuale situazione emergenziale sta dimostrando di aver perso la sua centralità di organo legislativo. Tra i numerosi contributi su questi temi si vedano B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, iv-x; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 2 ss.; G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *La Costituzione.info*, 22 aprile 2020, in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/22/tra-decreti-e-decreti-limportanza-di-usare-lo-strumento-giusto/> (ultima consultazione 24/04/2020); A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, pubblicato in questo fascicolo. In quest'ultimo contributo, l'autore evidenzia, inoltre, la differenza del caso italiano rispetto agli ordinamenti spagnolo e francese, dove è prevista una specifica disciplina in merito allo stato di emergenza.

comporta un sovraccarico in termini sia di strutture e dispositivi<sup>4</sup>, sia di personale sanitario che può essere allentato solo grazie a misure che consentano un attento controllo e monitoraggio del contagio.

In uno scenario emergenziale che fino a qualche mese fa non avremmo ritenuto ipotizzabile, la tecnologia si sta dimostrando uno strumento fondamentale nell'affrontare questa situazione e un particolare aiuto viene fornito dal settore tecnologico su cui negli ultimi tempi sembra essersi focalizzata maggiormente l'attenzione della comunità scientifica: l'Intelligenza Artificiale (anche *Artificial Intelligence*, AI).

## 2. L'Intelligenza Artificiale. Stato dell'arte e prospettive in ambito medico

Per comprendere le ragioni che stanno spingendo scienziati e istituzioni a cercare nell'AI una soluzione all'attuale emergenza sanitaria, può essere utile descrivere brevemente cosa si intenda per essa e quali siano le sue peculiari caratteristiche e funzionalità, tali da rendere particolarmente rilevante il ricorso a questa tecnologia.

Con il termine Intelligenza Artificiale si è soliti indicare un insieme di tecnologie computazionali che sono ispirate, ma che operano in modo abbastanza differente, al modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e i propri corpi per percepire, apprendere,

ragionare e agire nell'ambiente circostante<sup>5</sup>. Nello specifico, il concetto di AI viene usato in riferimento a sistemi software che, ricevuto un obiettivo complesso, interagiscono nella dimensione fisica e digitale, percependo l'ambiente circostante attraverso l'acquisizione e l'interpretazione di dati raccolti, ragionando sulle conoscenze pregresse, elaborando le informazioni ottenute da dati e decidendo quale sia la migliore azione da compiere per raggiungere l'obiettivo prefissato. Questi sistemi possono inoltre ricorrere a regole simboliche, apprendere modelli di calcolo numerico e sono in grado di adattare il proprio comportamento analizzando come l'ambiente circostante è stato influenzato dalle precedenti azioni<sup>6</sup>.

La capacità dei sistemi di AI di compiere funzioni classificabili come intelligenti è dovuta principalmente a due fattori: l'incremento della capacità di calcolo computazionale e l'aumento della quantità e della qualità dei dati oggi disponibili e accessibili. Tali elementi hanno consentito lo sviluppo di due tecniche di apprendimento che svolgono un ruolo essenziale nel consentire a questi sistemi artificiali di produrre risultati rilevanti in termini di efficienza: il *machine learning* e il *deep learning*. Con il primo termine si fa riferimento ad un insieme di tecniche che permettono al sistema dotato di AI di migliorare, attraverso l'esperienza, le prestazioni delle proprie funzioni. In base al *machine learning*,

<sup>4</sup> L'improvvisa scarsità di risorse sanitarie idonee a fornire cure e assistenza alle persone affette dal virus e non ha reso necessaria una riflessione sull'opportunità di prevedere specifici criteri di accesso e di allocazione delle risorse disponibili, sempre tenendo in considerazione la volontà attuale o precedentemente espressa dalla persona. A questo proposito di rimanda a quanto affermato in 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*, 6 marzo 2020, in <https://bit.ly/3eeoyQb> (ultima

consultazione 26/04/2020) e in CNB, *COVID-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, Roma, 8 aprile 2020, in <https://bit.ly/3ebvT3e> (ultima consultazione 26/04/2020).

<sup>5</sup> P. STONE ET AL., *Artificial Intelligence and life in 2030. One hundred year study on artificial intelligence*, Stanford, 2016, 4, in <https://stanford.io/3ggsim2> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>6</sup> High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines*, Bruxelles, 2019, 6.

l'Intelligenza Artificiale può apprendere e migliorare grazie a specifici esempi, ai dati raccolti e alla propria esperienza e, in questo modo, può perfezionare il modello da utilizzare per predire gli esiti di questioni poste in precedenza<sup>7</sup>. Il *deep learning* costituisce invece una specifica tipologia di *machine learning* che, imitando il funzionamento del cervello umano, ugualmente consente ai sistemi artificiali di migliorare le proprie funzionalità attraverso l'esperienza e i dati raccolti. Ciò che però caratterizza il *deep learning* è il fatto di fondare il proprio funzionamento su reti neurali artificiali che sono in grado di apprendere in modo non supervisionato da dati non strutturati e non classificati, analizzando così le informazioni e ricostruendo tra esse correlazioni e schemi comuni da utilizzare nel processo decisionale finale<sup>8</sup>.

Queste specifiche funzionalità e caratteristiche permettono ai sistemi di AI di elaborare decisioni e predizioni generalmente accurate, attendibili, rapide ed efficaci, rendendo questa tecnologia applicabile in numerosi e differenti settori<sup>9</sup>. Tra essi, l'ambito medico si presenta sicuramente come uno dei più promettenti. L'unione tra la crescente digitalizzazione dei sistemi sanitari e dei dati clinici e le tecniche di apprendimento appena descritte rende l'AI una tecnologia particolarmente idonea ad essere applicata al settore medico, in quanto la possibilità di ricostruire correlazioni e schemi complessi tra i dati esaminati attraverso l'uso di tecniche di *data mining*

consentirebbe di raggiungere in tempi sempre più celeri obiettivi e risultati difficilmente realizzabili solo attraverso il lavoro e la conoscenza umana<sup>10</sup>. Questi elementi infatti stanno rendendo possibile la creazione di nuove tecnologie, la cui applicazione si prevede potrà essere particolarmente efficace in cinque settori specifici: nell'organizzazione e nella gestione di strutture, servizi e personale sanitario; nella ricerca clinica e farmacologica; nei processi diagnostici e prognostici; nella somministrazione di terapie, nelle informazioni e nel monitoraggio dei pazienti; nel controllo della salute pubblica e nel rilevamento di malattie altamente infettive e epidemiche all'interno della popolazione<sup>11</sup>. Lo sviluppo dell'AI in questo senso, e soprattutto nei settori della robotica sanitaria, degli strumenti di diagnostica e nella c.d. *smart medicine*, sembra destinato a modificare sostanzialmente l'attuale metodo medico e probabilmente darà origine a nuovi paradigmi diagnostici e terapeutici nel prossimo futuro.

### 3. L'Intelligenza Artificiale come soluzione tecnologica alla pandemia

Le potenzialità, appena descritte, dell'AI in ambito medico sono dimostrate paradigmaticamente proprio in questi giorni, in cui il bisogno di fronteggiare l'emergenza COVID-19 ha reso necessario il ricorso ad ogni strumento e tecnologia disponibile<sup>12</sup>. Gli esempi di queste applicazioni

consultivi ad elaborare studi e piani programmatici per comprendere come adattare l'assetto dei sistemi sanitari nazionali e il relativo apparato normativo alle innovazioni portate dalle tecnologie intelligenti. Tra i molti documenti si veda in particolare NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *Artificial Intelligence (AI) in healthcare and research*, Londra, 2018, 3-4; E. J. TOPOL, *The Topol Review. Preparing the healthcare workforce to deliver the digital future*, Londra, 2019, 9 ss.

<sup>12</sup> Su questo punto di vedano anche le considerazioni espresse in V. MOAYED, Y BENGIO, *Peer-to-peer AI-*

<sup>7</sup> T. M. MITCHELL, *Machine Learning*, Boston, 1997, 2 ss.

<sup>8</sup> I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep Learning*, Cambridge (MA), 2016, 8 ss.

<sup>9</sup> A. AGRAWAL, J. GANS, A. GOLDFARB, *Prediction Machines. The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Boston, 2018, 23 ss.

<sup>10</sup> W. NICHOLSON PRICE II, *Artificial Intelligence in Health Care: Applications and Legal Implications*, in *The SciTech Lawyer*, 1, 2017, 10-13.

<sup>11</sup> L'importanza dello sviluppo dell'AI in questi settori è tale da aver spinto numerosi governi ed organi

arrivano principalmente dallo Stato che primo fra tutti si è trovato a dover gestire la diffusione del nuovo coronavirus e che da anni investe nello sviluppo del digitale, della robotica e dell'Intelligenza Artificiale. In Cina infatti le tecnologie intelligenti si sono dimostrate particolarmente efficienti nelle fasi di diagnosi, cura e monitoraggio dei singoli individui e della società nel suo insieme.

A partire dal mese di febbraio la società Alibaba DAMO Academy ha dichiarato di aver sviluppato una piattaforma in grado di analizzare e individuare l'intero genoma del nuovo coronavirus. L'uso di algoritmi dotati di AI consente, infatti, di realizzare un'analisi genetica sui casi sospetti di polmonite, riducendo i tempi normalmente richiesti per questo esame a soli trenta minuti. In questo modo è possibile ottenere una diagnosi in un tempo notevolmente minore e soprattutto consentire un'individuazione più accurata delle possibili mutazioni del virus, con effetti rilevanti per quanto concerne il controllo dell'epidemia<sup>13</sup>. A questo strumento, la stessa società cinese ha affiancato lo sviluppo di un sistema diagnostico basato sull'Intelligenza Artificiale che si propone di rilevare nuovi casi di CoViD-19 con un livello di accuratezza che pare possa arrivare fino al 96%. Attraverso l'analisi delle scansioni tomografiche computerizzate il sistema sarebbe infatti in grado di identificare le differenze tra i pazienti affetti da CoViD-19 e i casi di polmonite virale

---

*tracing of Covid-19*, 23 marzo 2020, in <https://bit.ly/3bPIRBX> (ultima consultazione 26/04/2020).

<sup>13</sup> Alibaba Clouder, *How Is Alibaba DAMO Academy Helping to Fight the Outbreak of the Novel Coronavirus?*, 6 marzo 2020, in <https://bit.ly/3bVop2w> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>14</sup> B. SIM, *Coronavirus, l'intelligenza artificiale di Alibaba lo identifica in 20 secondi con una Tac*, in *Il Sole 24ore*, 6 marzo 2020.

<sup>15</sup> *Coronavirus, a Wuhan un reparto gestito dai robot*, in *Osservatorio AI Ansa*, 11 marzo 2020. Le tecnologie

ordinarie, abbassando radicalmente i tempi d'attesa richiesti per i tradizionali tamponi<sup>14</sup>.

A tali strumenti diagnostici si accompagna l'uso della robotica intelligente e della *smart medicine* per attività di cura e di monitoraggio della popolazione. Nella città di Wuhan, ad esempio, è stato creato un reparto ospedaliero robotico, in cui vengono ricoverati i pazienti che presentino segni precoci di infezione. I robot umanoidi operativi all'interno di questo spazio sono capaci di muoversi in autonomia e provvedono a distribuire farmaci e cibo ai pazienti, i quali restano comunque sotto lo stretto controllo di medici e infermieri che dall'esterno ne monitorano i parametri vitali<sup>15</sup>. Inoltre, grazie alle tecnologie intelligenti, nelle città di Pechino, Shanghai e Shenzhen sono stati installati dei software che, attraverso strumenti di riconoscimento facciale e di screening della temperatura a distanza, sono in grado di monitorare lo stato di salute della popolazione e la propagazione del contagio<sup>16</sup>. Sempre perseguendo questa ultima finalità di controllo, la già menzionata società Alibaba ha sviluppato la app Alipay Health Code che, accedendo ai dati del sistema sanitario cinese, attribuisce ad ogni cittadino un codice colorato che varia a seconda della possibilità di essere portatori del virus. In base a tale codice vengono permessi e monitorati gli spostamenti delle persone e soprattutto

robotiche intelligenti rappresentano un fondamentale ed efficace strumento per assicurare le prestazioni di cura e assistenza necessarie, mantenendo però il distanziamento sociale tra personale sanitario e pazienti e limitando, quindi, notevolmente le occasioni di possibile contagio. Nello specifico cfr. YANG ET AL., *Combating COVID-19 – The role of robotics in managing public health and infectious diseases*, in *Science Robotics*, 40, 2020, 1-2.

<sup>16</sup> B. SIMONETTA, *Così big data e intelligenza artificiale stanno battendo il coronavirus in Cina*, in *Il Sole 24ore*, 9 marzo 2020.

sono controllate le persone sottoposte ad un regime di quarantena<sup>17</sup>.

Alla luce dei risultati ottenuti dal modello cinese di controllo e contenimento del contagio, si valuta l'adozione di simili strumenti tecnologici anche in Italia, dove il numero di persone affette e decedute a causa del CoViD-19 colloca il nostro Paese tra gli Stati più colpiti dal virus. Già dal 3 marzo l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari (Aps) della Provincia Autonoma di Trento ha attivato per i cittadini del territorio provinciale un servizio di *chatbot* capace di valutare eventuali sintomi e di fornire informazioni sui comportamenti da adottare. Fondato sulle linee guida del Ministero della Salute, questo *chatbot* ha il compito di individuare i casi da sottoporre all'attenzione degli operatori sanitari in base al criterio clinico e a quello epidemiologico, indirizzando poi il cittadino verso le azioni più opportune da compiere nel caso specifico<sup>18</sup>. Parallelamente TrentinoSalute 4.0, in collaborazione con la

Provincia Autonoma di Trento, l'Aps e la Fondazione Bruno Kessler (FBK), ha sviluppato l'app TreCoViD19 con cui i cittadini possono accedere a tutte le informazioni relative all'emergenza sanitaria in corso. Obiettivo dei prossimi giorni sarà inoltre implementare questa app con nuove funzionalità che permettano il monitoraggio remoto delle persone in isolamento e di quelle curate a domicilio<sup>19</sup>. Simili progetti di controllo del contagio attraverso tecnologie intelligenti sono previsti anche su scala nazionale, in particolare per quanto riguarda l'inizio della c.d. "Fase 2", durante la quale le misure restrittive in essere dovrebbero essere allentate per consentire alle persone di riprendere le proprie attività lavorative e non. In questo senso molta attenzione è posta sulla possibilità di ricorrere a specifiche app, e di conseguenza agli smartphone dei singoli cittadini, per tracciarne gli spostamenti all'interno del territorio nazionale e monitorare quindi le possibili occasioni di contagio<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> E. RAMMELOO, *La privacy o la vita*, in *Internazionale*, 1349, 2020, 26-27.

<sup>18</sup> *Coronavirus: attivato un «chatbot» per i cittadini*, 3 marzo 2020, in <https://bit.ly/3e7qVV2> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>19</sup> A questo proposito si veda *TreCovid19, Una piattaforma per migliorare la comunicazione tra istituzioni e cittadini*, in <https://treCovid19.apss.tn.it/app/tos> (ultima consultazione 24/04/2020). Il sistema TreCovid19 è inoltre integrato dalla piattaforma Vicino@TE che consente ai parenti dei pazienti ricoverati in isolamento di ricevere notizie e informazioni sul proprio congiunto. Attraverso questo portale è infatti possibile accedere ai bollettini medici del proprio familiare e comunicare con lo stesso grazie a messaggi, immagini e video. In questo senso *Vicino@TE, distanti ma insieme*, 23 marzo 2020, in <https://bit.ly/3bTwAN8> (ultima consultazione 26/04/2020).

<sup>20</sup> Questa tendenza istituzionale è senza alcun dubbio dimostrata dalla recente iniziativa *Innova per l'Italia. Fast call Telemedicina e Data Analysis* (reperibile in: <https://innovazione.gov.it/telemedicina-e-sistemi-di-monitoraggio-una-call-per-tecnologie-per-il-contrasto-alla-diffusione-del-covid-19/>) proposta dal Ministero per l'Innovazione Tecnologica e Digitale, dal

Ministero dello Sviluppo Economico e dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, congiuntamente al Ministero della Salute, all'Istituto Superiore di Sanità e all'Organizzazione Mondiale della Sanità. L'obiettivo perseguito è quello di invitare le diverse realtà di ricerca, attive sul territorio nazionale, a presentare progetti e proposte in merito alle soluzioni tecnologiche da adottare per fare fronte alla situazione descritta. E proprio nelle ultime settimane sembra essere stata individuata la soluzione tecnologica a queste esigenze. Si tratta della app "Immuni", sviluppata dalla società milanese Bending Spoon, basata sulla tecnologia Bluetooth e sulla volontarietà di utilizzo, che consentirà di tracciare la catena dei contatti tra le persone e così dei possibili contagi. Nonostante questa app sembri garantire la tutela della privacy durante il suo funzionamento, restano alcuni dubbi sui possibili rischi dovuti al suo uso. In generale sul tema del *contact tracing* si veda G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in *laCostituzione.info*, 1 aprile 2020, in <https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/01/virus-e-algoritmi-impariamo-da-unesperienza-dolorosa/> (ultima consultazione 26/04/2020).

#### 4. L'Intelligenza Artificiale alla prova del diritto alla salute: prime criticità

Gli esempi finora descritti costituiscono un elemento fondamentale nel dibattito scientifico, sociale, ma soprattutto giuridico sull'uso dell'Intelligenza Artificiale in ambito medico. L'effettivo ricorso a strumenti dotati di un *quid pluris* rispetto alle tradizionali tecnologie sanitarie dimostra quali benefici reali possano essere garantiti per la tutela e la promozione della salute individuale e collettiva dei cittadini, secondo quanto stabilito dall'art. 32 della Costituzione italiana. La rapidità di questi modelli diagnostici e la possibilità di garantire cure, assistenza e informazione anche a distanza, non solo avvalorano l'importanza di promuovere l'applicazione dell'AI a supporto e ad integrazione delle decisioni e delle attività umane superandone i naturali limiti, ma testimoniano anche la loro efficacia nell'assicurare le prestazioni sanitarie necessarie in un contesto in cui la distanza, la consapevolezza e la responsabilità sociale sono elementi essenziali per prevenire e limitare le occasioni di contagio, evitando così di esporre le persone ad attività potenzialmente rischiose<sup>21</sup>.

Tuttavia, l'ondata di giustificato entusiasmo che travolge ogni progresso nella lotta a questa pandemia non deve farci dimenticare che l'applicazione dell'Intelligenza Artificiale non si presenta, dal punto di vista giuridico, priva di rischi e di conseguenze che possono compromettere i

principi, i diritti e le libertà tutelate dall'ordinamento, anche con ripercussioni in termini di diritto alla salute<sup>22</sup>.

Oltre al tema più classico relativo alla tutela dei dati personali e, soprattutto, sensibili utilizzati da questi sistemi intelligenti, ci sono anche altri profili che devono essere approfonditi. In primo luogo, merita attenzione il tema riguardante la varietà e la qualità dei dati utilizzati dai sistemi dotati di AI. Il ricorso a *dataset* incompleti o viziati dalla presenza di *bias* e di informazioni parziali potrebbe inficiare l'attendibilità e l'equità dei risultati ottenuti, perpetrando già note forme di discriminazione e offrendo un livello di prestazione inferiore rispetto a quanto normalmente assicurato<sup>23</sup>. In secondo luogo, la crescente digitalizzazione e il ricorso a tecnologie sempre più complesse e avanzate evidenzia le difficoltà nel garantire l'eguaglianza dei soggetti nell'accesso a questi strumenti. Sia che il problema si ponga in termini economici o di educazione digitale, un'incontrollata digitalizzazione dei servizi e delle prestazioni sanitarie rischierebbe infatti di escludere alcune persone dai reali benefici di queste tecnologie, alimentando pericolose forme di *technological divide* a danno proprio di quei soggetti che tradizionalmente sono considerati più a rischio e vulnerabili<sup>24</sup>. Infine, non possono non essere menzionate le incognite connesse alla mancanza di trasparenza in alcune fasi decisionali poste in essere dall'AI. L'incapacità di comprendere completamente le ragioni e

<sup>21</sup> Sull'importanza di utilizzare le tecnologie intelligenti per sostituire gli esseri umani in attività ad elevato rischio di pericolosità cfr. CNB, CNBBSV, *Sviluppi della robotica e della roboetica*, Roma, 17 luglio 2017, <http://bioetica.governo.it/media/3463/robotica-misto-cnb-cnbbstv-17lug17-it.pdf> (ultima consultazione 24/04/2020).

<sup>22</sup> E. STRADELLA, *Forum Artificial Intelligence and Law. La medicina*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 508-512.

<sup>23</sup> D. SCHÖNBERGER, *Artificial Intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 27, 2019, 171-203.

<sup>24</sup> In generale sui possibili rischi di discriminazione a danno delle categorie vulnerabili a causa dell'introduzione di forme di decisione automatizzata si veda T. MATSSON, *Editorial: Digitalisation and Artificial Intelligence in European Healthcare*, in *European Journal of Health Law*, 4, 2019, 285-288. Sempre sui possibili rischi discriminatori D. SCHÖNBERGER, *op. cit.*, 179-187.

i passaggi logici che hanno determinato l'adozione di una specifica e determinata decisione rischiano, infatti, di far venire meno la fiducia nell'affidabilità dello strumento utilizzato, e, conseguentemente, anche verso chi si fa interprete di tale scelta artificiale: il medico. E ciò comprometterebbe un elemento di fondamentale importanza, qual è la fiducia, all'interno della relazione che tradizionalmente si instaura tra medici, équipe sanitaria e pazienti nella dimensione di cura<sup>25</sup>.

In assenza di mezzi idonei a limitare e a bilanciare i profili descritti, tutti questi elementi rischiano dunque di portare a due conseguenze che inficerebbero i rilevanti benefici ottenuti dall'AI in questo settore. Da un lato, potrebbero contribuire ad un processo di disumanizzazione del rapporto terapeutico, negando spazio a quelle occasioni di dialogo, confronto e conforto che nell'ordinamento italiano costituiscono esse stesse parte della cura<sup>26</sup>. Dall'altro lato, potrebbero invece pregiudicare quello stesso diritto alla salute che proprio tramite l'uso dell'Intelligenza Artificiale si vuole tutelare in entrambe le sue dimensioni, collettiva e individuale.

##### **5. Da una necessaria soluzione tecnologica ad una auspicata risposta giuridica**

Se le problematiche evidenziate oggi perdono in parte la loro naturale rilevanza davanti alla necessità di affrontare uno stato globale di emergenza, in cui anche diritti e libertà possono essere limitati, l'attuale scenario ci offre

un'importante occasione per riflettere sull'uso delle tecnologie intelligenti all'interno della società e sulle connesse conseguenze giuridiche. La necessità di contrastare la rapida diffusione di una malattia fino ad oggi sconosciuta e che colpisce in modo significativo la popolazione sta, da un lato, evidenziando la sussistenza di numerosi punti deboli nelle odierne dinamiche economiche, politiche, istituzionali e sociali e, dall'altro, sta facendo emergere l'importanza di cercare nella tecnologia, in particolare intelligente, possibili soluzioni ai problemi posti dalla realtà.

In tale dimensione, il diritto si trova quanto più nell'urgenza di dover affrontare queste tendenze, interrogandosi sulla portata e sull'efficacia dei propri strumenti, sull'opportunità di teorizzarne di nuovi, ma soprattutto assicurando che, anche nel ricorrere a sistemi di Intelligenza Artificiale, vengano sempre garantiti e tutelati i diritti delle persone e la loro dignità, anche in circostanze straordinarie.

Oggi più che mai, dunque, appare fondamentale la necessità che in futuro si apra un attento e consapevole dibattito interdisciplinare sull'Intelligenza Artificiale e le sue applicazioni, che non si limiti a mere dichiarazioni di principio, ma che sappia individuare e bilanciare ragionevolmente gli importanti benefici e i rilevanti rischi che l'innovazione tecnologica porta necessariamente con sé. Se oggi la tecnologia ancora ci permette di galleggiare mentre affrontiamo la tempesta perfetta, essa non dovrà essere ciò che ci farà affondare nel prossimo futuro.

(26 aprile 2020)

<sup>25</sup> Cfr. W. NICHOLSON PRICE II, *Regulating Black-Box Medicine*, in *Michigan Law Review*, 3, 2017, 421-474. Inoltre, per approfondire gli effetti che questi profili problematici possono produrre all'intero della dinamica del rapporto medico-paziente, e le relative conseguenze giuridiche, si veda F. MOLNÁR-GÁBOR, *Artificial Intelligence in Healthcare: Doctors, Patients and*

*Liabilities*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020, 337-360.

<sup>26</sup> A tale proposito si ricordi quanto stabilito all'art. 1, c. 8 della Legge 22 dicembre 2017, n. 219, secondo cui «[i]l tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».



## La data protection ai tempi del Coronavirus tra prevenzione dei reati e repressione del contagio

**Massimo Farina**

*Massimo Farina PhD, Ricercatore dell'Università degli Studi di Cagliari, docente di "Diritto dell'Informatica e delle Nuove Tecnologie" e di "Informatica Forense" – Coordinatore del laboratorio ICT4Law&Forensics – DIEE/UdR CNIT, University of Cagliari.*

*Mail: [m.farina@unica.it](mailto:m.farina@unica.it).*

### 1. L'impiego della tecnologia per la prevenzione dei contagi e il controllo dei diritti

La recente e virulenta epidemia che ha gradualmente conquistato lo scenario nazionale, europeo ed internazionale rivela tutta la delicatezza degli interessi individuali e collettivi posti in gioco. Riecheggia prepotentemente, nelle difficoltà interne tese ad apprestare idonee garanzie ai contrapposti interessi, l'insegnamento dell'Alexy sul bilanciamento tra principi costituzionali e sulla teoria dei diritti fondamentali<sup>1</sup>. Tali insegnamenti, tuttavia, risultano di più ardua e critica applicazione alla luce del dinamismo ordinamentale, implicando necessariamente un confronto dialogico con le fonti del diritto sovranazionale e con le più recenti generazioni di diritti fondamentali. Nel corso degli ultimi anni, invero, è stata riposta a livello europeo un'attenzione crescente alla protezione dei dati personali relativi alle persone fisiche: in effetti, tanto l'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto l'articolo 16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea stabiliscono che ogni persona ha

diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

Ciononostante, il riconoscimento giuridico non impedisce la verifica di nuove sfide per la protezione dei dati personali, provocate dalla rapidità dell'evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione: in tali casi, è posto nelle mani delle istituzioni pubbliche il delicato compito del contenimento, attraverso il sugello impresso da atti politici a contenuto variamente normativo.

Tale scenario si riepanda nell'attuale momento storico, ove la tecnologia si dimostra idoneo strumento – oltre che per la tutela dei diritti fondamentali – per il controllo della popolazione<sup>2</sup>. Si tratta di una prassi già a lungo invalsa in diversi paesi orientali, come ad esempio la Cina, tesa a garantire l'ordine pubblico e la sicurezza. In tal caso, la peculiare forma di stato cinese ha da sempre costituito un valido supporto istituzionale per l'impiego di sistemi di videosorveglianza (ad esempio, attraverso l'impiego dei droni), di riconoscimento biometrico e geolocalizzazione, tesi ad una sorveglianza capillare e continuativa sui cittadini. Non sorprende, pertanto, la riconversione di simili strumenti per il controllo epidemiologico ed il monitoraggio delle condotte umane in questo periodo di emergenza sanitaria: si è così proceduto, ad esempio, all'impiego dei sistemi di videosorveglianza per intercettare le persone che non indossavano una mascherina, ovvero per effettuare una scansione termica contactless, così da individuare eventuali stati di alterazione febbrile.

Lo *smartphone* rappresenta lo strumento tecnologico privilegiato per l'implementazione di tali politiche pubbliche: sono state infatti create,

<sup>1</sup> R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998.

<sup>2</sup> Cfr. C. FARALLI, *Diritti e nuove tecnologie*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione*

*giuridica*, 2, 2019, 43 ss; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016.



d'intesa con il governo cinese, apposite applicazioni per il monitoraggio e l'attuazione delle politiche per il contenimento dell'epidemia. Tali app, in particolare, utilizzando i *big data* in possesso della sanità cinese, procedevano attraverso strumenti di Intelligenza artificiale all'identificazione dei potenziali portatori di virus, che venivano così assoggettati all'obbligo di quarantena coatta.

Il ricorso a simili misure, ed in particolare quelle relative alla geolocalizzazione, per quanto riscontratesi efficaci per la riduzione dei contagi, è attualmente oggetto di acceso dibattito a livello europeo. Nonostante le recenti posizioni adottate dall'*European Data Protection Board* sembrerebbero sopire l'acredine<sup>3</sup>, si scorgono ulteriori criticità qualora il trattamento dei dati personali raccolti venga effettuato per finalità di prevenzione del crimine. La prospettiva non risulta invero utopica: come è noto, a seguito delle recenti misure normative nazionali sull'obbligo di quarantena, si è affermato che il mancato rispetto di tali prescrizioni possa configurare i delitti di epidemia (di cui agli artt. 438 e 452 c.p., a seconda che il reato sia stato compiuto, rispettivamente, con dolo o colpa) e del più mite reato contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p.

Lo scarso rispetto di tali misure, inoltre, sta progressivamente inducendo i vari Stati membri dell'Unione al ricorso a strumenti di controllo e monitoraggio degli spostamenti dei propri cittadini. Tale opzione, tuttavia, non si traduce esclusivamente nel trattamento di dati personali per la tutela di interessi vitali degli interessati, considerato lecito ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1,

<sup>3</sup> Dapprima, con lo *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, del 20 marzo 2020, in seguito, con le *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak*, adottate il 21 aprile 2020.

del Regolamento 2016/679/Ue: piuttosto, tali attività di trattamento potrebbero essere sorrette da ulteriori e differenti ragioni di ordine pubblico, da finalità di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati sopra citati. Simili finalità, in altri termini, legittimerebbero l'attività di monitoraggio delle competenti autorità di controllo, ai sensi della Direttiva 2016/680/Ue. Tale Direttiva, che compone assieme al coevo Regolamento n. 679 (il cd. GDPR) e alla Direttiva n. 681 (sul trattamento dei dati del codice di prenotazione delle prenotazioni aeree) le misure predisposte dal legislatore dell'Unione per assicurare una completa protezione dei dati personali, potrebbe trovare in questo particolare momento storico piena applicazione, sollevando molteplici criticità ed osservazioni, che si tenterà qui di sintetizzare.

## 2. La prevenzione dei reati secondo la Direttiva 2016/680/Ue

La Direttiva 2016/680/Ue inaugura un nuovo versante per l'applicazione della *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale<sup>4</sup>. In passato, invero, la disciplina era affidata alla competenza del Consiglio ed era sprovvista di uno strumento giuridico di portata generale nel settore in esame: per tali ragioni, a seguito delle esigenze già evidenziate nel 2005 dalla Commissione, il Consiglio emanò la Decisione quadro 2008/977/GAI: ciononostante, la Decisione quadro non ha registrato alcun significativo progresso nella realizzazione di standard e regole comuni in materia di *data*

<sup>4</sup> Per approfondimenti, cfr. G. RUGANI, *La protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale alla luce della direttiva (UE) 2016/680: frammentazione ed incertezze applicative*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2019, 75-92.

protection, rivolgendosi agli Stati membri con un approccio minimalista, escludente dal proprio ambito di applicazione il trattamento dei dati svolti all'interno dei confini nazionali. Alla luce del flebile contesto normativo, pertanto, la Direttiva 2016/680/UE apporta un notevole miglioramento, dimostrando tutto l'intento del legislatore dell'Unione di armonizzare un settore così delicato<sup>5</sup>. Con essa, infatti, si è proceduto all'abrogazione della Decisione quadro 2008/977/AI e all'obbligo di recepimento, per tutti gli Stati membri, entro il 6 maggio 2018. L'Italia ha provveduto al recepimento della Direttiva attraverso il d.lgs. del 18 maggio 2018, n. 51, limitandosi ad una mera riproduzione del testo normativo di rango europeo. In ogni caso, tale scelta non esautorava l'efficacia della Direttiva ed il contenuto delle sue disposizioni, che, alla luce del contesto attuale, assumono nuova colorazione.

Preliminarmente, si osserva che la Direttiva n. 680 consente il trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Sul punto, l'art. 3 fornisce una definizione alquanto ampia di «autorità competente», dovendosi con ciò intendersi: «qualsiasi autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, salvaguardia e prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica» ovvero «qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare

l'autorità pubblica e i poteri pubblici a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica». Ne discende, pertanto, che il trattamento possa essere svolto dalle autorità di pubblica sicurezza (come ad esempio dalla Polizia di Stato, ovvero dalla Polizia Postale), oltre che dalla magistratura inquirente, nonché da qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici<sup>6</sup>.

Procedendo con la disamina della Direttiva, inoltre, si scorgono molteplici similitudini con le disposizioni contenute nel Regolamento n. 679, per quanto concerne i principi sul trattamento dei dati personali, sul rapporto tra titolare del trattamento e soggetto interessato, nonché dei diritti che quest'ultimo può far valere nei confronti del titolare per garantire la piena protezione dei propri dati. In effetti, l'articolo 12 della Direttiva corrisponde, specularmente, all'articolo 12 del Regolamento, che imprime regole di condotta per il trattamento dei dati personali, basato su canoni di trasparenza, liceità e correttezza: il titolare del trattamento, pertanto, dovrebbe comunicare al soggetto interessato tutte le informazioni relative al trattamento, in forma concisa, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro. Sul punto, tuttavia, la Direttiva introduce un regime derogatorio rispetto agli oneri informativi che il Regolamento attribuisce categoricamente in capo al titolare del trattamento. Viene in rilievo, in particolare,

personali da essi trattati, e li trasmettono solo alle autorità nazionali competenti in casi specifici e conformemente al diritto dello Stato membro». Sul punto cfr. M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017.

<sup>5</sup> Cfr. Garante Europeo per la Protezione dei Dati, *Opinion 6/2015, A Further Step Towards Comprehensive EU Data Protection, EDPS recommendations on the Directive for data protection in the police and justice sectors*, del 28 ottobre 2015.

<sup>6</sup> Il Considerando n. 11 menziona gli istituti finanziari: questi, a fini di indagine, accertamento o perseguimento di reati, «conservano determinati dati

l'articolo 13, paragrafo 3, della Direttiva: tale disposizione, infatti, stabilisce che gli Stati membri possano adottare misure legislative intese a ritardare, limitare o escludere la comunicazione di informazioni all'interessato, ogniqualvolta ciò comprometta le indagini, la prevenzione o il perseguimento dei reati, ovvero la sicurezza pubblica e, nondimeno, i diritti e le libertà fondamentali altrui. La norma, pertanto, non solo consente il differimento, ma legittima qualsiasi forma di manifestazione preventiva di comunicazione.

Tutto ciò premesso ben si potrebbe tradurre, nell'attuale contesto empirico di riferimento, nella possibilità, per le autorità di pubblica sicurezza, di geolocalizzare i soggetti sottoposti a quarantena obbligatoria, per monitorare gli eventuali spostamenti non concessi, condotta che potrebbe assumere rilevanza ai sensi dell'art. 438 c.p.; in tal senso, l'attività di trattamento potrebbe risultare preordinata a prevenire il reato di epidemia, garantendo al contempo la sicurezza pubblica e la tutela dei diritti fondamentali altrui alla salute e, alla luce del particolare fenomeno pandemico, alla vita stessa.

Le attività di trattamento condotte *inaudita altera parte*, inoltre, potrebbero essere volte a verificare la veridicità delle dichiarazioni contenute all'interno delle autodichiarazioni che ogni cittadino deve compilare per legittimare i propri spostamenti: si ricorda, al riguardo, che l'art. 483 c.p. punisce chiunque attesti falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità. In tal caso, l'autorità pubblica potrebbe monitorare gli spostamenti del soggetto, al fine di constatarne la corrispondenza rispetto ai tragitti dichiarati nell'autodichiarazione; inoltre – e questo potrebbe costituire un punto molto critico –, attraverso l'incrocio dei dati relativi alla dislocazione dei contagiati presenti in un predeterminato

raggio d'azione, si potrebbe verificare se l'interessato sia entrato più o meno volontariamente in contatto con un altro soggetto positivo al virus.

Quanto appena affermato non risulta contraddetto dalle recenti posizioni adottate dal Comitato europeo per la protezione dati, giacché queste risultano circoscritte all'enucleazione di condizioni di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento dati secondo le forme del Regolamento 2016/679/Ue.

Ne consegue, pertanto, che tali indicazioni non comprimono la *vis* applicativa della Direttiva in esame. Al contrario, il regime derogatorio introdotto all'articolo 13, paragrafo 3, risulta più rigoroso rispetto alle tutele che sono invece predisposte dal Regolamento n. 679: più precisamente, ai sensi della Direttiva, l'autorità pubblica potrà omettere ogni comunicazione all'interessato avente ad oggetto il periodo di conservazione dei dati personali, la base giuridica per il trattamento, le categorie di destinatari dei dati personali, anche in paesi terzi o in seno a organizzazioni internazionali, ma soprattutto ulteriori informazioni, in particolare nel caso in cui i dati personali siano raccolti all'insaputa dell'interessato. Il riferimento a "ulteriori informazioni" risulta alquanto vago e ambiguo, potendo costituire un parametro di incertezza definitoria che potrà essere colmato, in misura eterogenea e variabile, da ciascun Stato membro.

L'esame della Direttiva evidenzia forti e numerose potenzialità applicative, ma disvela molteplici incertezze circa la corretta normativa da applicare, che saranno oggetti di una breve analisi conclusiva nel successivo paragrafo.

### 3. Brevi considerazioni conclusive

Le evidenze empiriche più recenti confermano che l'impiego della tecnologia possa apportare significativi benefici per la tutela della salute. Al

contempo, occorre riflettere sul rapporto tra utilitarismo e tutela della collettività, al fine di scorgere il grado massimo di compressione dei diritti del singolo necessario per apportare benefici generalizzati all'intera collettività.

Tale riflessione è tanto più necessaria alla luce delle disposizioni contenute nella Direttiva 2016/680/UE, confinata fino ad ora nel dimenticatoio, all'ombra del Regolamento 2016/679/UE (il cd. GDPR), che fino ad ora ha ricevuto maggiore clamore mediatico. L'incertezza applicativa della Direttiva opacizza i confini con il GDPR, generando problemi di coordinamento tra i due strumenti: le definizioni ampie di "autorità pubblica", come si è osservato in precedenza, non chiarificano il rapporto tra le due fonti

normative; del pari, le norme di recepimento nazionale costituiscono piuttosto un'occasione persa per apprestare i livelli essenziali di certezza giuridica.

I tempi particolari, tuttavia, potrebbero in realtà costituire la prima vera e utile occasione per rivitalizzare la valenza applicativa della Direttiva, che costituisce fino ad ora un obliato fondamento giuridico che giustificherebbe il ricorso alla tecnologia per il contrasto al contagio. Ciò implica, d'altra parte, una nuova rimediazione dell'intera disciplina della *data protection* nella più ampia cornice della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, che risulta ancora contraddistinta da grande frammentazione.

(23 aprile 2020)



## Telemedicina ed emergenza sanitaria: un grande rimpianto per il nostro Paese

**Carlo Botrugno**

*Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze e Coordinatore del Research Unit on Everyday Bioethics and Ethics of Science (RUEBES).*

*Mail: [carlo.botrugno@gmail.com](mailto:carlo.botrugno@gmail.com)*

### 1. Introduzione

In un articolo del 1971 pubblicato su *The Milbank Quarterly*, lo studioso Abdel Omran presentava una teoria destinata a tracciare un solco nella storia dell'epidemiologia (e non solo). Dividendo la comunità scientifica di allora, Omran sostenne che all'interno dei paesi industrializzati si assisteva a una «transizione epidemiologica», ovvero, al progressivo incremento delle patologie di natura cronico-degenerativa sul totale dei problemi di salute della popolazione, e alla contestuale riduzione dell'incidenza di quelle di natura infettiva<sup>1</sup>. Nei decenni successivi, infatti, la gestione delle patologie cronico-degenerative divenne un punto di riferimento ineludibile di ogni discorso pubblico e non, relativo all'organizzazione dei sistemi sanitari all'interno dei paesi industrializzati, così come provato dalla sterminata mole di documenti normativi e di orientamento che, nelle ultime due decadi fanno riferimento alla gestione della popolazione anziana come una delle maggiori sfide dei sistemi sanitari contemporanei<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> A. OMRAN, *The Epidemiologic Transition: A Theory of the Epidemiology of Population Change*, in *The Milbank Quarterly*, 83, 4, 2005, 731-757.

A mezzo secolo di distanza dall'emersione di quella visione pionieristica, tuttavia, assistiamo a un repentino e tragico ribaltamento di quella transizione epidemiologica, con la diffusione del virus CoViD-19 che, da una parte, ha colpito in misura maggiore proprio i paesi industrializzati, e dall'altra ha causato un'elevata mortalità presso la popolazione più anziana<sup>3</sup>. Com'è evidente, quindi, siamo dinanzi alla necessità di ripensare radicalmente l'organizzazione e il funzionamento dei sistemi sanitari, tanto nel breve e medio termine, per fare fronte alla grave e persistente emergenza sanitaria causata dalla diffusione del virus, quanto, nel lungo termine, per difenderci da eventuali minacce dello stesso genere che dovessero eventualmente sorgere in futuro.

Nel drammatico contesto vissuto oggi dal nostro paese, da più parti si invoca il ricorso alle nuove tecnologie al fine di rendere più efficace la strategia di contenimento del contagio e, in particolare, quel distanziamento sociale che finora rappresenta la principale risposta (extra-clinica) adottata dai governi dei paesi colpiti, in attesa che la sperimentazione di farmaci e vaccini faccia il proprio corso. Accanto alle tecnologie che possono agevolare il compito di chi è preposto a controllare l'osservanza delle misure di distanziamento da parte della popolazione, tuttavia, vi è un'altra forma di innovazione tecnologica in grado di apportare un contributo fondamentale nel tentativo di arginare l'emergenza sanitaria, ovvero, la telemedicina. Questo vocabolo, che sorge letteralmente dall'incontro tra telematica e medicina, è oggi utilizzato per fare riferimento a un'innovativa concezione di intervento

<sup>2</sup> Commissione europea, *The 2018 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2016-2070)*, <https://bit.ly/36pfXrb>.

<sup>3</sup> Sinteticamente, *Studio dell'Istituto superiore di sanità su Covid-19*, <https://bit.ly/3c1w7bP>.

sanitario, descritta in maniera esaustiva dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come «la fornitura di servizi sanitari in situazioni in cui la distanza è un fattore critico, da parte di qualsiasi professionista della salute, utilizzando tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo scambio di informazioni rilevanti per la diagnosi, il trattamento, la prevenzione, la ricerca e la formazione continua dei professionisti, con l'obiettivo ultimo di incrementare la salute di individui e popolazione»<sup>4</sup>. Al di là delle criticità sollevate dall'adozione di una definizione così ampia – potenzialmente in grado di includere ogni utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e, quindi, più calibrata sull'*eHealth* che sulla telemedicina<sup>5</sup> – quest'ultima ha il merito indiscusso di evocare in maniera chiara il potenziale contributo che l'utilizzo di tali tecnologie può assumere per fornire assistenza sanitaria superando eventuali barriere e ostacoli di carattere spaziale e temporale.

Vale la pena ricordare che l'emersione della telemedicina avviene attorno alla metà del secolo scorso, attraverso i primi progetti sperimentali concepiti proprio al fine di intervenire in situazioni di emergenza, tra cui quelle derivanti da disastri naturali come terremoti o inondazioni. Non è un caso che gran parte delle sperimentazioni condotte a partire dagli anni sessanta siano state finanziate negli Stati Uniti, e in particolare dalla N.A.S.A., che aveva un interesse concreto allo sviluppo dei servizi a distanza anche al fine di migliorare l'assistenza agli astronauti impegnati in missioni orbitali. Nei decenni successivi,

si è assistito a una proliferazione delle sperimentazioni di telemedicina, in corrispondenza al progressivo incremento della capacità di trasmissione di dati da parte delle nuove tecnologie e alla parallela riduzione del loro costo.

Nel contesto odierno, grazie alla pervasiva diffusione delle reti di connessione wireless e alla grande accessibilità dei dispositivi portatili – tra cui vanno annoverati anche i sensori (e i microsensori) indossabili, impiantabili e perfino ingeribili –, la telemedicina può dispiegare tutto il proprio potenziale, e muovere (finalmente) il fulcro dell'intervento sanitario dal livello specialistico-ospedaliero a quello territoriale dell'assistenza primaria, o in alcuni casi, direttamente al domicilio dei pazienti.

## 2. La *policy* pubblica per lo sviluppo della telemedicina

Nelle ultime due decadi l'Unione europea ha profuso uno sforzo notevole al fine di incoraggiare i governi dei paesi membri a promuovere la diffusione dei servizi di telemedicina all'interno dei rispettivi sistemi sanitari, stimolando, in parallelo, la digitalizzazione dei processi clinici e di gestione in sanità sotto l'egida del Mercato Unico Digitale e, in particolare, all'interno del programma che per lungo tempo è stato denominato, evocativamente, *Ageing Well with ICTs*<sup>6</sup>. Per quanto riguarda il nostro paese, la promozione della telemedicina è stata assorbita dalla più ampia *e-Health Information Strategy*, adottata dal Ministero della Salute a partire dal

<sup>4</sup> Organizzazione Mondiale della Sanità, *Telemedicine. Opportunities and developments in member states. Report on the Second Global Survey on e-Health*, 2010, Ginevra (traduzione dall'originale in inglese).

<sup>5</sup> A questo proposito si rinvia più estesamente alle considerazioni svolte in C. BOTRUGNO, *Telemedicine in daily practice: addressing legal challenges while*

*waiting for a EU regulatory framework*, in *Health Policy and Technology*, 7,2, 2018, 131-136.

<sup>6</sup> Cfr., *ex multis*, COM(2004) 356; COM(2008) 689; COM(2012) 736; COM(2014) 219; COM(2018) 233. Per un'analisi più dettagliata della *policy* europea in questo settore si rinvia a C. BOTRUGNO, *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Politica del diritto*, 3, 2014, 127-156.

2008<sup>7</sup>. Inoltre, il Piano Sanitario Nazionale 2011-2013 rafforzava ulteriormente la centralità della telemedicina – almeno sulla carta –, riconoscendole la capacità di stimolare una trasformazione dell'intero assetto organizzativo del SSN<sup>8</sup>. Nel 2014, infine, un gruppo di lavoro *ad hoc* presso il Consiglio Superiore della Sanità emanava le *Linee di indirizzo per lo sviluppo della telemedicina*, che oggi rappresentano l'unico riferimento disponibile a livello istituzionale nel nostro paese. Come analizzato ampiamente in precedenti lavori<sup>9</sup>, questo documento si limitava a proporre un'illustrazione – sovente condotta in maniera acritica – delle possibilità offerte da questa innovativa concezione di intervento, senza tuttavia fornire strumenti concreti (principi, criteri, ecc.) utili a orientare l'attività di professionisti sanitari e a sostenere l'integrazione di tali servizi all'interno delle istituzioni di cura. Invero, oltre a un generico orientamento di favore per l'utilizzo dei servizi a distanza, le Linee di indirizzo mostravano profili di carattere contraddittorio che non hanno certo contribuito allo sviluppo coerente e uniforme dei servizi di telemedicina sul territorio nazionale. È appena il caso di ricordare, infatti, che l'interesse per la telemedicina nel nostro paese è cresciuto nel corso degli anni soprattutto grazie all'iniziativa di alcuni centri di eccellenza che hanno iniziato a offrire le innovative prestazioni a distanza in alternativa alle più convenzionali modalità di assistenza. Tuttavia, come sottolineato a più riprese dalla Commissione europea, uno dei più grandi ostacoli per la diffusione della

telemedicina nella pratica medica ordinaria è l'incertezza normativa che ne circonda l'utilizzo. Per quanto concerne il nostro paese, invero, parlare di incertezza normativa può sembrare quantomeno eufemistico dal momento che siamo dinnanzi a un autentico *vacuum* giuridico, che funge da deterrente anche per gli investimenti dei privati nel settore<sup>10</sup>.

Al di là delle Linee di indirizzo del 2014, la successiva inerzia del legislatore testimonia chiaramente lo scarso interesse che la nostra classe politica ha tributato alle possibilità offerte dalla telemedicina. Ai governi che si sono succeduti nell'ultimo decennio, in particolare, spettava l'onere di portare a compimento la *policy* a sostegno dei servizi di telemedicina – e, più in generale, dei processi di digitalizzazione in sanità – adottata a livello europeo, il che avrebbe fatto strada all'eventuale istituzione di una “rete di telemedicina nazionale”, ovvero, una piattaforma tecnologica in grado di offrire servizi sanitari a distanza, e che fosse calibrata sui bisogni della popolazione e integrata nel SSN. L'istituzione di questa rete avrebbe posto le basi per una diffusione uniforme e coerente della telemedicina, consentendo l'inserimento a pieno titolo dei servizi a distanza all'interno di quel “nucleo irriducibile” del diritto alla salute attraverso cui è garantito il livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost<sup>11</sup>.

<sup>7</sup>Cfr. *National e-Health Information Strategy*, <https://bit.ly/36oKqGc>.

<sup>8</sup> Cfr. *Piano Sanitario Nazionale 2011-2013*, <https://bit.ly/2AKem3x>.

<sup>9</sup> Sia consentito rinviare a C. BOTRUGNO, *La diffusione dei modelli di cura a distanza: verso un diritto alla telesalute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2014, 161-177.

<sup>10</sup>Vale la pena ricordare che la Francia ha adottato da tempo una normativa per regolare l'utilizzo della telemedicina, e segnatamente alcuni profili relativi alla responsabilità dei professionisti che operano a distanza, vero punto dolente del dibattito giuridico sulla telemedicina.

<sup>11</sup> Sulla configurabilità di questa ipotesi a livello teorico, cfr. C. BOTRUGNO, *La diffusione dei modelli di cura a distanza: verso un diritto alla telesalute*, cit., 172 ss.

### 3. Come conciliare sanità pubblica e telemedicina: due esempi concreti

Oggi più che mai, la frustrazione derivante dal fatto di non aver adottato in precedenza una politica pubblica per sostenere lo sviluppo della telemedicina si aggrava allorché si volga lo sguardo ad alcune esperienze di successo maturate in altri paesi. Tra queste, in particolare, vale la pena menzionare sinteticamente quelle del Portogallo e del Brasile, entrambe ispirate dalla ricerca di un equilibrio tra processi di innovazione tecnologica e miglioramento della qualità dell'assistenza sanitaria pubblica.

Per quanto concerne il Portogallo, già a partire dal 2013 il Ministero della Salute ha avviato una prima fase di integrazione della telemedicina all'interno del *Servicio Nacional de Saúde* (SNS). In particolare, attraverso il *Despacho do Secretário do Estado Adjunto do Ministro da Saúde*, n. 3571/2013<sup>12</sup>, si identificavano le specialità mediche da considerare come aree di sviluppo prioritario per la telemedicina, ovvero: dermatologia, fisiatria, neurologia, cardiologia, cardiologia pediatrica, pneumologia<sup>13</sup>. Tra le ulteriori indicazioni offerte dal *Despacho* vi erano alcune disposizioni relative ad aspetti essenziali per la definizione di una strategia di promozione della telemedicina che risultasse coerente con il tenore dei principi che presiedono al funzionamento del SNS. In questo contesto, per esempio, si stabilì – nella misura del possibile – una preferenza generale per i teleconsulti effettuati in tempo reale, e si raccomandò che almeno il primo contatto tra professionista e paziente remoto fosse effettuato in forma presenziale. Quest'indicazione, peraltro, appariva conforme a un orientamento

<sup>12</sup> *Despacho do Ministério da Saúde*, n. 3571 del 6 marzo 2013, *Diário da República*, n. 46, II Série.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ex multis*, A. STEVENTON, M. BARDSLEY, J. BILLINGS et al., *Effect of telehealth on use of secondary care and*

consistente emerso nella letteratura specializzata<sup>14</sup>, secondo cui si raccomanda di combinare i servizi di telemedicina con quelli di carattere virtuale, o almeno – come effettivamente stabilito dal *Despacho* del 2013 – di prevedere un primo contatto dal vivo per garantire un determinato standard di qualità dell'assistenza sanitaria senza rinunciare ai benefici offerti dall'utilizzo delle nuove tecnologie.

Sulla base di questo primo input dettato dal Ministero della Salute, è stato possibile integrare il sistema informatico già in un uso all'interno del SNS, il c.d. PDS (*Plataforma de Dados de Saúde*), arricchendolo della funzionalità "Live". In questo modo, è stato possibile inserire il teleconsulto specialistico nell'arco delle prestazioni offerte dal SNS, in modo che operasse da raccordo tra i servizi di secondo livello e la rete dei centri di assistenza primaria sparsi sul territorio. Con riferimento all'esperienza brasiliana, invece, il programma di *Telessaúde* finanziato a partire dal 2011 dal governo federale testimonia un'interessante declinazione di innovazione tecnologica calibrata sulle esigenze di un territorio attraversato e diviso da barriere geografiche e distanze notevoli, così come, per altro verso, percorso da una grande eterogeneità sociale, culturale ed economica. Il programma di *Telessaúde* unisce le equipe di salute che operano sul territorio – a cui è assegnato il compito di fornire le attività di assistenza sanitaria di base – ai grandi centri ospedalieri collocati nelle aree urbane, le più sviluppate economicamente. L'obiettivo primario della *Telessaúde*, infatti, è quello di contribuire alla qualificazione professionale e al sostegno delle attività afferenti all'assistenza di base attraverso

*mortality: findings from the Whole System Demonstrator cluster randomized trial*, in *British Medical Journal*, 344, 2012.

i servizi di teleconsulto, telediagnosi, *second opinion* formativa e tele-formazione<sup>15</sup>. Questi servizi sono erogati tanto in forma sincrona (*web-chat* o collegamento audio/video), quanto *offline*, attraverso lo scambio telematico di comunicazioni in forma scritta (con tempo di risposta entro 72 ore)<sup>16</sup>.

La rete di *Telessaúde*, pertanto, non si rivolge direttamente ai pazienti, ma è concepita per sostenere i professionisti dell'assistenza primaria nella risoluzione dei casi di difficile interpretazione, favorendo di conseguenza la formazione di un sapere condiviso, la cui gestione spetta in via esclusiva all'equipe di salute locale, che lo adatterà alle caratteristiche socio-culturali e alle condizioni epidemiologiche della popolazione di riferimento.

Tuttavia, l'emergenza sanitaria derivante dalla diffusione del CoViD-19 ha indotto il Ministero della Salute brasiliano a estendere l'utilizzo dei servizi a distanza in modo da permettere anche ai pazienti di interagire direttamente con i professionisti sanitari, seppure in via temporanea<sup>17</sup>. In questo modo, la *Telessaúde* può dispiegare tutto il proprio potenziale per il contrasto dell'epidemia, sia informando e orientando pazienti e professionisti sanitari sulle misure di contenimento del contagio attraverso le attività di

tele-formazione, sia intensificando l'utilizzo dei servizi diagnostici preesistenti, tra cui, in particolare, quelli legati all'area pneumologica<sup>18</sup>.

#### 4. Conclusioni. Telemedicina e CoViD-19: un grande rimpianto

Nella situazione drammatica vissuta oggi dal nostro paese, poter fare affidamento su una "rete nazionale di telemedicina" avrebbe consentito di attivare un complesso di misure in linea con la strategia di contenimento del contagio. In particolare, la mediazione tecnologica può assumere un ruolo fondamentale per organizzare al meglio tanto l'attività di prevenzione e screening, quanto la gestione e il trattamento dei pazienti già contagiati. È per questo motivo, infatti, che il Governo ha lanciato una *Fast Call* rivolta a individuare "le migliori soluzioni digitali disponibili relativamente ad app di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti"<sup>19</sup>. Pochi giorni dopo, inoltre, è l'Istituto Superiore di Sanità a emanare un rapporto contenente "Indicazioni *ad interim* per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria"<sup>20</sup>.

L'esplosione dell'interesse per la telemedicina, peraltro, è dimostrata anche dalla recente attivazione di servizi a distanza su tutto il territorio nazionale, tra cui si segnalano, da una parte,

<sup>15</sup> C. BOTRUGNO, M.S. FERNANDES, E.J.R. GOLDIM, *The Telehealth Brazil Networks: a socially-engaged technological system*, in *Latin-American Journal of Telehealth*, 1, 6, 2019, 44-58.

<sup>16</sup> Brasile, Ministero della Salute, *Manual de Telessaúde para Atenção Básica / Atenção Primária à Saúde*, <https://bit.ly/2XnSe6C>.

<sup>17</sup> Il provvedimento è stato adottato, in via provvisoria, in deroga al divieto di offrire servizi di telemedicina direttamente ai pazienti, stabilito all'interno del Codice di Deontologia Medica del 2009. Tale provvedimento è contenuto all'interno della *Portaria* n. 467, del 20 marzo 2020, <https://bit.ly/3ea9003>.

<sup>18</sup> In particolare, si veda il servizio RespiraNet, offerto dal nucleo di *Telessaúde* dello Stato del Rio Grande do

Sul (anche denominato *Telessaúde RS*) che consiste nell'effettuare la spirometria presso qualunque centro di assistenza sanitaria locale, inviando poi l'esame per il referto presso un ospedale specializzato.

<sup>19</sup> A questo obiettivo si aggiungeva quello di identificare "tecnologie per il monitoraggio "attivo" del rischio di contagio", che hanno poi portato all'adozione dell'app Immuni.

<sup>20</sup> Cfr. Rapporto ISS COVID-19 n. 12/2020. Il rapporto è stato pubblicato in data 13 aprile 2020, in coincidenza con la pubblicazione di questo scritto, il che ha reso impossibile proporre una disamina analitica in questa sede, anche per ragioni di spazio.

quelli volti a beneficio dei pazienti affetti da COVID-19 e dimessi dagli ospedali – come quello attivato dall’Ospedale di Lodi<sup>21</sup> –, e dall’altra, quelli finalizzati all’erogazione a distanza dell’assistenza specialistica e poliambulatoriale<sup>22</sup>. Com’è evidente, infatti, la telemedicina può rappresentare un’alternativa preziosa per garantire continuità assistenziale in una situazione in cui vi è l’esigenza di tutelare maggiormente anche gli stessi operatori sanitari, proteggendoli dall’esposizione al rischio di contagio.

Infine, preme sottolineare che una rete nazionale di servizi a distanza avrebbe permesso di attivare in tempi brevi un’assistenza integrativa a beneficio di una serie di soggetti privati della libertà personale, tra cui migranti e i richiedenti asilo che si trovano reclusi nei centri di identificazione, e i detenuti negli istituti penitenziari. Non è un caso che la popolazione detenuta, in particolare, abbia reclamato con ogni mezzo l’adozione di misure di tutela specifiche, in un contesto che, alla luce della condizione di grave sovraffollamento degli istituti penitenziari,

avrebbe potuto assumere risvolti tragici, attesa l’impossibilità di adottare alcuna effettiva misura di distanziamento sociale al loro interno. A questo proposito, preme sottolineare che sono già emersi i primi casi di positività all’interno degli istituti penitenziari, tra cui quelli rilevati all’interno della Casa Circondariale di Verona, con 30 detenuti e 20 agenti della Polizia Penitenziaria infettati dal COVID-19<sup>23</sup>.

In una situazione di emergenza quale quella attuale, pertanto, la telemedicina avrebbe rappresentato una risorsa preziosa all’interno di queste strutture, da una parte, per continuare a garantire l’erogazione dell’assistenza sanitaria compatibilmente con la necessità di ridurre il contatto diretto tra operatori sanitari e pazienti detenuti; dall’altra, offrendo una soluzione concreta per rilevare più rapidamente eventuali casi di trasmissione del virus, e quindi intervenire tempestivamente per proteggere la salute dei reclusi e di ogni altro soggetto venuto a contatto con questi ultimi.

(19 maggio 2020)

<sup>21</sup> Notizia riportata dalle agenzie di stampa, <https://bit.ly/2Tu8q58>.

<sup>22</sup> Tra i vari servizi di telemedicina attivati nelle ultime settimane: Regione Lazio, piattaforma di telemedicina per i specialisti ambulatoriali: [http://www.quotidianosanita.it/lazio/articolo.php?articolo\\_id=82737](http://www.quotidianosanita.it/lazio/articolo.php?articolo_id=82737); Città della Salute di Torino, servizi di tele cardiologia e teleneurologia, <https://bit.ly/2WWopLM>; Aosta: <https://bit.ly/2Zp87wx>; Policlinico di Bari, robot per teleconsulto specialistico: <https://bit.ly/3bR77nv>; Ospedale di Foligno, attivazione di servizio di

telemedicina per pazienti affetti da sclerosi: <https://bit.ly/3cW04v0>; Università Federico II di Napoli, teleassistenza per pazienti affetti da diabete: <https://bit.ly/3cXzqlp>; Policlinico di Palermo, servizi di telemedicina per ematologia e medicina orale: <https://bit.ly/2ziY3dm>; Treviso, servizi di teleradiologia: <https://bit.ly/2WRdnHw>.

<sup>23</sup> Notizia riportata il 10 aprile 2020, <https://www.ildubbio.news/2020/04/10/allarme-covid-al-carcere-verona-trenta-detenuti-e-venti-poliziotti-positivi/>.

## Un'«imposizione democratica»: l'ordinamento costituzionale tedesco di fronte alla pandemia

Irene Domenici

Dottoranda in Diritto Sociale, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Monaco di Baviera.

Mail: [domenici@mpisoc.mpg.de](mailto:domenici@mpisoc.mpg.de).

Tim Rohmann

Research Fellow, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Monaco di Baviera.

Mail: [rohmann@mpisoc.mpg.de](mailto:rohmann@mpisoc.mpg.de).

### 1. Introduzione

L'esplosione della pandemia CoViD-19 ha posto grandi sfide all'ordine costituzionale tedesco. Mentre l'esecutivo cerca di far fronte all'emergenza e le corti e il parlamento di garantire il mantenimento delle garanzie costituzionali, il dibattito della dottrina giuridica è intenso: non sono mancati richiami allo stato d'emergenza schmittiano<sup>1</sup> e riferimenti alle attuali misure come alle «più drastiche restrizioni dei diritti fondamentali dalla nascita della Repubblica Federale»<sup>2</sup>.

La tensione gravante sull'ordine costituzionale e sullo stato democratico e sociale tedesco è stata ben colta dalle parole della Cancelliera Angela Merkel che, in un discorso al *Bundestag* del 23

aprile 2020, ha definito l'attuale pandemia una «imposizione democratica»<sup>3</sup>.

### 2. Il ruolo del federalismo nella gestione della pandemia

Notevole pressione si è riversata, innanzitutto, sulla forma di stato federale e sulla divisione di competenze tra Federazione e Stati (*Länder*). Improvvisamente, la mancanza di competenza federale nel controllo delle infezioni è stata avvertita come possibile fattore problematico nella gestione di un'emergenza di portata nazionale<sup>4</sup>. In linea generale, l'articolo 30 GG (*Grundgesetz*) prevede il principio delle competenze federali enumerate, secondo il quale i *Länder* esercitano tutte le competenze statali che non siano esplicitamente assegnate alle autorità federali dalla costituzione. Questo principio viene confermato all'art. 70 GG per quanto riguarda l'esercizio di poteri legislativi e all'art. 83 per l'esecuzione delle leggi federali. La protezione dai pericoli per la pubblica sicurezza spetta quindi ai *Länder*. Per quanto riguarda specificamente la protezione dalle infezioni, l'esecuzione della *Infektionsschutzgesetz* (IfSG) ricade nella competenza degli Stati<sup>5</sup>. L'applicazione delle misure da questa previste può perciò avvenire solo tramite i *Länder* e le autorità locali, rimanendo in capo alla Federazione solamente la possibilità di fornire raccomandazioni non vincolanti<sup>6</sup>. Il rischio implicato

<sup>1</sup> U. VOLKMANN, *Der Ausnahmezustand*, VerfBlog, 2020/3/20, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/> (ultima consultazione di tutti i siti citati: 11/05/2020).

<sup>2</sup> A. KLAFKI, *Der Immunitäts-ausweis und der Weg zurück in ein freiheitliches Leben*, in VerfBlog, 04.05.2020, <https://bit.ly/2Tu7xtn>.

<sup>3</sup> D. BRÖSSLER, *Eine demokratische Zumutung*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23.04.2020, <https://bit.ly/2TxptUd>.

<sup>4</sup> J. MÜLLER-NEUHOF, *Coronakrise in Deutschland: Wir müssen uns auf eine historische Einschränkung bürgerlicher Freiheit einstellen*, in *Der Tagesspiegel*,

19.03.2020, <https://bit.ly/2LU6zIW> e P. THIELBÖRGER; B. BEHLERT, *COVID-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor dem Hintergrund neuer Gesetze*, in VerfBlog, 30.03.2020, <https://bit.ly/2LRILiY>.

<sup>5</sup> Per una panoramica vd. G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 18.03.2020, 72.

<sup>6</sup> Non potendo far altro che sperare che le autorità dei *Länder* le seguano, vd. A. KLAFKI, A. KIEBLING, *Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Germany*, in VerfBlog, 20.03.2020, <https://bit.ly/3eeKknB>.



da una tale decentralizzazione e da un'attuazione diversificata delle misure è stato fortunatamente mitigato dall'ampia cooperazione messa in atto in questo stato di emergenza tra Federazione e autorità statali. Strumenti come la *Ministerpräsidentenkonferenz*, conferenza che riunisce i Primi Ministri dei *Länder* assieme al Cancelliere federale per armonizzare l'azione in materie di competenza statale, favoriscono un coordinamento tra gli Stati e il livello federale, assicurando l'esistenza di un «federalismo cooperativo»<sup>7</sup>.

Inoltre, il 25 marzo 2020 la *Infektionsschutzgesetz* è stata modificata dal *Bundestag* per aumentare i poteri di coordinamento delle autorità federali. Il nuovo § 5 prevede che, in caso di emergenza epidemica di portata nazionale dichiarata dal *Bundestag*<sup>8</sup>, il Ministro federale della sanità abbia il potere di emanare una serie di ordinanze in deroga alla stessa legge riguardanti *inter alia* il personale medico, le imprese di trasporti, le persone che rientrano nel Paese e la distribuzione di medicinali. Il § 5 c. 6 prevede esplicitamente il potere per il Ministero federale della sanità di formulare raccomandazioni per consentire il coordinamento all'interno della federazione. Queste raccomandazioni dovranno essere formulate sulla base di quelle fornite dall'Istituto Robert Koch, l'autorità federale per la prevenzione delle malattie trasmissibili e della diffusione delle infezioni<sup>9</sup>, al quale spetta anche il compito di coordinare la cooperazione tra dei *Länder* tra loro e con la Federazione<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> L'esistenza di una «situazione epidemica di rilevanza nazionale» a cause della diffusione del nuovo Coronavirus è stata accertata lo stesso giorno dal *Bundestag*, Plenarprotokoll 19/154, p. 19169C, <https://bit.ly/2TuP7sE>.

<sup>9</sup> IfSG, § 4.

<sup>10</sup> IfSG, § 5 c. 7.

Il trasferimento di così ampi poteri decisionali dai *Länder* e dal *Bundestag* all'esecutivo federale è, tuttavia, stato duramente criticato da parte della dottrina tedesca che ha sottolineato, in particolare, come l'affidamento al Ministro della Sanità di un indifferenziato potere di derogare alle disposizioni di legge non sia compatibile con le norme costituzionali, tra cui l'art. 80 c. 1 GG<sup>11</sup>. Si teme, infatti, l'istituzione di una «clausola di emergenza costituzionale non scritta» che permetterebbe di derogare alle norme fondamentali sulla divisione dei poteri dello stato in tempo di crisi<sup>12</sup>. Il diritto costituzionale tedesco, infatti, non prevede alcun regime speciale che autorizzi una centralizzazione delle competenze in capo alla Federazione in situazioni di emergenza interne.

La necessità di un intervento congiunto per far fronte all'epidemia era già stata sottolineata nel vertice del 12 marzo 2020, in cui il governo federale e i Primi Ministri dei *Länder* si erano accordati sulle misure per rallentare la diffusione del virus, tutelare i gruppi vulnerabili e rafforzare le capacità ospedaliere<sup>13</sup>. Tra queste, in particolare, la possibile chiusura di scuole e asili e l'annullamento di eventi con più di mille partecipanti. Ulteriori linee guida per un'azione uniforme sono state definite il 16 marzo 2020 nel vertice di crisi di governo federale e *Länder*<sup>14</sup>. Le misure così concordate allo scopo di limitare i contatti sociali in ambienti pubblici, dirette soprattutto alla chiusura al pubblico di determinati luoghi, attività o esercizi commerciali, sono state però attuate con modalità, intensità e tempistiche

<sup>11</sup> Vd. *inter alia*, K. GÄEDITZ, F. MEINEL, *Unbegrenzte Ermächtigung?*, in *FAZ*, 26.03.2020, <https://bit.ly/3cW1Zjc>; C. MÖLLERS, *Parlamentarische Selbst-entmächtigung im Zeichen des Virus*, in *VerfBlog*, 26.03.2020, <https://bit.ly/3gbeYPX>.

<sup>12</sup> C. MÖLLERS, *op. cit.*

<sup>13</sup> Si veda <https://bit.ly/2LPYIG7>.

<sup>14</sup> Si veda <https://bit.ly/2Xk9Wbo>.

diverse nei singoli *Länder*. Per quanto riguarda le restrizioni all'uscita di casa (*Ausgangssperre*), i primi regolamenti sono stati emanati in Baviera<sup>15</sup> e a Friburgo<sup>16</sup> tra il 18 e il 20 marzo. Successivamente, nella serata di domenica 22 marzo, l'imposizione del coprifuoco è stata concordata tra i governi statali e la Federazione e così estesa a tutto il territorio federale. Anche in questo caso, l'attuazione ha avuto portata diversa a seconda dei singoli *Länder*<sup>17</sup>.

La base giuridica per le misure restrittive si può rinvenire al § 28 IfSG, anch'esso interessato dalla modifica del 25 marzo. Precedentemente, la dottrina aveva messo in dubbio l'adeguatezza dell'articolo a fornire base giuridica legittimante interventi riduttivi delle libertà fondamentali. Il § 28 c. 1 frase 2 consentiva, infatti, l'imposizione di un ordine di quarantena limitatamente ai malati o sospetti tali e l'adozione di altre «misure di protezione necessarie», ma in ogni caso solo temporaneamente fino all'attuazione di altre misure protettive. Si considerava, dunque, che una limitazione dei diritti fondamentali tramite imposizione di un coprifuoco generale e indeterminato non potesse essere basata su questa disposizione<sup>18</sup>. Per questo motivo, il disegno di legge sulle modifiche alla IfSG ha proposto la revisione del § 28 c. 1. In particolare, è stata eliminata la

frase che condizionava temporalmente le misure alla messa in atto di ulteriori meccanismi di protezione. Si è esteso, peraltro, l'elenco di diritti fondamentali che possono essere legittimamente limitati. Il dibattito sull'adeguatezza della base giuridica è, però, rimasto parzialmente aperto a causa dell'indicazione secondo la quale le modifiche del § 28 sarebbero avvenute solo «per motivi di chiarezza giuridica» e non invece per estendere effettivamente l'ambito della norma<sup>19</sup>.

L'applicazione di questa disposizione da parte dei singoli *Länder* è avvenuta in gran parte mediante atti amministrativi di portata generale (*Allgemeinverfügung*) o atti dell'esecutivo indirizzati al pubblico dal ministro della salute (*Rechtsverordnungen*). Anche in questo caso, si osserva l'esistenza di ampie competenze dell'esecutivo nell'implementazione delle misure.

L'ampio trasferimento di poteri in capo all'esecutivo durante l'emergenza CoViD-19 riflette esattamente l'impressione generale secondo la quale, in tempo di crisi, l'azione spetta innanzitutto al governo<sup>20</sup>.

Nondimeno, l'azione legislativa non è mancata. Il *Bundestag* ha, infatti, emanato varie leggi per mitigare gli effetti della pandemia. Questi interventi sono avvenuti con una velocità inedita e su

<sup>15</sup> Vollzug des Infektionsschutzgesetzes (IfSG), Vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 20. März 2020, Az. Z6a-G8000-2020/122-98, <https://www.verkuendung-bayern.de/baymb/2020-152/>.

<sup>16</sup> Allgemeinverfügung der Stadt Freiburg im Breisgau über ein Betretungsverbot für öffentliche Orte zur Eindämmung der Verbreitung des Corona-Virus SARS-CoV-2, 20.03.2020, <https://bit.ly/2XiFmip>.

<sup>17</sup> Per un'esemplificazione dei «divieti di contatto» nei vari stati, vd. H. RUSCHEMEIER, S. D. PETERS, *Allein im öffentlichen Raum: Social Distancing zwischen Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverbot*, in *VerfBlog*, 22.03.2020, <https://bit.ly/2ASXsQt>.

<sup>18</sup> A. KLAFKI, *Corona-Pandemie: Ausgangssperre bald auch in Deutschland?*, in *JuWissBlog*, 27, 2020, 18.3.2020, <https://www.juwiss.de/27-2020/>; T. KINGREEN, *Whatever it Takes?: Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona*, in *VerfBlog*, 20.03.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>.

<sup>19</sup> C. MÖLLERS, *op. cit.*; S. JÜRGENSEN, F. ORLOWSKI, *Critique and Crisis: The German Struggle with Pandemic Control Measures and the State of Emergency*, in *VerfBlog*, 19.04.2020, <https://bit.ly/3ggMGDC>.

<sup>20</sup> «Es ist die Stunde der Exekutive»: espressione costantemente ripetuta anche in relazione all'attuale crisi epidemica, vd. M. LEHMING, *Die Stunde der Exekutive: Wie die Coronakrise die Herrschenden stärkt*, in *Der Tagesspiegel*, 30.03.2020, <https://bit.ly/2LRFAYk>.

una scala senza precedenti. Soltanto nella giornata del 27 marzo, il parlamento è riuscito ad approvare sei diverse leggi allo scopo, *inter alia*, di adattare la procedura penale, civile e fallimentare<sup>21</sup>, garantire il finanziamento degli ospedali e aumentare i posti letto in terapia intensiva<sup>22</sup>. Al fine di alleviare l'impatto economico dell'emergenza, il *Bundestag* ha istituito un fondo di garanzia di 400 miliardi di euro e destinato altri 200 miliardi a partecipazioni dirette e prestiti<sup>23</sup>. Inoltre, nel cercare di attenuare gli svantaggi economici per i cittadini, ha emanato il «pacchetto di protezione sociale» (*Sozialschutzpaket*)<sup>24</sup>, abbassando i requisiti per la richiesta di assistenza sociale, aumentando il supporto per prestatori di servizi sociali e migliorando l'accesso a servizi per l'infanzia. Altra pietra angolare è stato il potenziamento delle sovvenzioni per la riduzione dell'orario di lavoro (*Kurzarbeitergeld*)<sup>25</sup>, strumento inizialmente introdotto durante la crisi finanziaria e ora disponibile per tutte le aziende in cui il 10% dei dipendenti deve affrontare riduzioni del carico di lavoro. La sovvenzione statale copre il 60% della retribuzione netta mancante – 67% per i lavoratori con figli. Incrementi fino all'80% a partire dal quarto e settimo mese sono al momento in discussione nell'ambito del cosiddetto "*Sozialschutzpaket II*".

Il relativo finanziamento è stato garantito dal bilancio suppletivo (*Nachtragshaushalt*) più sostanzioso mai visto nella storia tedesca – pari a 156 miliardi di nuovo debito – e da una riduzione del gettito fiscale di 33,5 miliardi di euro<sup>26</sup>. A questo fine, il Parlamento ha azionato una deroga

alla clausola di pareggio di bilancio contenuta all'art. 115 GG<sup>27</sup>.

In conclusione, l'esperienza federale nella pandemia può definirsi positiva, avendo finora mostrato più opportunità che svantaggi. Il coordinamento delle decisioni ha funzionato bene grazie alla disponibilità alla collaborazione dimostrata dai *Länder*<sup>28</sup>. Inoltre, la possibilità di adattare le misure alle particolarità e ai livelli di contagio delle regioni può essere riguardata positivamente. Si è sottolineato, infine, come la concorrenza tra i vari stati nell'applicazione di misure il meno restrittive possibile possa contribuire a garantire il rispetto del principio di proporzionalità nella limitazione delle libertà fondamentali<sup>29</sup>.

### 3. Il ruolo delle corti

Data l'ampia portata delle misure legislative ed esecutive attuate durante la pandemia, il potere giudiziario è stato ampiamente chiamato a salvaguardare lo stato di diritto, i diritti fondamentali e la separazione e l'equilibrio tra poteri. Secondo le prime stime, i ricorsi contro le misure adottate nel tentativo di contenere l'epidemia ammontano a circa mille casi distribuiti tra i cinque rami del potere giudiziario (corti ordinarie, tributarie, amministrative, di diritto sociale e del lavoro)<sup>30</sup>. I casi spaziano da questioni di compensazione per la perdita di lavoro dovuta alla chiusura delle attività economiche<sup>31</sup> fino all'estensione dei periodi di sfratto e al sovvenzionamento delle mascherine da parte della previdenza sociale<sup>32</sup>. Il maggiore carico di lavoro è tuttavia pesato sui tribunali amministrativi<sup>33</sup> data la loro

<sup>21</sup> BGBl I Nr. 14, 569–574.

<sup>22</sup> *Ivi*, 580–586.

<sup>23</sup> *Ivi*, 543–555.

<sup>24</sup> *Ivi*, 575–579.

<sup>25</sup> *Ivi*, 493–494.

<sup>26</sup> *Ivi*, 556–568.

<sup>27</sup> BT-Drcks.19/18108.

<sup>28</sup> P. THIELBÖRGER, B. BEHLERT, *op. cit.*

<sup>29</sup> F. LUTZ, *Freiheit durch Vielfalt: Der Föderalismus und die Pandemie*, in *FAZ Einspruch*, 29.04.2020,.

<sup>30</sup> <https://bit.ly/2LN7swV>.

<sup>31</sup> Landgericht Heilbronn, Urt. v. 29.4.2020, Az.: I 4 O 82/20.

<sup>32</sup> Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen Beschluss v. 30.04.2020, Az. L 7 AS 635/20.

<sup>33</sup> Per una panoramica vd. <https://bit.ly/2ZsoCaV>.

competenza in materia di misure di restrizione all'uscita<sup>34</sup>.

Soprattutto nel periodo iniziale della pandemia, le corti si sono rivelate piuttosto riluttanti nell'accogliere ricorsi volti a sospendere i provvedimenti governativi. In considerazione della rapida attuazione delle misure, la maggior parte delle decisioni sono state prese nell'ambito di procedimenti cautelari nei quali i tribunali non hanno potuto impegnarsi in un'ampia raccolta di prove né hanno tenuto udienze orali. Nella maggior parte dei casi, le corti hanno deliberato che la base giuridica fornita dal § 28 IfSG fosse sufficiente per legittimare i coprifuoco e che le restrizioni ai diritti fondamentali – quali la libertà personale (art. 2 c. 2 frase 1 GG), di riunione (art. 8 GG) e di movimento (Art. 11 GG) – fossero da considerare proporzionate alla luce delle scarse informazioni disponibili sul nuovo Coronavirus e della necessaria tutela degli interessi concorrenti di salute pubblica e del diritto alla vita (Art. 2 c. 2 frase 2 GG). Perciò, a fronte anche della temporaneità dei coprifuoco e dell'esistenza di eccezioni per motivi di lavoro, salute o necessità, le corti hanno garantito ampio margine di apprezzamento ai governi dei *Länder* e lasciato il giudizio sull'idoneità delle misure alle autorità competenti<sup>35</sup>.

Data la gravità dell'influenza delle restrizioni sui diritti fondamentali, molti di questi ricorsi sono giunti fino al *Bundesverfassungsgericht* o alle corti costituzionali dei singoli *Länder*. Nonostante alcune ordinanze di inammissibilità dovute al mancato esaurimento delle vie di

ricorso<sup>36</sup>, le corti costituzionali hanno avuto molte occasioni di pronunciare giudizi di merito. Per quanto riguarda il *Bundesverfassungsgericht*, il ragionamento applicato in questi casi è stato quello cosiddetto della “doppia ipotesi”<sup>37</sup>, mediante il quale la corte compara lo scenario in cui una misura proporzionale e legittima sia invece dichiarata illegittima e sospesa dalla corte, con quello nel quale la corte rifiuti la sospensione della stessa misura, ma questa sia effettivamente in violazione di diritti fondamentali<sup>38</sup>. Come avvenuto dinanzi ai tribunali amministrativi, il *BVerfG* ha sostenuto la legittimità di gran parte delle restrizioni, rifiutandosi di sovrapporre la propria valutazione a quella dell'esecutivo e dimostrando così un certo *judicial restraint*. Seguendo le valutazioni dell'istituto Robert Koch, la corte ha ritenuto che l'obiettivo della prima fase fosse quello di rallentare la diffusione dell'infezione impedendo il più possibile i contatti sociali al fine di scongiurare il collasso del sistema sanitario statale. Inoltre, la limitazione temporale delle misure assicura che le norme possano essere adattate ai più recenti sviluppi della pandemia, essendo necessario mantenere sotto costante osservazione il rispetto del principio di proporzionalità<sup>39</sup>.

In alcune decisioni successive, il *BVerfG* ha voluto controllare molto attentamente il rispetto dei criteri di proporzionalità da parte delle autorità competenti e si è spinto fino a revocare una serie di atti amministrativi che limitavano in maniera

<sup>34</sup> §40 Verwaltungsgerichtsordnung.

<sup>35</sup>Vd. Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern 2. Senat, Beschluss vom 08.04.2020, 2 KM 236/20 OVG, par. 26.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. März 2020 – 2 BvR 474/20; BVerfG, Beschluss vom 20. März 2020 – 1 BvR 661/20; BVerfG, Beschluss vom 31. März 2020 – 1 BvR 712/20.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschluss vom 07. April 2020 – 1 BvR 755/20, par. 6.

<sup>38</sup> §47 c.6 Verwaltungsgerichtsordnung, applicato in VGH München, Beschluss v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632 par. 32.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschluss vom 10. April 2020 – 1 BvR 28/20, par. 14.

sproporzionata il diritto di riunione (art. 8 GG)<sup>40</sup> o la libertà di religione (art. 4 GG)<sup>41</sup> non consentendo lo svolgimento di manifestazioni o cerimonie religiose nemmeno a fronte del rispetto di raccomandazioni in materia di igiene, distanziamento e limitazione dei partecipanti.

#### 4. Verso la ripresa della vita pubblica

Anche in Germania, il ritorno alla normalità da molti auspicato sarà del tutto graduale. Dopo una serie di proposte della dottrina giuridica, tra cui addirittura quella di imporre l'isolamento ai soli anziani e gruppi a rischio<sup>42</sup>, il 13 aprile l'Accademia nazionale delle Scienze Leopoldina ha avanzato suggerimenti concreti per l'allentamento parziale delle restrizioni<sup>43</sup>.

Su queste basi, il 15 aprile i Primi Ministri dei *Länder* e la Cancelliera si sono riuniti in videoconferenza per discutere e concordare un rilassamento delle misure restrittive e il graduale ritorno alla normale vita pubblica<sup>44</sup>. Si è così disposta la possibile riapertura di scuole e asili, di negozi con superficie inferiore a 800 metri quadrati e di alcuni tipi di esercizi commerciali e attività economiche. Come misure di protezione, si raccomanda l'utilizzo di *tracing-app* (quando

disponibili), la rinuncia a viaggi privati, un aumento dei test, il persistente divieto di organizzare grandi eventi e la necessaria garanzia, in ogni caso, del mantenimento delle distanze tra gli individui. Inoltre, i *Länder* hanno deciso di introdurre l'obbligo di coprire naso e bocca nei negozi e nei trasporti pubblici<sup>45</sup>.

Così come le misure di coprifuoco, anche le strategie per l'uscita dalla crisi sono state sottoposte all'attento esame delle corti. Mentre la riapertura delle attività commerciali limitatamente a quelle con superficie inferiore a 800 metri quadrati è stata considerata arbitraria – e così in violazione dell'art. 3 c. 1 GG (principio di eguaglianza)<sup>46</sup> – l'obbligo di indossare mascherine protettive è stato sostenuto dalle corti. Si tratta, infatti, di un obbligo imposto in situazioni temporanee e considerato adatto a ridurre o contenere il numero dei contagi<sup>47</sup>.

Più recentemente, ulteriori allentamenti delle misure restrittive sono stati concordati il 6 maggio tra i Primi Ministri dei *Länder* e il governo federale. Allo stesso tempo, è stato previsto un meccanismo di emergenza da attivare nel caso in cui il numero di infezioni aumentasse nuovamente in alcune aree del Paese<sup>48</sup>.

(11 maggio 2020)

<sup>40</sup> BVerfG, Beschluss vom 15. April 2020 – 1 BvR 828/20; BVerfG Beschluss vom 17. April 2020 – 1 BvQ 37/20.

<sup>41</sup> BVerfG, Beschluss vom 29. April 2020 – 1 BvQ 44/20.

<sup>42</sup> W. JANISCH, *Die Alten isoliert, die Jungen frei?*, in *Süddeutsche Zeitung*, 13.04.2020, <https://bit.ly/3bW9kOv>; S. HUSTER, *Grenzen der Solidarität*, in *VerfBlog*, 22.03.2020, <https://verfassungsblog.de/grenzen-der-solidaritaet/>. Per una critica, vd. I. DOMENICI, T. ROHMANN, *How to protect the Vulnerable?: Legal Implications of Vulnerability in Times of COVID-19*, in *VerfBlog*, 15.04.2020, <https://verfassungsblog.de/how-to-protect-the-vulnerable/>.

<sup>43</sup> Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina, *Dritte Ad-hoc-Stellungnahme: Coronavirus-Pandemie – Die Krise nachhaltig überwinden*, 13.04.2020, <https://bit.ly/2LQOg1c>.

<sup>44</sup> <https://bit.ly/2XjHUNG>.

<sup>45</sup> Una panoramica è offerta in K. ROTTMANN, *Berlin und Mecklenburg-Vorpommern weiten Maskenpflicht aus – das gilt in Ihrem Bundesland*, in *Welt*, 28.04.2020, <https://bit.ly/3cT46Ew>.

<sup>46</sup> Bayerischer VGH, Beschluss vom 27.04.2020 - 20 NE 20.793.

<sup>47</sup> BayVGH, Beschl. v. 07. 05. 2020 Az. 20 NE 20.926; HessVGH Beschl. v. 05.05.2020, Az. 8 B 1153/20.N.

<sup>48</sup> <https://www.bundesregierung.de/breg-de/mediathek/weitere-oeffnung-aber-auch-notfallmechanismus-1751032>.

## Crisis del Coronavirus y estado de alarma en España

**Miguel Ángel Presno Linera**

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Oviedo (España).*

*Mail: [presnolinera@gmail.com](mailto:presnolinera@gmail.com).*

La Constitución Española de 1978 (CE) incluye una previsión específica – artículo 116 – para los llamados estados o situaciones excepcionales, llamados en España estados de “alarma, excepción y sitio”. Dice ese artículo en sus tres primeros apartados: «(1) Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. (2) El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. (3) El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos [...]».

La Ley Orgánica a la que se remite el artículo 116.1 CE es la 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y el pasado 14 de marzo fue aplicada por segunda vez en la reciente historia constitucional española: ese día se aprobó el Decreto 463/2020, «por el que se

declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», que ha sido prorrogado por el Decreto 476/2020, de 27 de marzo; por el Decreto 487/2020, de 10 de abril, y, en el momento de escribir estas páginas, por el Decreto 492/2020, de 24 de abril. El único precedente, y para una situación muy diferente de la actual, fue el Decreto 1673/2010, 4 de diciembre, que declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo en el contexto de una huelga de prácticamente todos los controladores aéreos españoles.

La Ley Orgánica 4/1981 concreta aspectos que la Constitución española no reguló de manera expresa; entre ellos, las circunstancias en las que puede acordarse el estado de alarma mencionando, entre otras, (art. 4.b) «b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». Parece, pues, que en las actuales circunstancias está justificada la declaración del estado de alarma aunque hay un intenso debate, más académico que político, entre quienes defienden esta solución, como es mi caso, y quienes opinan que se tendría que haber declarado el estado de excepción porque, primero, consideran que está afectado el orden público ante la imposibilidad de ejercer varios derechos fundamentales como las libertades de circulación y manifestación y, segundo, porque las medidas que ha implantado el Gobierno, especialmente los límites a la libertad de circulación, son propias del estado de excepción. Lo cierto es que el confinamiento decidido por el Gobierno español es de los más intensos, junto con el italiano, si lo comparamos con las limitaciones en Francia, Alemania, Bélgica..., e implica una prohibición de salir de casa con las únicas excepciones previstas en el artículo 7 del Decreto 463/2020: «a) Adquisición de alimentos,

productos farmacéuticos y de primera necesidad [...]. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza». Desde el punto de vista jurídico, insisto en que no se da el presupuesto legislativo para declarar el estado de excepción y ello porque, como explica el profesor Cruz Villalón, el legislador efectuó una «despolitización» del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas (añadiríamos nosotros sanitarias)<sup>1</sup>. En España no hay un problema de desorden público, que justificaría el estado de excepción;

<sup>1</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 1981, 93-128; ID., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984; véanse también F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, en *Revista de derecho político*, 11, 1981, 83-116; D. LÓPEZ GARRIDO, *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1984; A. CARRO MARTÍNEZ, *Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional*, en O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, 210 ss.; I. TORRES MURO, *Art. 116. Los estados excepcionales*, en M.E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZPIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2009, 1814 ss.; A. ABA COTOIRA, *El estado de alarma en España*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 305-334; P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *Teoría y práctica del Estado de alarma en España*, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2,

sí un gravísimo problema de salud pública, para el que parece previsto el estado de alarma.

Otra cosa es, y no se trata de una cuestión menor, si las limitaciones a la libertad de circulación que ha decidido el Gobierno son compatibles con las autorizadas por la Ley Orgánica 4/1981, donde el Legislador optó, pudiendo hacer otra cosa, por medidas que parecen menos gravosas que las realmente adoptadas bajo su amparo en el Decreto 463/2020. El juicio de proporcionalidad sobre las mismas (que la medida limitativa sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido; que sea la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger) no puede hacerse al margen de los propios límites que ha preestablecido el legislador orgánico<sup>2</sup>.

No entramos a cuestionar aquí si esas medidas limitativas de la libertad de circulación son, o no, las mejores para contener la epidemia, al margen de que en otros países no hayan

Madrid, 2012, 1499-1514; N. PÉREZ SOLA, *Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales*, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012, 1539-1556; C. GARRIDO LÓPEZ, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, 43-73. Asimismo, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?*, en *Revista de Derecho Político*, 51, 2001, 105 ss; ID., *Art.55. De la suspensión de los derechos y libertades*, en M.E. Asas Baamonde, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, cit., 1201 ss  
<sup>2</sup> P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *La suspensión de los derechos fundamentales*, en Bastida Freijedo Y Otros *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2004, 222-235.

alcanzado la misma intensidad. Pero, además de aplicarse de forma razonada y razonable, “deben fundarse en una Ley” y nos parece discutible que en el caso que nos ocupa tengan un fundamento claro en la L. O. 4/1981, máxime teniendo en cuenta que debe interpretarse la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1985, de 5 de marzo, FJ 4).

Una segunda cuestión que también ha provocado cierto debate, a menos en algunas Comunidades Autónomas, es la atribución al Gobierno central de la competencia para tomar decisiones en materias como la sanidad, que han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, aunque ello no ha impedido que esas Comunidades estén gestionando ámbitos como, por ejemplo, el de los abastecimientos sanitarios.

En tercer lugar, y como exige la Constitución, el Congreso de los Diputados ha sido informado por el Gobierno de la declaración del estado de alarma y, desde el 15 de marzo, se han celebrado varias sesiones de la Cámara para debatir esa declaración y para autorizar por amplia mayoría, hasta el momento, cuatro prórrogas del estado de alarma de quince días cada una. La última aprobada al escribir estas líneas, el 6 de mayo, se extenderá desde las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2020 hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2020. En la primera prórroga el Congreso estableció la siguiente exigencia: «el Gobierno remitirá semanalmente al Congreso de los Diputados información documental estructurada de la ejecución de las distintas medidas adoptadas y valoración de su eficacia para contener el virus COVID-19 y mitigar su impacto sanitario, económico y social».

Igualmente, el Congreso ha votado favorablemente, y por amplia mayoría, la

convalidación de diversos Decretos-ley aprobados por el Gobierno para adoptar medidas de tipo laboral, social y económico. No obstante, algunos partidos políticos de la oposición parlamentaria consideran que la actividad del Congreso está siendo insuficiente y reclaman mayor control de la actividad del Gobierno en relación con la crisis del coronavirus. Sobre esta cuestión puede recordarse que la Constitución (art. 116.5) dispone que «[n]o podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados».

Finalmente, es importante analizar qué tipo de control jurisdiccional se puede ejercer sobre el decreto del Gobierno que ha decidido la declaración del estado de alarma, así como sobre las dos prórrogas que ya ha acordado el Congreso de los Diputados. En este punto la propia Constitución (art. 116.6) dice que «[l]a declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

Sobre esta cuestión podemos acudir al precedente que supuso la impugnación ante el Tribunal Supremo (TS) del Real Decreto 1673/2010 por parte de los controladores aéreos. La Sala Tercera del Tribunal Supremo aprobó siete resoluciones entre los años 2011 y 2012 y en todas rechazó su competencia para juzgar la legalidad del decreto aprobado por el Gobierno, porque, según el TS, el Gobierno actuó

como órgano constitucional ejerciendo unas funciones reguladas directamente por la Constitución y no por el Derecho Administrativo y su decreto fue asumido por el Congreso de los Diputados, que autorizó la prórroga. Lo que no dice el Tribunal Supremo es lo que hubiera ocurrido si el Congreso no hubiera aceptado la prórroga. En todo caso, en mi opinión, tampoco el acuerdo del Congreso acordando la prórroga cambia la naturaleza jurídica del decreto del Gobierno, por lo que parece muy discutible esa renuncia del Tribunal Supremo a controlar la legalidad de la decisión gubernamental.

El Tribunal Constitucional, primero, por decisión mayoritaria, en el año 2012 (Auto 7/2012, de 13 de enero) y después, por decisión unánime y de forma más rotunda, en el año 2016 (STC 83/2016, de 28 de abril) ha resuelto que el decreto del Gobierno por el que se declara el estado de alarma tiene la naturaleza jurídica de «acto con valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada a la Cámara Baja ex art. 116 CE en aras de la protección, en los respectivos estados de emergencia, de los derechos y libertades de los ciudadanos»<sup>3</sup>.

Argumenta el Tribunal Constitucional que la decisión del Gobierno se suma a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981 para formar el sistema de fuentes del derecho de excepción. Y esta legalidad excepcional en la que se integra el decreto del Gobierno, desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las

que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley.

Y con estos antecedentes no causó sorpresa el Auto de 4 de mayo de 2020 en el que el Tribunal Supremo resolvió el recurso en el que, en forma directa, «se impugna el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 4870/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como – en lo que se denomina ampliación – el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez».

Este Auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, insiste (FJ 4) en que «la posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley», como declaró el mismo al considerar que «aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

<sup>3</sup> Sobre esta STC véanse los comentarios de C. GARRIDO LÓPEZ, *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*, cit., pp. 43-73; M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *Sistema de fuentes del*

*Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril*, in *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, 2016, 325-340.

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade, «lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 de la Constitución española, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles» (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 o sobre los hechos determinantes. La declaración «argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.

La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni

tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015».

En definitiva, tanto el Decreto de declaración del estado de alarma y los posteriores Decretos de prórroga como los acuerdos del Congreso que autoricen esas prórrogas son únicamente recurribles ante el Tribunal Constitucional y no ante el Tribunal Supremo. Es posible, por tanto, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por, eventualmente, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados<sup>4</sup> o cincuenta Senadores. También podrían presentarlos los Gobiernos y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto. En segundo lugar, si un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considera que los decretos del estado de alarma, que tienen rango de Ley, son aplicables a un caso *sub iudice* y de su validez depende la sentencia, y los considera contrarios

<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional ha admitido, por providencia de 6 de mayo de 2020, el recurso de inconstitucionalidad «promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso y, en su representación, por el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en relación con los arts. 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el art. 7 del Real

Decreto 463/2020; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; Real Decreto 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al art. 7 del Real Decreto 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19».

a la Constitución, debe plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

Para finalizar, quiero recordar que en *La sociedad del riesgo global*, el conocido libro de Ulrich Beck<sup>5</sup>, se alude a la sociedad en la que vivimos con unas palabras que, escritas en 1986, no parecen haber perdido vigencia casi treinta y cinco años después: en la disputa pública sobre la definición de los riesgos se trata «no solo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino de los efectos secundarios sociales, económicos y políticos [...]: hundimiento de mercados, [...] controles burocráticos de las decisiones empresariales, apertura de nuevos mercados, costes monstruosos, procedimientos judiciales. En la sociedad del riesgo surge así a impulsos pequeños y grandes el potencial político de las catástrofes. La defensa y administración de las mismas pueden incluir una reorganización del poder y de la competencia. La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad» (cursivas en el original).

Pues bien, lo que estamos viviendo con la epidemia de coronavirus muestra con toda su

crudeza no solo su efecto devastador sobre la salud y la vida de miles de personas sino también los efectos “secundarios” sociales, económicos y políticos: todavía más empobrecimiento y exclusión para las personas más vulnerables, probable pérdida de cientos de miles de puestos de trabajo, puesta en cuestión de las instituciones políticas por su incapacidad para prever y hacer frente de manera eficaz a riesgos que quizá no se vean venir con mucha antelación pero de los que se debe responder.

Por todo ello es necesario que cuando se recupere cierto “estado de normalidad” tenga lugar una intensa reflexión política y social sobre la mejor forma de responder a los riesgos inherentes a esta sociedad “catastrófica” en la que vivimos. Y el derecho de la excepción en sentido amplio, incluido el propio de lo que aquí hemos llamado estado de alarma, no solo no debe sustraerse a esa discusión sino que debe ser uno de los aspectos importantes de un debate en el que siempre debe estar presente el objetivo, mencionado en el preámbulo de la Constitución española, de «establecer una sociedad democrática avanzada».

(15 Mayo 2020)

<sup>5</sup> U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986; edición española:

*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1998.

## Le misure di “lockdown”, la libertà di movimento e lo stato di diritto durante la pandemia di CoViD-19 in Inghilterra

**Riccardo Labianco**

Dottorando ed assistente all’insegnamento, School of Oriental and African Studies (SOAS), University of London.

Mail: [r\\_labianco@soas.ac.uk](mailto:r_labianco@soas.ac.uk).

### 1. Introduzione

A seguito dell’annuncio del Primo Ministro Boris Johnson del 23 Marzo 2020<sup>1</sup>, in Inghilterra è stato applicato il regime di “lockdown”, messo in atto dal *Secretary of State for Health*, Matt Hancock, il 26 Marzo 2020 attraverso *The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020*<sup>2</sup>. Le *Regulations* hanno introdotto misure – considerate tra le più restrittive sin dai tempi delle *Defence Regulations* degli anni della Seconda guerra mondiale – che limitano alcune libertà personali, tra cui la libertà di movimento<sup>3</sup>.

In questo paper verranno illustrate le misure limitative della libertà di movimento imposte dalle *Regulations* e si avvanzeranno alcuni spunti di riflessione relativi all’influenza del principio di stato di diritto sulla predisposizione di misure straordinarie in caso d’emergenza. In

particolare, l’attenzione sarà rivolta a come l’operato del Governo e della polizia debba essere guidato dal principio di stato di diritto e dai suoi corollari – legalità, necessità e proporzionalità –, fondamentali in situazioni d’emergenza.

### 2. Il “lockdown” e le misure d’emergenza

Il termine “lockdown”, traducibile in “chiusura” o “confinamento”, indica le misure d’emergenza che hanno “chiuso” l’Inghilterra a partire dalla fine del mese di marzo. Il 26 marzo, il *Secretary of State for Health* ha emanato una serie di “re-gole” intitolate *The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020* riguardanti l’Inghilterra<sup>4</sup>. La base giuridica delle *Regulations*, fonte di legislazione secondaria, è il *Public Health (Control of Disease) Act* del 1984<sup>5</sup>, atto di legislazione primaria, il quale alla sezione 45(c) permette al membro competente del Governo di emanare *regulations* finalizzate a prevenire e contenere la diffusione di malattie infettive ed a disporre misure idonee per rispondere a questo tipo di minacce per salute pubblica. In caso d’urgenza, tali *regulations* possono essere emanate dal Governo senza l’approvazione immediata del Parlamento, il quale però le dovrà approvare entro 28 giorni dalla loro emanazione per garantirne la validità oltre quel periodo<sup>6</sup>. Le *Regulations* introdotte per contrastare l’epidemia di CoViD-19 ed entrate in vigore il 26 marzo sarebbero dovute scadere il 19 maggio 2020<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> L’annuncio del Primo Ministro Boris Johnson è disponibile su [www.bbc.co.uk/news/uk-52012432](http://www.bbc.co.uk/news/uk-52012432) (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>2</sup> SI 2020/350 (d’ora in avanti “*Regulations*”), emendate da *The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) (Amendment) Regulations 2020*, SI 2020/447.

<sup>3</sup> Joint Committee on Human Rights, *Chair’s Briefing Paper*, 8 Aprile 2020 (d’ora in avanti “*Joint Committee Paper*”), 2. Il paper è disponibile su

<https://bit.ly/36kXU5w> (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>4</sup> In questo paper si fa riferimento unicamente alla legislazione valida per l’Inghilterra. Altre *regulations* simili sono state emanate per il Galles, la Scozia e l’Irlanda del Nord.

<sup>5</sup> D’ora in avanti *Act* del 1984.

<sup>6</sup> *Act* del 1984, 45(r). I 28 giorni non includono i periodi in cui il Parlamento non è convocato.

<sup>7</sup> J. BROWN, *Coronavirus: Parliamentary consent for the lockdown in England*, House of Commons Library, 4

ma hanno ottenuto l'approvazione parlamentare il 4 maggio<sup>8</sup>.

Il 25 Marzo è stato anche promulgato il *Coronavirus Act 2020*, un atto legislativo molto più articolato rispetto alle *Regulations*, che attribuisce, tra le altre cose, diversi poteri al Governo, alle forze di polizia ed al *National Health Service*. Ad esempio, è prevista la possibilità di sottoporre un individuo con sospetta infezione da Coronavirus ad un test diagnostico<sup>9</sup>. L'*Act* prevede anche altri poteri riguardanti la sospensione, da parte del Governo, di eventi e ritrovi collettivi<sup>10</sup>. Ad oggi, tuttavia, sembra che il Governo abbia preferito utilizzare le *Regulations*, basate sull'*Act* del 1984, per limitare la libertà di movimento e di associazione delle persone<sup>11</sup>.

L'applicazione delle *Regulations* è governata dai principi di necessità e proporzionalità, come indicato dalle disposizioni stesse e ricordato dal *Joint Committee on Human Rights* del Parlamento. Questi due principi si concretizzano nella restrizione del periodo di vigenza temporale delle *Regulations* e nella revisione periodica delle misure – ogni 21 giorni a partire dalla loro adozione – da parte del Governo, il quale deve verificare se e quando le misure cessano di essere necessarie a prevenire, combattere e controllare la diffusione della malattia<sup>12</sup>. Il 16 Aprile, le misure di *lockdown* sono state prorogate per ulteriori tre settimane<sup>13</sup>. Il 7 maggio, nuovo

termine per la revisione, il *Foreign Secretary*, Dominic Raab, rappresentando il Governo, ha riconfermato, in maniera un po' confusa, l'applicazione delle *Regulations*, affermando che persistono ancora le condizioni per mantenere tali restrizioni<sup>14</sup>. Oltre all'applicazione temporale, il *Joint Committee on Human Rights* del Parlamento – facendo riferimento, tra le altre fonti, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ed alla relativa giurisprudenza – ha evidenziato come l'obiettivo di prevenire e combattere la diffusione del virus, in quanto riferimento per valutare la necessità e proporzionalità delle misure adottate, debba essere considerato non solo come la base dei poteri emergenziali ma anche come una loro limitazione<sup>15</sup>.

### 3. Le restrizioni della libertà di movimento

Le *Regulations* stabiliscono principalmente tre tipi di misure: le misure che predispongono la chiusura delle attività commerciali, contenute nelle sezioni 4 e 5; le norme che limitano la libertà di movimento delle persone, alla sezione 6, e quelle che riducono la libertà d'associazione, raccolte nella sezione 7. Anche se la chiusura forzata delle attività commerciali e di altri luoghi pubblici ha generato importanti questioni di carattere economico e sociale<sup>16</sup>, le misure limitative della libertà di movimento individuale hanno suscitato alcuni importanti dubbi, relativamente

maggio 2020, disponibile su: <https://bit.ly/3gh2m9Z> (ultima consultazione 10/05/20).

<sup>8</sup> Si veda <https://bit.ly/2XpyDD8> (ultima consultazione 10/05/20).

<sup>9</sup> *Coronavirus Act 2020*, section 51 e schedule 21

<sup>10</sup> *Ibid*, section 52 e schedule 22.

<sup>11</sup> J. BROWN, *Policing the coronavirus lockdown*, House of Commons Library, Briefing Paper no 8875, 2020, 12-13. Disponibile su <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8875/> (ultima consultazione 10/05/20).

<sup>12</sup> *Regulations*, section 3(2-3).

<sup>13</sup> J. PARKER, *Coronavirus: UK lockdown extended for "at least" three weeks*, in *BBC News*, 16 aprile 2020, disponibile su: [www.bbc.co.uk/news/uk-52313715](http://www.bbc.co.uk/news/uk-52313715) (ultima consultazione 10/05/20).

<sup>14</sup> Il discorso del *Foreign Secretary* Dominic Raab è reperibile in: <https://bit.ly/2zljfzP> (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>15</sup> *Joint Committee Paper*, 6-7.

<sup>16</sup> Si veda, ad esempio, M. SWENEY, *Finalcial watchdogs asks courts to clarify coronavirus business insurance*, in *The Guardian*, 1 maggio 2020, disponibile in: <https://bit.ly/2ZzOwM1> (ultima consultazione 09/05/20).

alla loro interpretazione ed applicazione, che vale la pena considerare.

Secondo la sezione 6 delle *Regulations*, nel periodo d'emergenza nessuna persona può lasciare la propria abitazione senza una «*reasonable excuse*». La disposizione ne elenca quindici, tra cui la necessità di procurarsi cibo, medicinali o beni di prima necessità oppure di fare esercizio fisico, richiedere servizi medici o fornire assistenza a persone vulnerabili (lettere «a-d»). La lista comprende anche giustificazioni che sembrano andare al di là delle più ristrette esigenze personali. Ad esempio, si permette ai ministri o leader religiosi di recarsi nei loro luoghi di culto (lettera «k»). In base alla lettera «l», un trasloco è ammesso quando è «ragionevolmente necessario»<sup>17</sup>. Inoltre, in questo elenco sono inclusi anche alcuni criteri generali adattabili a diverse situazioni. Ad esempio, la lettera «f» permette di recarsi al lavoro quando questo non possa essere svolto nella propria abitazione. La lettera «m» consente, invece, di poter lasciare la propria abitazione «per evitare lesioni personali o malattie o per sfuggire ad un rischio di danno»<sup>18</sup>. Come segnalato dal *Joint Committee*, questa lista non è esaustiva. L'uso di parole come «include» sembra, infatti, indicare che l'uscita dalla propria abitazione possa essere giustificata attraverso ulteriori *reasonable excuse* non presenti nella lista delle *Regulations*. Questo approccio sembra essere suggerito anche dall'uso del termine «*reasonable*», il quale lascia aperta la possibilità di valutare, caso per caso, se i comportamenti delle persone che si allontanano dalla propria abitazione contrastino o meno con l'obiettivo del Governo di limitare e combattere la diffusione del virus<sup>19</sup>. Tale terminologia è in linea con i principi di necessità e proporzionalità, i quali restringono

le limitazioni a ciò che è strettamente necessario al fine ultimo delle misure.

La sezione numero 7 delle *Regulations* proibisce raduni o assembramenti che superino il numero di due persone. Tuttavia, alcune eccezioni sono ammesse, come ad esempio nel caso in cui i soggetti provengano dallo stesso nucleo abitativo (lettera «a») oppure per motivi essenziali legati al lavoro, o quando il raduno di più di due persone risulta ragionevolmente necessario per traslocare, fornire assistenza a persone vulnerabili in caso d'emergenza oppure per partecipare a procedimenti giudiziari o adempire ad obblighi giuridici<sup>20</sup>. Pur essendoci una certa simmetria con la sezione 6, la lista di eccezioni presenti nella sezione 7 è da considerarsi esaustiva<sup>21</sup>.

La violazione dei divieti e delle indicazioni di comportamento elencati nelle sezioni 6 e 7 è un reato punibile con sanzione pecuniaria prevista dalla sezione 9. Tuttavia, la sezione 10 prevede che il relativo procedimento penale possa essere sospeso, per un periodo di 28 giorni, attraverso l'emissione di una «*fixed penalty notice*», ed evitato tramite il pagamento di una cifra tra le 30 e 960 sterline.

#### 4. I poteri di polizia e l'applicazione delle misure d'emergenza

A parte la previsione di sanzioni penali, le forze di polizia o gli altri soggetti designati all'applicazione di queste norme sono autorizzati a chiedere alle persone sospettate di aver violato le misure restrittive stabilite dalla sezione 6(1), senza una «*reasonable excuse*», di tornare alla propria abitazione e ad «allontanare»<sup>22</sup> tali persone dal luogo dove sono state trovate, indirizzandole verso casa. In queste circostanze, è

<sup>17</sup> Traduzione dell'autore.

<sup>18</sup> Traduzione dell'autore.

<sup>19</sup> *Joint Committee Paper*, 13-14

<sup>20</sup> *Regulations*, section 7 lettere a-d.

<sup>21</sup> *Joint Committee Paper*, 6.

<sup>22</sup> Traduzione dell'autore

concesso un uso ragionevole della forza<sup>23</sup>. Simili misure possono essere applicate anche per disperdere raduni di persone non giustificati<sup>24</sup>.

A seguito di alcuni interventi di polizia eccessivamente zelanti, tra i quali la predisposizione di posti di blocchi stradali e l'uso di droni per monitorare la circolazione durante il *lockdown*<sup>25</sup>, il *National Police Chiefs' Council* ed il *College of Policing* – rispettivamente l'organo di coordinamento delle varie forze di polizia in Regno Unito e l'organo responsabile per la formazione e l'addestramento delle forze di polizia d'Inghilterra e Galles<sup>26</sup> – hanno redatto delle linee guida, datate 31 marzo, per chiarire, coordinare ed uniformare l'operato delle forze di polizia in relazione alle misure predisposte dalle *Regulations*<sup>27</sup>. In particolare, è stata precisata l'assenza di un vero e proprio potere, in capo alla polizia, di fermare le persone e di chiedere loro spiegazioni riguardo i motivi dei propri spostamenti, il c.d. «*stop and account*». Al contrario, gli organi di polizia hanno richiesto di adottare un processo graduale a quattro fasi, in base al quale le forze di polizia avvicinano le persone, spiegano le misure in atto e ne incoraggiano il rispetto spontaneamente e consensualmente. L'applicazione di poteri coercitivi e l'uso della forza deve essere considerato solamente come ultima risorsa disponibile<sup>28</sup>. Tale approccio, in effetti, sembra esser

confermato da alcuni passaggi delle stesse *Regulations*, laddove si richiede alle autorità di descrivere chiaramente i motivi dell'emissione delle *notices* previste dalle disposizioni<sup>29</sup>. Come si può notare, quindi, le linee guida indirizzate alle forze di polizia sono volte ad evitare l'immediata emissione di «*fixed penalty notice*» e l'applicazione di altre misure coercitive e sanzionatorie.

### 5. Alcuni problemi di comunicazione ed interpretazione

Le sopramenzionate linee guida prevedono che la polizia spieghi le misure adottate dalla legge e dialoghi con le persone. Questo tipo di approccio sembra esser stato introdotto a seguito di un periodo in cui la polizia interpretava e comunicava le misure restrittive della libertà di movimento in maniera scorretta, di fatto creando confusione ed esercitando poteri non previsti dalla legge. Ad esempio, il 1° aprile 2020, nella cittadina di Reading, la polizia aveva istituito dei posti di blocco al fine di controllare che gli spostamenti effettuati dai guidatori fossero qualificabili come «*essential journeys*», traducibile con «viaggi essenziali»<sup>30</sup>. Come indicato dal *Joint Committee on Human Rights*, l'espressione è forviante e non corrisponde alla «*reasonable excuse*» menzionata nelle *Regulations*<sup>31</sup>. In un altro caso più famoso la polizia ha fermato, interrogato e

<sup>23</sup> *Regulations*, sezione 8(3-4)

<sup>24</sup> *Ibid*, sezione 8(9).

<sup>25</sup> Si veda, ad esempio, *Coronavirus: Peak District drone police criticised for "lockdown shaming*, in *BBC News*, 27 marzo 2020, disponibile in: <https://bbc.in/2Zsfpzx>; H. PIDD, V. DODD, *UK police use drones and roadblocks to enforce lockdown*, in *The Guardian*, 26 marzo 2020, disponibile in: <https://bit.ly/2Xka3Ur> (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>26</sup> Si veda <https://bit.ly/36okPNs>; [www.college.police.uk/About/Pages/default.aspx](http://www.college.police.uk/About/Pages/default.aspx) (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>27</sup> Disponibili su <https://www.college.police.uk/Documents/COVID-19-Police-brief-in-response-to-Coronavirus-Government-Legislation.pdf> (ultima consultazione 09/05/20). Si veda anche J. BROWN, *Policing the coronavirus lockdown*, cit., 8.

<sup>28</sup> *Ibid*.

<sup>29</sup> Si veda, ad esempio, *Regulations*, sezione 5(a).

<sup>30</sup> J. WARREN, *Police set up roadblock to check drivers are on essential journeys*, in *Workingham.today*, 1 aprile 2020, disponibile in: [www.workingham-paper.co.uk/police-set-up-roadblock-to-check-drivers-are-on-essential-journeys](http://www.workingham-paper.co.uk/police-set-up-roadblock-to-check-drivers-are-on-essential-journeys) (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>31</sup> *Joint Committee Paper*, 9-10.

trattenuto, una signora, Marie Dinou, basando erroneamente i poteri esercitati sul *Coronavirus Act 2020*, quando invece avrebbe dovuto indicare e prendere a riferimento le *Regulations*<sup>32</sup>. Il problema della comunicazione delle misure di *lockdown* non ha riguardato solamente la polizia. Anzi, si può argomentare che siano stati proprio il Primo Ministro Johnson e altri membri del Governo i primi a fornire informazioni erranee e senza fondamento giuridico. Nel suo discorso del 23 marzo, il Primo Ministro ha parlato di misure limitative della libertà di movimento senza indicare norme di legge precise – che sarebbero state adottate solo tre giorni dopo. Inoltre, la scelta del lessico adottato nel discorso – come ad esempio l’uso della parola «*instruction*» in riferimento alle misure di *lockdown* – ha trasmesso l’idea che le varie restrizioni – come l’obbligo di rimanere a casa – fossero più dei suggerimenti o raccomandazioni facoltativi che degli obblighi giuridici. Se, da un certo punto di vista, usare un linguaggio “morbido” era giustificato alla luce di un annuncio fatto in assenza di una qualsiasi disposizione con forza di legge, è da segnalare che il Governo inglese ha continuato ad usare tale linguaggio nelle conferenze stampa giornaliere anche dopo l’emanazione delle *Regulations*<sup>33</sup>. Infatti, ad esempio, nella conferenza stampa del 31 marzo 2020 – sei giorni dopo l’emanazione delle *Regulations*, Michael Gove, membro del Governo in qualità di *Minister for the Cabinet Office*, ha citato molto rapidamente le restrizioni della

libertà personale raccomandando ai telespettatori di seguire «le linee guida del Governo»<sup>34</sup>, riferendosi probabilmente a del materiale messo a disposizione sul sito del Governo<sup>35</sup>. È importante notare, inoltre, che, in alcuni casi, i membri del Governo hanno dato informazioni erranee, come ad esempio in relazione alla possibilità di fare esercizio fisico una sola volta al giorno. Questa è una restrizione annunciata dallo stesso Primo Ministro, nel suo discorso del 23 marzo, che non trova, però, alcun fondamento giuridico nelle *Regulations*, le quali prevedono l’esercizio fisico come eccezione al divieto di uscire di casa, ma non limitano il numero di volte in cui questa giustificazione può essere eccepita giornalmente<sup>36</sup>. Questo tipo di linguaggio, non solo non indica esattamente la fonte giuridica delle misure limitative della libertà personale, il loro contenuto e la loro forza di legge, ma non fornisce alcuna indicazione sulla presenza di conseguenze penali per la violazione dei divieti imposti dalle *Regulations*, un aspetto in contrasto, tra l’altro, con l’articolo 7 della CEDU<sup>37</sup>.

In generale, la cattiva o imprecisa comunicazione da parte del Governo può essere considerata contraria ai principi di legalità e certezza del diritto, corollari del principio di stato di diritto<sup>38</sup>. Questi principi, infatti, non impongono solo al Governo di conformare il proprio operato alla legge, ma anche di comunicare con i cittadini esponendo in maniera chiara e precisa il contenuto della legge stessa<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> *Coronavirus: Woman “wrongly charged under new law”*, in *BBC News*, 3 aprile 2020, disponibile in: [www.bbc.co.uk/news/uk-england-york-north-york-shire-52148020](http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-york-north-york-shire-52148020) e L. DEARDEN, *Coronavirus: How woman “loitering” at train station was wrongly convicted in shambolic case*, in *Independent*, 2 aprile 2020, disponibile in: <https://bit.ly/2XpqoHe> (ultima consultazione 09/05/20).

<sup>33</sup> Si veda anche *Joint Committee Paper*, 7-11; J. BROWN, *Policing the coronavirus lockdown*, cit., 10-11.

<sup>34</sup> Traduzione dell’autore

<sup>35</sup> Si veda <https://bit.ly/2TwBs4h> (ultima consultazione 7/05/2020).

<sup>36</sup> *Joint Committee Paper*, 8-9

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Una conclusione simile è stata raggiunta anche in *Joint Committee Paper*, pp 7-8.

<sup>39</sup> J. JOWELL, *The Rule of Law*, in J. Jowell, C. O’CINNEIDE (a cura di), *The Changing Constitution*, Oxford, 2019, 10-11. Per un’argomentazione simile in ambito di diritto penale si veda A. ASHWORTH, *Ignorance of the*

Il rispetto di tali principi da parte del Governo è fondamentale, specialmente in una situazione d'emergenza in cui questo adotta misure eccezionali e comunica con i cittadini quotidianamente. Una comunicazione governativa forviante induce i cittadini a confondere le misure obbligatorie previste dalla legge con semplici raccomandazioni<sup>40</sup>. In questo modo si può argomentare non solo che il Governo confonde i cittadini, ma anche che questo esercita un potere – quello di imporre le persone a rimanere in casa – senza base giuridica ed in maniera arbitraria, screditando e violando i principi di legalità e di stato di diritto.

## 6. Conclusioni

Oltre alle due revisioni citate prima, il 6 maggio è stato annunciato un possibile allentamento del

*lockdown* per lunedì 11 maggio 2020, data successiva alla scrittura di questo paper<sup>41</sup>. Anche se l'attuale pandemia ha richiesto misure eccezionali, tale eccezionalità non deve prendere il sopravvento sul rispetto dello stato di diritto ed i suoi corollari. Nell'adottare le *Regulations*, il Governo sembra aver rispettato le formalità richieste in caso di legislazione delegata d'emergenza. Tuttavia, c'è molta confusione a causa di una certa incertezza giuridica creata da Governo e forze di polizia, antitetica rispetto all'idea di stato di diritto. È probabile che attualmente molte persone siano all'oscuro del chiaro quadro normativo riguardante la propria libertà di movimento a causa di un Governo che *in primis* ritrae uno scenario dove non è facile capire esattamente che ruolo abbia la legge.

(10 maggio 2020)

---

*Criminal Law, and Duties to Avoid it*, in *The Modern Law Review*, 1, 2011, 1.

<sup>40</sup> Si veda la lista che redatta in *Joint Committee Paper*, 15-16

<sup>41</sup> R. MASON, K. PROCTOR, *Boris Johnson suggests coronavirus lockdown will be loosened on Monday*, cit., disponibile in: <https://bit.ly/2TwPG59> (ultima consultazione 09/05/20).

## Against ideology? Examining social rights in Ireland during times of crisis

**Charles O’Sullivan**

*PhD. Lecture in Law at the School of Law, Ulster University.*

*Mail: [c.osullivan@ulster.ac.uk](mailto:c.osullivan@ulster.ac.uk).*

### 1. Introduction

The onset of the CoViD-19 pandemic has raised significant questions from not only a public health dimension in attempting to stem the spread of the virus, but also from a social rights perspective, and attempting to deal with the social and economic realities of the fallout from the same. With this in mind, this brief contribution seeks to examine the specific response by the executive in the Republic of Ireland from March 2020 onwards and tease out how it has sought to ameliorate a crisis such as this through redistributive social policies, and the reinforcement and development of social rights. In particular, it underlines how certain social rights-based policies during this time differ from the ideological policies and institutional attitudes prior to this time. In doing so, it aims to underline the degree to which the Irish executive has, on the one hand, signalled a clear break from previous long-standing policies, and on the other, how it might fail to address other long-standing issues. It will be structured as follows. Following this brief introduction, Section Two will examine the general response to the CoViD-19 pandemic through the creation of one new targeted payment and the

opening up of others. A third section will then highlight the specific issues related to asylum seekers, the material reception conditions within which they are housed and access to the so-called CoViD-19 emergency payment. It will end with some brief concluding remarks.

### 2. Emergency Social Welfare Measures in Context

Much like the Republic’s weak culture of enforceable social rights, the right to social security and assistance payments and the institutional structures that give rise to it have been subject to few significant revisions since obtaining independence. The right itself does not stem from either the directive principles of public policy contained within the Constitution<sup>1</sup>, nor a duty to protect and promote the family<sup>2</sup>, nor a right to property<sup>3</sup>. Instead, it is a right that is provided for solely through primary legislation<sup>4</sup>, and this legislation should be interpreted narrowly.

As previously argued elsewhere<sup>5</sup>, this absence of a culture of socio-economic rights led to a significant restriction in terms of access to social welfare payments generally following the Global Financial Crisis, and the subsequent Bailout Package entered into by Ireland with the European Central Bank, European Commission and International Monetary Fund. Although it is outside of the scope of this analysis to look at these changes in detail, it suffices to say that core payments like the Jobseeker’s Benefit and Allowance, Rent Allowance, and Child Benefit were some of the most deeply affected, and that this led to a higher level of material deprivation being

<sup>1</sup> Article 45, Bunreacht na hEireann.

<sup>2</sup> *MhicMathúna v Ireland* [1995] IR 484.

<sup>3</sup> *Minister for Social, Community and Family Affairs v Scanlon* [2001] 1 IR 64.

<sup>4</sup> *Meagher v Minister for Social Protection* [2015] IESC 4 (2015).

<sup>5</sup> D. FERRI, C.E. O’SULLIVAN, *The Impact of the Economic Crisis on the Irish Legal System: Between Austerity and Constitutional Rhetoric*, in *Federalismi*, 26, 30 December 2016.

experience by many already marginalised groups – such as women, single parents, and the working poor. After the Republic's successful exit from the Bailout Programme, these changes remained in place in almost all instances. This was arguably driven by the executives own ideological leanings, which could no longer be attributed to the terms of the Bailout Package<sup>6</sup>. For example, the current interim Taoiseach (Prime Minister) Leo Varadkar made the issue of social welfare fraud a central tenet of his candidacy for the office in 2017<sup>7</sup> – a campaign that proved to be unsuccessful from a purely utilitarian perspective<sup>8</sup>, and one which the Department of Social Protection quickly expressed regret over<sup>9</sup>. It therefore presented as being somewhat unusual when, in light of the CoViD-19 pandemic and increasing measures to slow the spread of the virus, Vardakar's interim government announced a significant opening up of the social welfare system, which by the 3rd of April were estimated to have cost €8 billion<sup>10</sup>. Many of these were provided for through specific emergency legislation<sup>11</sup>, but some were changes in practice which had a fundamental effect on the ability of individuals to engage with the Department of Social Protection, and access payments in a quick and

efficient manner. For example, applications could now be made online for payments, where previously the view of even staff within the Department had been that there was a reticence to spend money, that the priorities of the department were often unclear and that the system is not designed to be responsive<sup>12</sup>.

The CoViD-19 emergency payment, has also consistently been in an amount exceeding ordinary Jobseekers payments, despite its intention being almost identical to that of a Jobseeker's payment albeit time-limited: Jobseeker's Benefit payment facilitates labour market integration over an undefined period of time, transitioning to a more conditional payment as time progresses (Jobseeker's Allowance); whereas the CoViD-19 payment deals exclusively who have lost their employment as a result of the pandemic. The first is a maximum of €203 per week, whereas the latter, as of the 24th of March, is €305 per week. The level of conditionality attached to the CoViD-19 payment is negligible, with the intention of ensuring that the widest number of affected persons are capable of applying for and receiving it without undue restrictions<sup>13</sup>. Similarly, Illness Benefit increased to €350 per week for a maximum of two weeks, with the original 6

<sup>6</sup> R. HICK, *Enter the Troika: The Politics of Social Security during Ireland's Bailout*, in *Journal of Social Policy*, 1, 47, 2017, 1, argued that the choices made during the Bailout Package were ideologically driven in many areas, with the terms imposed effectively offering an external party to attribute these cuts to.

<sup>7</sup> L. VARADKAR, *Welfare Cheats Cheat Us All*, 18/04/2020, <http://leovaradkar.ie/2017/04/welfare-cheats-cheat-us-all/> (last visited 07/04/2020).

<sup>8</sup> C. GALLAGHER, *Social welfare fraud detection falls despite Varadkar campaign*, in *The Irish Times*, 16/10/2017 available at: <https://bit.ly/3e8DIGF> (last visited 07/04/2020).

<sup>9</sup> RTE, *Official admits 'welfare cheats' campaign was a mistake*, in *RTE News*, 07/12/2017, available at

<https://www.rte.ie/news/politics/2017/1207/925784-welfare-cheats/> (last visited 08/04/2020).

<sup>10</sup> RTE, *Economic cost of Covid-19 could top €16 billion – Donohoe*, in *RTE News*, 03/04/2020, available at <https://www.rte.ie/news/business/2020/0402/1128100-exchequer-figures/> (last visited 08/08/2020).

<sup>11</sup> *Emergency Measures in the Public Interest (Covid-19) Act 2020*.

<sup>12</sup> See Axiom Consulting, *One DSP Organisational Development Initiative: Driving Strategy and Transformation Through Strategy*, 21/08/2014, and Grant Thornton, *Strategic Review of the Customer Facing Services* (Department of Social Protection, 2008).

<sup>13</sup> See <https://bit.ly/2WTDYs1> (last visited 08/04/2020).

day waiting time removed. Whilst this may not seem significant, prior to CoViD-19, this payment, and many others had previously been disproportionately affected by cuts in government spending. Although prior to the pandemic the executive had engaged in a process of “disability proofing” budgets, the Disability Federation of Ireland had considered this to be inadequate and would be unlikely to lead to any significant changes<sup>14</sup> – and the Illness Benefit would likely come within the scope of this criticism. These measures do not only extend to protecting workers who have been made redundant or find themselves without work during the pandemic: a wage subsidy scheme was created in order to facilitate the retention of staff<sup>15</sup>, and reduce the perceived need for redundancies or temporary layoffs.

Another hugely significant step taken by the government, is to ensure that the CoViD-19 payment is available to almost every category of person within the State, regardless of their immigration status. The Migrant and Refugee Rights Centre notes that individuals on student visas, third-country workers with permission to work in the State on a full-time contractual basis, and even undocumented migrants are able to access it, and that for undocumented migrants, a firewall will operate between the Department of Social Protection and immigration officials to ensure their equal access to the payment without fear.

of reprisal<sup>16</sup>. This is perhaps most notable, because one of the few consistent programmes of reform within the social welfare system prior to the Bailout Package was due to fears stemming from migration<sup>17</sup>. Similarly, the often criticised immigration system has been effectively paused, and all migrants in the country who need to renew or register their immigration permission, as well as those who were on short-stay visas but have effectively been unable to leave Ireland, have had their permission to remain in the State renewed automatically for a period of two months to facilitate social distancing as well as to grant legal certainty to such persons<sup>18</sup>.

This is not to say that the general approach towards addressing the CoViD-19 pandemic through social welfare measure has been without critique – the protections granted to tenants in particular to protect them from eviction have done little to assuage the burden that will be faced by many who lose their primary income but will still be expected to pay rent<sup>19</sup>. However, for an executive which is historically disinclined to engage with social rights, the response adopted is a relatively clear break with party ideology, and the institutional biases of the State.

### 3. Asylum Seekers: Direct Provision, Social Distancing and Material Needs

Another issue that has come to light since the onset of the CoViD-19 pandemic, is the well-

<sup>14</sup> Disability Federation of Ireland, Budget 2019 Press Release – DFI welcomes disability proofing of future budgets available at <https://bit.ly/3bRMbwt> (last visited 08/04/2020).

<sup>15</sup> See <https://bit.ly/2ZqKdAy> (last visited 09/04/2020).

<sup>16</sup> NASC, *COVID-19 Social Welfare Updates*, available at <https://nascireland.org/know-your-rights/covid-19-social-welfare-updates> (last visited 08/04/2020).

<sup>17</sup> C.E. O’SULLIVAN, *Europeanisation and the Irish Habitual Residence Condition*, in *Journal of Social Security Law*, 26, 2, 2019, 79-85.

<sup>18</sup> S. MURRAY, *Covid-19 in Ireland: Immigration permissions due to expire to be automatically extended for two months*, in *TheJournal*, 20/03/2020, available at <https://www.thejournal.ie/immigration-permissions-5053375-Mar2020/> (last visited 09/04/2020).

<sup>19</sup> Government of Ireland, *Guidance Document on COVID-19 Supports for Landlords and Tenants*, available at <https://bit.ly/2AKmxwL> (last visited 08/08/2020).

being and safety of asylum seekers awaiting a determination of their claim. Currently, the regime places such persons in a system referred to as Direct Provision, whereby their housing and material needs are provided for directly through suppliers determined by the Department of Justice. Although not expressly a social rights-based issue, the material needs, employment prospects, and more importantly health, of asylum seekers appear to be of lesser concern to the Irish executive at present than other categories of persons.

The legal basis for Direct Provision was established in the Department of Social Protection Ministerial Circulars 04/00 of 10 April 2000<sup>20</sup> and 05/00 of 15 May 2000<sup>21</sup>, the latter of which has now been repealed. These circulars created an administrative basis for providing asylum seekers with room and board, which would be managed by the Reception and Integration Agency (RIA)<sup>22</sup> within the Department of Justice and Equality. Asylum seekers are not free to choose where they live and are granted accommodation across the country based on the decision-making

of the RIA<sup>23</sup>. A weekly allowance was initially paid to adults of €19.10 a week. A 2015 Working Group Report recommended that this be increased to €38.74 per adult per week<sup>24</sup>, and this was later implemented in 2019<sup>25</sup>. Parents initially received €9.60 per week per dependent child, before being increased in 2016 to €15.60<sup>26</sup>. The Working Group Report suggested that children receive a weekly allowance of €29.80<sup>27</sup>, and this was also eventually implemented in 2019. The intention of this system was to wholly eject asylum seekers from the primary welfare system, and to reduce the incentive for lodging claims in Ireland<sup>28</sup> – in line with similar changes made for immigrants generally to the social welfare code. More recently, a right to work (both through direct employment and self-employed activities)<sup>29</sup> has been recognised and implemented for asylum seekers who remain within the Direct Provision system for a more durable length of time<sup>30</sup> as will be discussed below in direct relation to the CoViD-19 response.

Criticisms of Direct Provision have been a constant feature since its introduction. For example,

<sup>20</sup> DSCFA, SWA Circular 04/00 on Direct Provision to Chief Executive Officers, Programme Managers, SWA Appeals Officers, Superintendent CWOs and CWO (10 April 2000).

<sup>21</sup> DSCFA, SWA Circular 05/00 on Direct Provision to Chief Executive Officers, Programme Managers, SWA Appeals Officers, Superintendent CWOs and CWO (15 May 2000).

<sup>22</sup> See <http://www.ria.gov.ie/> (last visited 07/4/2020).

<sup>23</sup> DSFA, Circular 04/00 (10 April 2000), para. 1. See also, DSFA, Circular 05/00 (15 May 2000), para. 1.

<sup>24</sup> Working Group to Report to Government on Improvements to the Protection Process, including Direct Provision and Supports to Asylum Seekers, available at <https://bit.ly/3d6ZNoU> (last visited 07/04/2020), 5.27.

<sup>25</sup> Although this was rounded up to €38.80.

<sup>26</sup> Department of Social Protection, *Government announces increase to the Direct Provision Allowance for Children* (Press Release) (05/01/2016).

<sup>27</sup> Working Group Report, 5.27.

<sup>28</sup> L. THORNTON, *Social Welfare Law and Asylum Seekers in Ireland: An Anatomy of Exclusion*, in *Journal of Social Security Law*, 20, 2, 2013, 66-88.

<sup>29</sup> Department of Justice and Equality, *Labour Market Access for International Protection Applicants*, available at <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/form-LMA7.pdf/Files/form-LMA7.pdf> (last visited 07/04/2020).

<sup>30</sup> See *N.H.V v Minister for Justice and Equality and ors* [2017] IESC 35. The Department of Justice subsequently opted-in to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection OJ L 180, 29.6.2013, 96–116 in order to regulate the right to work more clearly. There has been no significant change to the modality of welfare provision beyond this, with Direct Provision as a system remaining largely intact.

it has been argued that accommodation centres are not designed for long-term residence<sup>31</sup>. This means that their standard of living – or lack thereof – has a substantial and lasting impact on those housed within it. It was also highlighted that among many rights, the right to an adequate standard of living is a core human right and are an extension of those within the 1951 Convention on the subject of Refugees<sup>32</sup>. This is not helped by what are considered to be «systemic delays [which] continue to undermine the fundamental rights and freedoms of persons seeking asylum or other forms of protection in the State, particularly those asylum seekers in Direct Provision centres»<sup>33</sup>.

The overriding concern is that the conditions within these centres remain wholly inadequate, and are potentially detrimental to the health – both mental and physical – of the asylum seekers housed within Direct Provision, and are likely become more acute over time<sup>34</sup>. This is large part due to the centralised nature of services within the centres, and lack of personal space being provided to asylum seekers<sup>35</sup>. Although highlighted from the perspective of children, it has been noted that rooms are often shared by

entire families, and in close proximity with others to whom they are not related<sup>36</sup>. As contracts with service providers do not necessitate any kind of intercultural training amongst staff or mandate true minimum standards for service provision, this problem arguably persists to this day<sup>37</sup>. This is not helped by the more recent “housing crisis” which has meant that asylum seekers are often housed in emergency accommodation, which are even by comparable standards not designed for long-term occupation.

In view of the current pandemic, many civil society organisations have underlined the need to urgently alter the system of Direct Provision to facilitate social distancing and to address the healthcare and welfare needs of people within the system. As the Migrant and Refugee Rights Centre highlighted, rooms continue to be shared in some centres by up to six people, and these include people who could be considered “immunocompromised”<sup>38</sup>. A more recent letter circulated by Dr. Liam Thornton of University College Dublin (UCD)<sup>39</sup> amongst legal scholars, practitioners, medical experts and other civil society organisations was co-signed by approximately 900 of the same by the 1st of April<sup>40</sup>, suggesting a strong

<sup>31</sup> Independent Expert on the Question of Human Rights and Extreme Poverty, *Report of the Independent Expert on the Question of Human Rights and Extreme Poverty following: Mission to Ireland*, 2011, Para 90.

<sup>32</sup> *Ibid*, Para 91.

<sup>33</sup> Irish Human Rights Commission, *Submission to the UN Human Rights Committee on the Examination of Ireland's Fourth Periodic Report under the International Covenant on Civil and Political Rights*, 2014, 62, main areas of concern available at <https://bit.ly/2TuF2vY> (last visited 07/04/2020).

<sup>34</sup> UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), *Concluding observations on the 3rd and 4th periodic reports of Ireland*, April 2011, CERD/C/IRL/CO/3-4, Para 20.

<sup>35</sup> Council of Europe: European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI), *ECRI Report on Ireland*

(*fourth monitoring cycle*): Adopted on 5 December 2012, 19 February 2013, CRI(2013)1, Para 115.

<sup>36</sup> G SHANNON, *Seventh Report of the Special Rapporteur for Children*, 2014, 56.

<sup>37</sup> Council of Europe: European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI), *ECRI Report on Ireland (fourth monitoring cycle)*, cit., Para 115.

<sup>38</sup> *Irish Times view on coronavirus in direct provision: a sharp wake-up call*, in *The Irish Times*, 24/03/2020, available at: <https://bit.ly/3ebndTK> (last visited 08/04/2020).

<sup>39</sup> <https://people.ucd.ie/liam.thornton> (last visited 08/04/2020).

<sup>40</sup> *Open Letter to Government re: social distancing and direct provision*, 31/03/2020, <https://bit.ly/2Xh4XYW> (last visited 08/04/2020).

consensus on this issue. The Department of Justice, by that time, had announced the addition of 650 further beds in other sites with the intention that this would facilitate self-isolation where necessary as well as social distancing in a broader sense<sup>41</sup>. The actual implementation of this, however, remains unclear – asylum seekers have continued to highlight that their concerns regarding the systemic issues of overcrowding and lack of resources within Direct Provision generally will continue to increase their risk of infection<sup>42</sup>. It was underlined that in some locations, the approach was one of prioritising those who were deemed most vulnerable to infection, and ignoring the inability for other residents to engage in social distancing<sup>43</sup>. The Department of Justice was also reported to have transported a group of 70 asylum seekers across Ireland from a hotel in which there was at least one confirmed case of CoViD-19 – a move which was harshly criticised by opposition parties in the houses of parliament<sup>44</sup>. There was also an outbreak of the virus at one rural centre housing asylum seekers<sup>45</sup>, and in which it appears that no concrete measures were taken to isolate confirmed cases

<sup>41</sup> S. POLLACK, *Coronavirus: More than 650 beds secured for asylum seekers in direct provision*, in *The Irish Times*, 31/03/2020, available at <https://bit.ly/2M3p2gl> (last visited 08/04/2020).

<sup>42</sup> C. O'SULLIVAN, *Asylum seekers fear increased risk of infection due to overcrowding*, in *RTE News*, 05/04/2020, available at <https://bit.ly/3bYBtEu> (last visited 08/04/2020).

<sup>43</sup> C.O. FATHARTA, *Covid-19 measures for asylum seekers described as "shambolic"*, in *The Examiner*, 10/04/2020, available at <https://bit.ly/2TxwPHj> (last visited 27/04/2020).

<sup>44</sup> J. HORGAN-JONES, *Group of 70 asylum seekers transferred from Dublin despite case of Covid-19*, in *The Irish Times*, 21/04/2020, available at <https://bit.ly/3cVU8IM> (last visited 28/04/2020).

<sup>45</sup> *Asylum seeker's safety concerns after virus outbreak*, in *RTE News*, 20/04/2020, available at

from their roommates<sup>46</sup>. Offers of further housing had evidently been rejected in order to ensure that the 2km movement restriction would be complied with<sup>47</sup>, despite no such restriction existing<sup>48</sup>. In this regard, the level of response from the Irish State would appear to be inadequate, and constrained by institutional attitudes and perceptions of the system. On the 23<sup>rd</sup> of April, the Ombudsman – who deals with complaints against public service providers – reiterated that the CoViD-19 pandemic was simply a reminder of the untenable nature of the Direct Provision system<sup>49</sup>.

From a social welfare perspective, there are significant questions regarding the ability of asylum seekers who have found outside employment to access the CoViD-19 emergency payment on an equal basis with not only Irish citizens, but also all other categories of migrants. When, in 2018, the Irish State enacted a limited right to work amongst asylum seekers via the Recast Reception Conditions Directive<sup>50</sup>, the initial level of interest was quite high, with some 10% of residents within Direct Provision being granted a

<https://www.rte.ie/news/coronavirus/2020/0419/1132505-asylum-seekers-safety-concerns-after-virus-outbreak/> (last visited 28/04/2020).

<sup>46</sup> C. BRENNAN, *"Reckless" treatment of virus-hit asylum seekers*, in *The Examiner*, 28/04/2020, available at <https://www.irishexaminer.com/breakingnews/ireland/reckless-treatment-of-virus-hit-asylum-seekers-996412.html> (last visited 28/04/2020).

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Individuals are required to stay within 2km for their daily exercise but can travel beyond this for essential travel and grocery shopping.

<sup>49</sup> Ombudsman, *Ombudsman says direct provision complaints show accommodation system is unsustainable*, 23/04/2020, available at <https://www.ombudsman.ie/news/ombudsman-says-direct-pro/> (last visited 27/04/2020).

<sup>50</sup> See Directive 2013/33/EU.

right to work within 6 weeks<sup>51</sup>. Based on statistics from 2019, it is estimated that approximately 15% of the population within Direct Provision was likely in employment prior to the CoViD-19 outbreak in Ireland<sup>52</sup>. However, despite the almost universal application of the CoViD-19 payment, asylum seekers living in Direct Provision are not considered to be entitled to it, even where they would appear to meet the qualifying criteria. The justification for this appears to be that residents within Direct Provision are already in receipt of the daily allowance as well as the services directly provided to them. Where they are in employment and reside outside of Direct Provision, the payment will then be available to them<sup>53</sup>.

The degree to which this is intentional or merely a technical oversight remains to be seen, but it does raise further concerns over access to basic amenities – with the low level of provision at many, if not most, centres, the additional income received from outside employment would help many residents to do so using their own personal resources. With these income streams cut off for an indeterminate period of time, this can be viewed as another concerning development from both a health and well-being perspective for what is an already marginalised and at risk population.

The rapid changes made to the social welfare system in light of the CoViD-19 pandemic are certainly laudable. Within a short period of time, the Irish executive signalled its commitment to facilitating measures which would help flatten the curve and slow down the spread of the virus through the reinforcement of existing social rights that had for some time, been continually diminished. However, the Taoiseach has already signalled that these measures are only an emergency measure<sup>54</sup>, and are unlikely to represent an overall shift within the modality of welfare provision that exists within Ireland, with social rights likely returning to their pre-pandemic levels once this crisis has ended. In this way, the overall ideologies of the executive will remain intact in the long-term. Similarly, the response to asylum seekers living in Direct Provision falls short of that provided to the general population, and may represent a continuation of governmental attitudes to this marginalised community who, by virtue of their more institutionalised setting, continue to be ‘othered’ and put at greater risk than the general population. Due however to the ongoing nature of this crisis, it remains to be seen how social rights will be dealt with if the pandemic does not resolve itself within a more discreet period of time, or how these issues might be addressed in the more immediate future.

(30 April 2020)

#### 4. Concluding Remarks

<sup>51</sup> S. BARDON, *More than 500 asylum seekers have been granted work permits*, in *The Irish Times*, 09/08/2018 available at <https://bit.ly/2A3E6Yd> (last visited 08/04/2020).

<sup>52</sup> C. THOMAS, *Considerable challenges: Direct Provision residents facing employment barriers despite right-to-work*, in *The Journal*, 14/03/2019, available at <https://bit.ly/3cZCgq4> (last visited 07/04/2020).

<sup>53</sup> R. O'HANRAHAN, *Direct Provision jobless unable to claim Pandemic Unemployment Payment*, available at <https://bit.ly/2XjNqPY> (last visited 07/04/2020).

<sup>54</sup> G. NI AODHA, *Leo Varadkar defends Covid-19 payment anomalies as 'a price worth paying to protect incomes*, in *The Journal*, 02/04/2020, available at <https://www.thejournal.ie/leo-varadkar-welfare-5065257-Apr2020/> (last visited 08/04/2020).



## Portugal: fighting CoViD-19 in the edge of Europe

**Vera Lúcia Raposo**

*Associate Professor at the Faculty of Law of Macau University, China; Auxiliary Professor at the Faculty of Law of Coimbra University, Portugal.*

*Mail: [vraposo@um.edu.mo](mailto:vraposo@um.edu.mo); [vera@fd.uc.pt](mailto:vera@fd.uc.pt).*

Portugal has been praised, amongst its European pairs<sup>1</sup> and outside Europe<sup>2</sup>, for its answer to the CoViD-19 pandemic.

The key – or one of the keys – for the Portuguese (moderate) success was the timely declaration of the state of emergency, done in a moment in which the country was not yet in a real public health crisis. Curiously, social distancing and even confinement was effected by the community (some schools and companies) even before the government realized how serious was the ongoing health crisis.

On March 18, 2020, the President of the Republic declared the state of emergency, to start at midnight of March 19. It was the first time this was even done in the democratic era in Portugal.

The declaration was made through Decree n. 14-A/2020<sup>3</sup>, of March 18, based on a situation of public calamity, as established in Article 19 of the Constitution of the Portuguese Republic (CRP)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A. SMOLTZYK, *How Lisbon has managed the Corona Crisis*, in *Spiegel International*, 9/04/2020, available at: <https://bit.ly/3bUnuzB>.

<sup>2</sup> XINHUA, *Portuguese miracle amid pandemic*, in *Khmer Times*, 20/04/2020, available at: <https://www.khmertimeskh.com/50714670/portuguese-miracle-amid-pandemic/>.

<sup>3</sup> Decreto do Presidente da República n. 14-A/2020, available at: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/130399862/details/maximized>.

<sup>4</sup> <https://dre.pt/part-i>.

<sup>5</sup> Decreto n. 2-A/2020, available at: <https://bit.ly/3d1hjLC>.

The decision is not only in the President's hands; it is decreed by the President of the Republic, after hearing the Government and having the approval of the Parliament. Following this Declaration, Decree n. 2-A/2020<sup>5</sup>, from March 20, came to regulate the application of the state of emergency.

Since the State of emergency can only last for 15 days, the Decree of the President of the Republic n. 17-A/2020<sup>6</sup>, from 2 April (Decree n. 2-B/2000<sup>7</sup>, from 2 April), renewed the state of emergency for 15 more days, until 17 April, and included some additional provisions to the existing situation of suspension.

At midnight of April 18, 2020 started the third renovation of the state of emergency, imposed by the Decree of the President of the Republic n. 20-A/2020<sup>8</sup>, from 17 April, and regulated by Decree n. 2-C/2020<sup>9</sup>, from 17 April. This renovation keeps the basic notes of the previous model, but brings some flexibility intended to be a preparation for the gradual relaunching of the economy announced for May.

Basically, a large set of acts have been issued, not all of them clear enough, making it difficult to assess the regime under the State of Emergency in Portugal<sup>10</sup>.

The decision to impose the state of emergency was very debated among Portuguese

<sup>6</sup> Decreto do Presidente da República n. 17-A/2020, available at: <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/131068115/details/maximized>.

<sup>7</sup> Decreto n. 2-B/2020, available at: <https://bit.ly/2WTBF3x>.

<sup>8</sup> Decreto do Presidente da República n. 20-A/2020, available at: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/131908497/details/normal?l=1>.

<sup>9</sup> Decreto n. 2-C/2020, available at: <https://bit.ly/2TtNITE>.

<sup>10</sup> T. VIOLANTE, R.T. LANCEIRO, *Coping with Covid-19 in Portugal: From Constituional Normality to the State of Emergency*, in *Verfassungsblog*, 12/04/2020, available at: <https://bit.ly/2LNsZ27>.

constitutionalists<sup>11</sup>. Some argued that the Constitution does not provide legal grounds to impose compulsory isolation and compulsory quarantine, therefore, such measures could only be imposed under the state of emergency. This thesis is based on the constitutional text, namely in Article 27 CRP, that lists the cases in which it is possible to deprive someone of liberty; the norm refers to several situations but omits confinement for epidemic reasons. Other scholars argued that even though the CRP is silent in this regard, compulsory isolation and compulsory quarantine find constitutional grounds in the State's duty to protect some of the rights guaranteed in the Constitution, namely the right to physical integrity (some others invoked the right to health, but since this is a social right I find it doubtful that it could ground any State duty of protection in this particular context). I believe that the latter position is correct. Indeed, an interpretation of the CRP that goes beyond its strict wording provides constitutional grounds to measures aimed to protect public health, even if they involve limitations in personal liberty. Constitutions are much more than their words, otherwise they would get useless pretty fast, given that life changes very quickly, while legal texts (especially Constitutions) rarely change their wording. Nonetheless, for reasons of legal certainty and legal clarity, a solid legal basis is recommended and thus the relevance of a presidential act declaring the state of emergency.

The necessity to impose the state of emergency in Portugal had a very clear purpose: to provide legal grounds for the suspension of some

individual rights and liberties<sup>12</sup>, as required to deal with the pandemic.

These are the rights partially suspended in Portugal during the state of emergency:

**a) The right to move and settle (Article 27 CRP)**

Under the previous rules of the state of emergency citizens were under mandatory home confinement, only allowed to leave their home for strict purposes, such as attending work (essential activities not able of being performed by telework keep running), purchasing food, providing assistance to someone in need, or exercise during a limited period of time. A particularly problematic measures imposed under this item were sanitary fences<sup>13</sup> in municipalities with higher number of infected cases, limiting even more severely the displacements out of the included villages.

During the Easter period (between 9 and 10 April) measures became particularly restrictive, to prevent touristic escapes during this festivity and traditional family gatherings. Therefore, during these days, with very limited exceptions, people were not allowed to leave their area of residence, and all airports were closed, except for State flights, cargo flights and humanitarian flights.

However, the Decree from April 17, 2020 brought some flexibility. It states that symmetrical or asymmetric restrictions on movement may be imposed by the competent public authorities, based on the age or place of residence, without discriminatory nature. Even though it still refers the hypothesis of confinement, it is

<sup>11</sup> A.P. SANTOS, *Estado de emergência divide constitucionalistas*, in *Expresso*, 16/03/2020, available at: <https://expresso.pt/politica/2020-03-16-Estado-de-emergencia-divide-constitucionalistas>.

<sup>12</sup> V. DE ALMEIDA, *Coronavirus. Portugal State of Emergency*, available at: <https://bit.ly/3e2iOZY>.

<sup>13</sup> M.S. CARRAPATOSO, *Governo cria cerca sanitária em torno de Ovar*, in *Expresso*, 17/03/2020, available at: <https://expresso.pt/coronavirus/2020-03-17-Governo-cria-cerca-sanitaria-em-torno-de-Ovar-1>.

expected that some people will be able to circulate under some restrictions. Curiously (and unjustifiably) it allows the celebration of the Labour Day (1<sup>st</sup> May), though with restrictions.

**b) The right to property and to private economic initiative (Articles 61 and 62 CRP)**

Limitations in this regard can be materialized in requests to use movable and immovable property, health care units and commercial and industrial facilities. Public authorities can also demand the mandatory opening or closure of stores, services and factories. Moreover, some further measures are allowed: limitations to the production of goods (regarding their quantity, nature and price), their distribution and commercialization; the imposition of legal measures aiming the centralized acquisition of goods deemed essential, with priority or even with exclusivity; the introduction of measures to combat speculation or hoarding of some products or materials.

One of the measures that has caused some commotion is the rigid limitation of dismissal during this period, a rule that can be difficult to follow for small and medium companies<sup>14</sup>, struggling to survive in such difficult times.

However, the Decree of the President of the Republic n. 2-A/2020 foresees the gradual, phased or alternate opening of services, companies and stores, with adapted opening hours. The reopening will not take place at the same time for all services and companies. The full opening will only be possible if the epidemiological data continues to show that the level of infection is decreasing and if the national health service maintains its capacity to deal with serious cases.

<sup>14</sup> Conselho Regional de Lisboa OA, *Online Conference Covid 19*, 3/04/2020, available at <https://bit.ly/3e5gtxa>.

**c) Labour rights (Articles 47, 57, 58, 59 CRP)**

Public authorities are allowed to demand to any employee (of the public, private or social sector, and regardless of the type of labour bond) to report to service and, if necessary, to perform different functions, in a different place, with different hours, or for a different entity. Some professional domains were specifically mentioned in the Decree as possible targets for this intervention: health, civil protection, security, defence and assistance of vulnerable populations.

The right to strike is suspended in the cases in which it can compromise the functioning of critical infrastructures, health care units, public services, economic sectors vital to the production, distribution and supply of essential goods and services for the population. Basically, the suspension covers pretty much every single domain of activity.

The Decree of the President of the Republic n. 2-A/2020 gives back to workers' commissions, unions and employers the right to participate in the drafting of labour laws, a right that was suspended by the previous Decree. Under the Decree of the President of the Republic n. 17-A/2020 the Government had power to act alone in the drafting of labour laws, while now employers' associations and union regained the right to participate in the drafting.

**d) International circulation (Article 44 CRP)**

Border controls on people and goods are in force, including sanitary and phytosanitary controls in ports and airports, all in strict compliance with European law. Even though the free circulation of people, goods and services (and capitals) is the keystone of the European internal market, Article 8 of the Schengen Borders Code<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament, and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of

recognises that member states can reintroduce internal controls at their national borders, so long as they are restricted in time and geographical area, and justified by a serious threat to public health, public policy or internal security.

Portugal and Spain decided in common agreement to close the borders early in the pandemic. Arguably, this was one of the measures that greatly contributed to the reduced number of infected people in Portugal when compared with neighbour jurisdictions, Spain in particular. Actually, the fact that Portugal has only one neighbour – and therefore only one country to be concerned with – certainly helped the containment of the virus.

#### **e) Right of assembly and manifestation (Article 46 CRP)**

Restrictions in this regard can be imposed, namely the prohibition to hold meetings and manifestations.

#### **f) Freedom of religion, in its collective dimension (Article 41 CRP)**

Religious celebrations involve an agglomeration of people; thus, they are not allowed (in alternative some of them are taking place online). There have been reported episodes of catholic priests that insisted in celebrating masses with the physical presence of people in the church, who persisted with the conduct in spite of the warning from police forces, and only stopped under the threat of a possible crime of disobedience (Article 348 of the Portuguese Criminal Code<sup>16</sup>), given that they were violating an order from a public authority<sup>17</sup>.

---

persons across borders, available at: <https://bit.ly/2WTCQ37>.

<sup>16</sup> Available at: <https://bit.ly/2A421Hm>.

<sup>17</sup> *Padre celebrou missa em Mangualde e a GNR foi chamada ao local*, in *JN*, 22/03/2020, available at: <https://bit.ly/3cQubUy>.

#### **g) Freedom to learn and teach (Article 43/1 CRP)**

In order to prevent children gathering in a small place, Easter holidays were anticipated in the end of March, with the support of online education. After the holidays, when students were supposed to resume classes, all lectures were suspended. It was announced that during this academic year only students from the 11th and 12th grades (the two last ones of secondary school) will be allowed to have classroom classes and only for some courses<sup>18</sup>. In order to allow students to continue with their education, several options were considered, including online teaching, but the conclusion was that this option was unviable since many students do not have internet and not even a computer. Consequently, this teaching mechanism was complemented by lectures on television, under the assumption that most students have access to it. Obviously, this measure still raises many difficulties since not all of the students have the home environment (computer, internet, parents able to help them) required to learn at home. The problem is especially stressing for students finishing secondary school, since it is still unclear how and when the exams to access university will be held.

#### **h) Right to the protection of personal data (Article 35 CRP)**

Public authorities are allowed to request data telecommunication operators to send their customers written messages (SMS) with alerts related to the fight against the pandemic.

<sup>18</sup> I. PAULO, A.M. CORREIA, *Covid-19. Um terceiro período como nunca o vimos (aula, exames, máscaras, telescola e as incógnitas*, in *Expresso*, 9/04/2020, available at: <https://bit.ly/2AT1nwE>.

All Decrees state very clearly, that the state of emergency cannot affect the right to life, the right to personal integrity, the right to personal identity, the right to civil capacity and citizenship, the principle of non-retroactivity of criminal law, the rights of the defendants, the freedom of conscience and religion (although its collective dimension is actually limited by the Decree), the freedom of expression and the freedom of information. These safeguards come as an imposition of Article 19/6 of the CRP.

Looking at the list of rights susceptible of being suspended (many of them effectively suspended), it is noticeable that some rights were not included in the Decrees. Their “absence” cannot be seen as a mere detail. From a constitutional perspective, the state of emergency is a truly exceptional situation, susceptible to affect some fundamental rights, but – as clearly stated by the Portuguese Ombudsman, «it does not suspend the Constitution»<sup>19</sup>, and thus only the rights expressly mentioned in the declaration of the state of emergency can be partially suspended.

A clamorous absence from this list is the right to personal freedom (Article 27 CRP), an absence that divided the constitutionalists, especially because this is the right mostly at stake in all the restrictions involved in the state of emergency. As pointed out by Jorge Reis Novais<sup>20</sup>, the restrictions to travel, the imposition to stay in home confinement, the changes in labour duties, they all involve, even if only indirectly, a

limitation to the right of personal self-determination. But they become problematic if personal freedom is not referred as a right under suspension. Differently, José de Melo Alexandrino<sup>21</sup> sustains a different perspective, that seems more reasonable. He states that rights can be object of different types of limitations, that do not equate to a proper suspension, even if not expressly enacted by law, as long as proportional and necessary to safeguard constitutional interest.

Also absent from the declaration of emergency is the right to access to justice and to courts (Article 20 CRP). The non-suspension of this right is in conformity with Law n. 44/86<sup>22</sup>, of 30 September, the law regulating the state of siege and the state of emergency (Portuguese law clearly distinguish the two, unlike some other foreign laws). This law clearly states: «[i]n the event of a state of siege or a state of emergency, citizens fully maintain their right of access to the courts, in accordance with the general law, to defend their rights, freedoms and guarantees that have been harmed or threatened with injury by any unconstitutional or illegal measures» (Article 6 of Law n. 44/86). Curiously, several courts proceedings have been postponed in the last couple of weeks, which might constitute a violation of Article 20 CRP and Article 6 of Law n. 44/86.

Not every measure carried out during the pandemic involves the restriction of rights. Some of them intend to provide assistance to the community, assuring that people won't be deprived of basic goods. For instance, all patients

<sup>19</sup> *Declaração da Provedora de Justiça sobre o estado de emergência*, 20/03/2020, available at: <http://www.provedor-jus.pt/?idc=136&idi=18228>.

<sup>20</sup> J. REIS NOVAIS, *Estado de emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial*, in *Observatório Alameda*, 19/03/2020, available at: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>.

<sup>21</sup> J. MELO ALEXANDRINO, *Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais*, in *Observatório Alameda*, 7/04/2020, available at: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>.

<sup>22</sup> Lei n. 44/86, Regime do estado de sítio e do estado de emergência, available at: <https://bit.ly/36oVnYk>.

with CoViD-19 will be exempt from paying the usual hospital fees<sup>23</sup>, either for diagnostic or for treatment.

One of the most controversial measures based on Decree 17-A/2020 (Article 6) is the early liberation of inmates. The idea did not come out of the blue. On 25 March 2020, the UN High Commissioner for Human Rights appealed to the member states to initiate procedures for the early release of prisoners<sup>24</sup>, in order to slow the transmission of the new coronavirus.

In spite of the many critics – mostly coming from the populist party<sup>25</sup>, always eager to distort information to get votes –, this measure is essential to protect the health of the inmates<sup>26</sup>. Even though jail sentences involve the loss of some rights, the right to health is not among them. The singularities of life in prison – especially in prisons that are in their maximum capacity, such as it happens in Portugal<sup>27</sup> – create the perfect scenario for a health disaster, not only for the ones serving time, but also for the ones who work in the penitentiary system, such as prison guards, health personnel and technicians in social reintegration.

In particular, the measures involve<sup>28</sup>:

**(a) The pardon of some jail sentences**

The pardon involves sentences of two years or less, or longer sentences whose remaining

period is less than two years. This measure only involves less serious crimes, thus excluding the crimes of homicide, domestic violence, crimes against sexual freedom and sexual self-determination, robbery, criminal association, corruption, money laundering, arson and drug trafficking (except for less serious trafficking). Also excluded are the crimes committed by people in situations of particular public trusts, such as holders of political offices, members of the police and security forces, prison officials and guards.

**(b) A special pardon for vulnerable inmates**

Inmates with 65 years or older, who suffer from physical or mental diseases, or that have a degree of autonomy incompatible with the normal staying in prison (non-cumulative requisites) can receive a special pardon.

**(c) A special administrative leave**

This is a leave for a period of 45 days, renewable, under the filling of some requisites.

**(d) The anticipation of release on parole.**

A measure for which Portugal is being highly praised is the regularization of immigrants. Based on Order 3863-B/2020<sup>29</sup>, from 27 March, all foreign citizens who have presented their legalization request at the moment the state of emergency was declared (18 March 2020), and

<sup>23</sup> Covid-19: Governo isenta de taxas moderadoras todos os doentes infetados, available at: <https://www.saudemais.tv/noticia/10839-covid-19-governo-isenta-de-taxas-moderadoras-todos-os-doentes-infetados>.

<sup>24</sup> United Nations Human Rights – Office of the High Commissioner, *Urgent action needed to prevent COVID-19 “ramping through places of detention”*, available at: <https://bit.ly/36lyyV6>.

<sup>25</sup> Covid-19: Chega rejeita “pandemónio” e garante “não aceitar a libertação de preso”, in *Sábato*, 2/04/2020, available at: <https://bit.ly/3geiKrX>.

<sup>26</sup> A. LAMAS LEITE, *Soltem os prisioneiros?*, in *Público*, 9/04/2020, available at: <https://bit.ly/3eaXxNH>.

<sup>27</sup> M. CERQUEIRA, *Prisão de Caxias é uma das mais lotadas do país*, in *Jornal i*, 19/02/2017, available at: <https://bit.ly/2zdF98h>.

<sup>28</sup> *Medidas excecionais protegem reclusos e funcionários das prisões*, in *JUSTICA.GOV.PT*, 2/04/2020, available at: <https://bit.ly/2ZnXPg6>.

<sup>29</sup> Despacho n. 3863-B/2020, available at: <https://bit.ly/36kP1ck>.

whose request is now pending in the Portuguese Immigration Service, will have their situation regularized in Portugal. This allows to a vulnerable population (and especially vulnerable during a pandemic) to have access to some essential services, as health, social security and stability in employment (actually, under Portuguese law, any illegal immigrant is entitled to receive healthcare by the national health service, and in cases of threat to public health, such as a pandemic, only pays a small fee<sup>30</sup>).

In spite of the many praises the measure has received internationally, the regularization of illegal immigrants might be less sensational than it appears. The wording of the Order is imprecise (a clear case of poor legal writing), but it might be the case that the regularization is only valid until the 30 June, thought susceptible of subsequent renovations.

However, it's not all rainbows and butterflies. Portugal can still be a target of criticism. Bottom line, the country has one of the highest mortality rates<sup>31</sup>. The absolute number might not be overwhelming, but our percentage of fatalities per million of habitants<sup>32</sup> is concerning.

This frustrating result might be due to the failure of some measures:

1. Legal proceedings for the crime of disobedience – applied to people who disobey the

order for home confinement imposed by the public authority – are sometimes terminated because (some) Public Prosecutors and judges seem to understand that the existing regulations do not foresee the crime of disobedience for all situations<sup>33</sup> where home confinement is violated. It is difficult to combat a pandemic when there is no effective way to make people comply with the measures in places.

2. Social distancing is not being respected by everyone. A deeply religious population and a frustrating ignorance in what regards the modes of infections (in spite of the massive information in place in the media) led to situations of severe risk, especially during the Easter celebration. People gathering together, moreover all kissing the sacred Cross<sup>34</sup>, are fertile soil for the infection.
3. Hospitals struggle with the lack of material (for instance, protection for health care staff, ventilators) contradicting the words of the Executive guaranteeing that healthcare staff and hospitals are well equipped.<sup>35</sup>
4. The modus operandi of the Directorate-General for Health, the highest health authority in Portugal, does not arouse confidence in the population: it started by devaluating the importance of the virus,<sup>36</sup> even against scientific evidences; there is an evident lack of

<sup>30</sup> <https://bit.ly/3cQuONU>.

<sup>31</sup> *How Europe is responding to the coronavirus pandemic*, in *Político*, 3/13/2020, available at: <https://www.politico.eu/article/how-europe-is-responding-to-the-coronavirus-pandemic/>.

<sup>32</sup> P. CAETANO, *Visão Factual Epidemiológica: Portugal é um dos países mais perigosos do mundo na Covid-19*, in *Observador*, 15/04/2020, available at: <https://bit.ly/2WVbGJd>.

<sup>33</sup> M. OLIVEIRA, S. TRIGUEIRÃO, A. HENRIQUES, *Covid-19: há 175 detidos por desobediência, mas só 18 julgamentos*, in *Público*, 10/04/2020, available at: [https://www.publico.pt/2020/04/10/sociedade/noti](https://www.publico.pt/2020/04/10/sociedade/noticia/covid19-ha-175-detidos-desobediencia-so-18-julgamentos-1911767)

[cia/covid19-ha-175-detidos-desobediencia-so-18-julgamentos-1911767](https://www.publico.pt/2020/04/10/sociedade/noticia/covid19-ha-175-detidos-desobediencia-so-18-julgamentos-1911767).

<sup>34</sup> J.F. GOMES, *Lares promovem "beijar da cruz" entre idosos apesar da suspensão decretada pela Igreja*, in *Observador*, 13/04/2020, available at: <https://bit.ly/2TtPgN2>.

<sup>35</sup> J. PEREIRA BASTOS, *Costa diz que não falta nada, mas nos hospitais diz-se que falta o básico*, in *Expresso*, 23/03/2020, available at: <https://bit.ly/2TvFdqz>.

<sup>36</sup> *Quando a diretora-geral da Saúde desvalorizou o impacto do coronavírus*, in *Sábado*, 12/03/2020, available at: <https://bit.ly/36lDadY>.

communication with local authorities,<sup>37</sup> and basic mistakes in the assessment of the number of infected individuals<sup>38</sup> are recurrent. One of the most stringent flaws is the fact that the Directorate-General for Health insisted until recently in discouraging people from wearing facial masks,<sup>39</sup> even with the strong opposition of the Portuguese medical community<sup>40</sup> and defying the practices been followed in the countries that have been more successful in fighting the pandemic<sup>41</sup>.

Moreover, home confinement is aggravating the cases of domestic violence<sup>42</sup> (even though the numbers of complaints decreased); children at risk<sup>43</sup> are being sent back to their families (to where they were removed for self-protection)

and surprise home visits to their homes is suspended during the state of emergency. The State of Emergency partially suspends some rights, but cannot suspend the protection due to the weakest ones.

What does the future hold? The current state of emergency will cease on May 2, 2020, at 11.59 pm.

It is uncertain whether the state of emergency will be renewed one more time, until mid-May. Authorities seem to believe it won't, but it all depends on the evolution of the pandemic. The future is uncertain, so one can only hope the pandemic has a satisfactory evolution. In such desperate times only hope, and above all science, can help us.

(23 April 2020)

<sup>37</sup> *Covid-19: Câmara do Porto não reconhece autoridade à DGS e rejeita cerco sanitário*, in *Visão Saúde*, 30/03/2020, available at: <https://bit.ly/2TxzBwd>.

<sup>38</sup> *DGS admite dupla contagem de casos de covid-19 no Porto*, in *Diário de Notícias*, 31/03/2020, available at: <https://bit.ly/2WScoXB>.

<sup>39</sup> J. CÉU E SILVA, *Máscaras dão "falsa sensação de segurança", diz Graça Freitas, mas China envia-as para Portugal*, in *Diário de Notícias*, 22/03/2020, available at: <https://bit.ly/3eblcfW>.

<sup>40</sup> *Covid-19: Conselho de Escolas Médicas critica DGS pela posição sobre máscaras*, in *Publico*, 3/04/2020, available at: <https://bit.ly/2Xh7L8q>.

<sup>41</sup> S. O'DWYER, *You don't have to be Asian to wear a face mask in the epidemic*, in *The Japan Times*, 17/03/2020, available at: <https://bit.ly/36kPtHy>.

<sup>42</sup> *APAV teme aumento da violência doméstica com prolongar da quarentena*, in *Sabádo*, 26/03/2020, available at: <https://bit.ly/2LN1vQq>.

<sup>43</sup> R. PENELA, *Crianças e jovens vítimas de maus tratos enviadas de regresso a casa e sem visitas de rotina dos técnicos*, in *Observador*, 1/04/2020, available at: <https://bit.ly/3gdWpul>.

## CoViD-19 pandemic in Sweden: measures, policy approach and legal and ethical debates

**Ana Nordberg**

Associate Senior Lecturer at the Faculty of Law of Lund University, Sweden.

Mail: [ana.nordberg@jur.lu.se](mailto:ana.nordberg@jur.lu.se).

**Titti Mattsson**

Professor of Public Law, Director of Health Law Centre at the Faculty of Law of Lund University, Sweden.

Mail: [titti.mattsson@jur.lu.se](mailto:titti.mattsson@jur.lu.se).

### 1. Sweden's approach: constitutional framework and institutional traditions

Sweden has implemented what appear to be relatively mild restrictions in response to CoViD-19. High schools and universities have moved to distance education, but child daycare units and schools remain open. Restaurants, gyms, parks, libraries and museums are open and public transportation remains available. Reported data indicates that Sweden registers one of the highest number of deaths per population in the EU as well as high excessive death values<sup>1</sup>. However, experts also claim casualty numbers are difficult to compare across countries due to the use of different parameters in attribution of causes of death and also that only time will allow to draw scientifically sound conclusions from excess mortality. In this article we analyze the legal approach and measures implemented by public authorities and its legal background. Further, we discuss general legal and ethical questions

related to measures to contain public health threats such as the current CoViD-19 pandemic. It is outside of the scope of this paper to investigate the health effects and effectiveness of Sweden's public health strategy and measures.

The Swedish approach to the public health emergency created by the CoViD-19 disease is anchored on its democratic political traditions and framed by the conditions set up by its fundamental laws and principles of government. Sweden does not have a single codified constitutional document, in the continental civil law traditional sense. The Swedish constitutional order is rather composed by four fundamental Laws: the Instrument of Government<sup>2</sup>, the Act of Succession<sup>3</sup>, the Freedom of the Press Act<sup>4</sup> and the Fundamental Law on Freedom of Expression<sup>5</sup>. Furthermore, the Parliament Act<sup>6</sup> occupies a position between fundamental law and ordinary law. Sweden has also fully incorporated the Council of Europe convention on human rights into national law<sup>7</sup>.

Sweden's constitutional order does not contain provisions that allow the possibility to declare neither a *State of emergency* or *state of exception* for civil emergencies. Only in the case of war, the government is provided with a statutory possibility to suspend civil fundamental rights and freedoms<sup>8</sup>. However, as we will explain in more detail below, there are ample possibilities within the framework of ordinary law to address the challenges of public health emergencies. The Swedish approach is also characterized by a strong institutional tradition of reliance on expertise provided by politically independent institutions, in particular the *Public Health Agency*.

<sup>1</sup> Excess mortality measures deaths occurred in a given time period from all causes in relation to average total mortality rates. <https://nyti.ms/2Tx1vlu> (last visited 20/05/2020).

<sup>2</sup> Regeringsformen (1974:152).

<sup>3</sup> Successionsordningen (1810:925).

<sup>4</sup> Tryckfrihetsförordningen (1909:105).

<sup>5</sup> Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469).

<sup>6</sup> Regeringsordningen (2014:801).

<sup>7</sup> Ch. 2 para 19 (1974:152).

<sup>8</sup> Ch. 15 (1974:152).



Finally, Sweden has a vast territory with a low population density, it is thus also characterized by administrative decentralization. Healthcare and welfare services (including palliative care, rehabilitation and care for the elderly and persons with special needs), are provided respectively by 21 regions and 290 municipal authorities, coordinated by the *National Board of Health and Welfare*<sup>9</sup>.

## 2. Communicable diseases legislative framework

Emergency measures to face the *SARS-CoV-2* viral outbreak<sup>10</sup>, were enacted under an already existing framework. i.e. the Swedish Communicable Diseases Act<sup>11</sup>. This is a modern piece of legislation enacted after the first corona virus outbreak<sup>12</sup>. It provides a framework for responses to communicable diseases and includes general principles regarding the specific medical care for communicable diseases, possible measures for the prevention of community spread and set ups an approach to medical examinations of communicable diseases cases. The Act stipulates a wide range of methods and interventions that can be used, both by health care institutions and other general Swedish authorities, to face the need for protection against the spread of infectious diseases in the population. It further classifies different communicable diseases in different categories, according to the nature of the disease and its expected effects on

society. This characterization allows to distinguish disease classes and create different measures to be implemented according to the seriousness of a specific communicable disease.

## 3. CoViD-19 legislative measures

CoViD-19 was classified as a communicable disease «dangerous to public health and to society» on 1 February 2020. Previously, only Ebola, SARS and smallpox were included in this class<sup>13</sup>. Since then Swedish government has announced a series of measures aimed «to limit the spread of the Covid-19 virus and to mitigate the economic impact of it»<sup>14</sup>, presented in five categories, measures to: (1) limit the spread of infection; (2) ensure availability of health care resources; (3) limit the impact on critical services; (3) alleviate the impact on people and companies; (4) ease concern; and (5) ensure that the right measures are taken at the right time.

The qualification of CoViD-19 as dangerous to public health and society, enables adoption of extraordinary measures under the *Swedish Communicable Diseases Act*. These include, for example, allowing the government to place citizens in quarantine and put a territorial area under *lock down*. However, the *travaux préparatoires* make clear that the legislative intent is not for these *extraordinary measures* to have a prominent role in the protection against the spread of communicable diseases. Lockdown decisions are mainly constructed to be applied in a relatively small

<sup>9</sup> On the competencies of the National Board of Health and Welfare see: The National Board of Health and Welfare, Item n. 2015-9-10, published 2015-01-01. <https://www.socialstyrelsen.se> (last visited 15/05/2020).

<sup>10</sup> This article considered the existing situation until 15th May 2020.

<sup>11</sup> Smittskyddslag (2004:168).

<sup>12</sup> The 2002–2004 SARS outbreak was an epidemic involving severe acute respiratory syndrome (SARS) caused by severe acute respiratory syndrome coronavirus (SARS-CoV or SARS-CoV-1).

<sup>13</sup> Swedish government press release: <https://bit.ly/2ZvwY1A> (last visited 15/05/2020).

<sup>14</sup> *Ibidem*. See also <https://www.government.se/government-policy/the-governments-work-in-response-to-the-virus-responsible-for-covid-19/> (Last visited 15/05/2020).

territorial area, for example corresponding to a few blocks in a residential area. Furthermore, this measure is intended to allow identifying the origin of contagion, and not meant to isolate sizable populations. Imposition of quarantine orders are individual measures applied to individual patients – someone that has been, or is suspected to have been, exposed to the disease. Quarantine measures cannot be imposed in block to an entire population or categories of persons. Finally, there is no specific instruments allowing to coercively enforce these measures, e.g. by imposing fines or other penalties, apart from limited possibilities for coercive care and general liability rules.

In theory, imposing lockdowns in large geographical areas or general quarantines such as those observed in other countries, are not entirely incompatible with Sweden's legal framework. However, the provisions in the *Swedish Communicable Diseases Act* are qualified by both the need of strong scientific indication of the necessity and effectiveness of each measure and a proportional respect for personal integrity. A broad interpretation of the application of these extraordinary measures would be inconsistent with this principle of proportionality unless, after considering all factors, strong scientific evidence of the necessity and benefits of such measures is found.

So far, this approach to extraordinary measures has been reflected in the overall Swedish

government and local authorities' strategy to tackle the CoViD-19 pandemic. Swedish authorities have repeatedly *recommended* social distancing, avoiding or reducing longer or unnecessary travels, personal hygiene and a series of other recommendations which all stress the individual or company responsibility<sup>15</sup>. Focus has been not on coercive measures, but instead on ensuring public understanding and adherence to voluntary measures. It can be described as a bottom up approach, focused on sustainable measures that can be developed and be in place for a longer period. An important role in implementation being attributed to the existing traditional forms of dialogue between social partners: trade unions and professional associations, companies and industry representatives, government, and local administration. Self-imposed travel bans, work reorganization with a move to e-meetings and work from home to all non-essential staff have been implemented by companies and organizations, sometimes anticipating or beyond general recommendations, due to considerations of specific workplace health and safety conditions.

Legislative interventions due to the CoViD-19 outbreak are, to this moment, limited to a general prohibition of visitors in elderly care facilities<sup>16</sup> and a limitation of physical general gatherings and public events with more than 50 people in public spaces and establishments open to the public<sup>17</sup>. The prohibition applies to both indoors

<sup>15</sup> Public Health Agency recommendation, *Gemensamma författningssamlingen avseende hälso- och sjukvård, socialtjänst, läkemedel, folkhälsa m.m.*, Artikelnummer 27120012HSLF, 16 April 2020, <https://www.folkhalsomyndigheten.se/contentassets/a1350246356042fb9ff3c515129e8baf/hslf-fs-2020-12-allmanna-rad-om-allas-ansvar-covid-19-tf.pdf> (last visited 15/05/2020); Public Health Agency recommendation, *Folkhalsomyndighetens föreskrifter och allmänna råd om att förhindra smitta av covid-19 på restauranger och caféer m.m.*,

Artikelnummer 27120009HSLF, 31 March 2020, <https://www.folkhalsomyndigheten.se/contentassets/419aae6d128c4f43ac87ea785ec9d7b3/hslf-fs-2020-9.pdf> (last visited 15/05/2020).

<sup>16</sup> Förordning om tillfälligt förbud mot besök i särskilda boendeformer för äldre för att förhindra spridningen av sjukdomen covid-19, <https://bit.ly/3bYFjxo> (last visited 15/05/2020).

<sup>17</sup> On 11 March the prohibition was set to 500 persons, this limit was reduced to 50 persons on 27 March 2020. See Regulation on amending regulation

and outdoors events and failure to comply carries a fine penalty or a prison sentence of up to 6 months<sup>18</sup>. General gatherings include demonstrations, public lectures, religious practices, theater and cinema exhibition and concerts. Public events include sports events, dance, markets and fairs. Schools, public transportation, private functions, large grocery and other retail stores or shopping centers do not fall under this legislation. Private events are not covered by the prohibition, but restrictions are recommended and generally being observed. However, as mentioned even without any legislative measures, higher education, high schools and many private workplaces have still adopted home-based work and studies.

Sweden is currently adopting a new legislative package, that includes a number of economic and administrative measures, as well as revised provisions in aforementioned *Communicable Diseases Act* (2004:168) that temporarily afford the government increased powers to quickly take measures to limit the spread of the virus<sup>19</sup>.

#### 4. CoViD-19 official recommendations

The Public Health Agency has had a central role in the management of the current health crisis. This role is based on a mandate to provide scientific and technical advice to authorities, but also general recommendations to the public. Recommendations on preventive measures and on how preventive measures ought to be applied in the context of health care are regularly updated, based on the progress of knowledge about

2020:114 on prohibition to hold public gatherings and public events (Förordning om ändring i förordningen (2020:114) om förbud mot att hålla allmänna sammankomster och offentliga tillställningar), 27 March 2020.

<sup>18</sup> 2 kap. 29 § ordningslagen.

<sup>19</sup> Proposition to amend the Communicable Diseases Act, Prop. 2019/20:155 Förslag till ändring i

CoViD-19. Every day at 2 pm the Public Health Authority in coordination with other authorities, such as the *Ministry of Health and Social Affairs*, the *National Board of Health and Welfare* and the *Civil Contingencies Agency* holds a press conference with updated information and recommendations. This press conference is transmitted live in open signal by public television and streamed online by several news outlets. A webpage constantly updated, providing informational resources, statistics and recommendations, is also available, not only in Swedish but also in several other languages.

The importance of basic hygiene practices in healthcare has been constantly highlighted along with the need for risk-based use of personal protective equipment. In particular regarding the treatment of suspected and confirmed cases of CoViD-19, including specific guidelines for elderly care and similar care facilities.

#### 5. Healthcare in times of pandemic crisis

One of the most controversial and difficult issues to address during public health emergencies is the potential problem of reaching a situation where human and material resources become insufficient to an extraordinary rise in demand for healthcare. Although temporary difficulties and shortages have been reported in some regions, so far, Sweden has not reached a critical situation. Regardless, *National Board of Health and Welfare* developed specific guidelines to account for such eventual situation<sup>20</sup>. The guidelines begin by stressing the importance to

smittskyddslagen (2004:168). The changes concern Ch 9 sec 6a-6c §§.

<sup>20</sup> National Board of Health and Welfare, *National Principles for prioritizing intensive care under extraordinary circumstances*, updated version 29 April 2020, <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/dokument-webb/ovrigt/nationella->

exhaust all possibilities to increase available resources, before caregivers apply the documents principles for prioritizing intensive care resources. In a situation of insufficient resources, intensive care ones (e.g. respirators and other life support equipment) ought to be reserved for patients in whom intensive care has greater probability to contribute to continued survival. This means increased restrictions on initiating or continuing intensive care than in a normal situation<sup>21</sup>. An assessment should be guided by the legal and ethical principles of human dignity, medical necessity and solidarity, and, simultaneously, on the cost efficiency principle. This means that the prioritization must not be based on the patient's social situation or position, any disability or on whether the patient himself has contributed to his or her condition, or the patient's chronological age itself. However, biological age, underlying disability and complete clinical situation have to be considered, as well as the overall situation of available resources vis a vis number of patients in need of care<sup>22</sup>.

So far, no medical services have been officially suspended due to the pandemic situation. However, some healthcare, such as planned surgeries, tests to discover diseases and other types of health care that is not acute, has been postponed. The *National Board of Health and Welfare* has also issued guidelines concerning prioritization in routine healthcare to be applicable in the eventuality that access to less acute healthcare is generally disrupted<sup>23</sup>.

Another important topic is the access to healthcare of the most vulnerable people. In this sense the *Communicable Diseases Act*

[prioriteringar-intensivarden.pdf](#) (last visited 15/05/2020).

<sup>21</sup> National Board of Health and Welfare, *op. cit.*, p. 6.

<sup>22</sup> National Board of Health and Welfare, *op. cit.*, p. 8.

<sup>23</sup> *National principles for prioritization of routine health care under the covid-19-pandemia: knowledge*

(2004:168) applies to «everyone found in Sweden», regardless of legal statues, and this includes for example treatment for illegal migrants and asylum seekers.

In terms of medical liability, no new provisions have so far been introduced concerning the liability of health personnel, or civil or criminal liability immunity for healthcare professionals. However, CoViD-19 will be added to the list of communicable diseases in the national legislation concerning occupational injury from the 25th of April.

## 6. Legal and ethical debates

The public health emergency, its social consequences and the possible measure to address them are fertile ground for legal and ethical controversies. Namely, questions concerning potential erosion of democratic principles, unchecked expansion of digital health technologies and uneven impact on the most vulnerable.

### 6.1. Democracy and constitutional order

Constitutional experts have raised the issue of eroding democracy and the democratic legal order by opening up to the possibility of legislative developments overly restrictive to fundamental individual rights and freedoms. It is observed that during crisis there is little opposition to strong legislation that immediately appears justified by the nature of the threat<sup>24</sup>. The problem is that, like other threats, the viral outbreak is not likely to be completely eradicated in the short term. Once the legislation is in place, it facilitates the daily operations of the

*support to develop regional and local guidelines*, April 2020, Dnr: 13865/2020, <https://bit.ly/3e8IAvr> (last visited 15/05/2020).

<sup>24</sup> <https://t.sr.se/3ggWayl> (last visited 15/05/2020).

administration and public actors, it will be more difficult to revert to a previous more open legal framework. Likewise, once all sectors of activity invest in adapting to strict rules on social distancing and individual control, these are likely to remain in place for a long period of time. This has been observed after the tragic events of the attacks on the 11 September 2001. Privacy and personal integrity restrictions were quickly enacted based on a principle of “war on terror”. Almost 20 years later, personal items inspection, x-rays, metal detectors, body searches and video surveillance in public spaces are institutionalized routines. Now we approach a situation where the “war on CoViD-19” justifies measures that may not have sufficiently proved scientific efficacy: closed borders, quarantine on arrival, random health checks and temperature measurements, mandatory use of masks in public spaces, mandatory registration of contact address, use of tracing apps, etc. Measures of exception enacted without a clear and specific end date may be difficult to revert and have to be carefully considered.

In Sweden, so far, the strategy has been to rely on personal responsibility and sense of civic duty over restrictive legislation, due to the need to have a long-term and sustainability perspective. Recommendations also have the advantage of increased flexibility, while norms are more rigid due to the need to guarantee legal certainty.

<sup>25</sup> On 14 April 2020, twenty-two university researchers wrote an opinion piece in the journal *Dagens Nyheter* claiming that the Public health agency has failed and urging politicians to intervene. M CARLSSON ET AL., *Folkhälsomyndigheten har misslyckats - nu måste politikerna gripa in*, *Dagens Nyheter*, 14 April 2020.

<sup>26</sup> Anders Tegnell, an epidemiologist at Sweden’s Public Health Agency, interviewed by Nature, recognized that «We underestimated the issues at care homes, and how the measures would be applied. We should have controlled this more thoroughly». See M. PATERLINI, “Closing borders is ridiculous”: the epidemiologist

Several researchers have contested the data analysis made by the *Public Health Agency* and called for stronger government intervention<sup>25</sup>, there has also been some self-criticism concerning delayed early responses to the pandemic, in particular concerning recommendations addressed at elderly care units<sup>26</sup>. However, empirical data suggests a high adherence to recommendations with reduced traveling patterns as compared with numbers prior to social distancing recommendations, a reduction that is even more pronounced than in neighboring countries with stricter legal restrictions<sup>27</sup> and considerable national support for the current approach<sup>28</sup>.

## 6.2. Big data, Artificial Intelligence and tracing Apps

The use of digital technology for public health purposes had already been debated. The emergency situation has pushed forward adoption of technology solutions in several countries, including enacting legislative changes to enable the use of such technologies. In Sweden, the *Public Health Agency* uses anonymized and aggregated mobile telephone data from Telia (a telecommunication company) to study how the population moves and find correlations with the spread of CoViD-19 and to analyse how recommendations

*behind Sweden’s controversial coronavirus strategy*, *Nature* 580, 574 (2020).

<sup>27</sup> Public Health Agency weekly report, week 1 (4 – 10 May), 15 May 2020. <https://bit.ly/36IAFlw> (last visited 15/05/2020); see also TELIA, *Covid-19 Mobility Analysis: trips in the Nordic countries and Estonia w.6-w.19*. <https://www.teliacompany.com/en/about-the-company/updates/mobility-analysis/> (last visited 20/05/2020).

<sup>28</sup> Several recent public surveys conducted by independent media outlets show increased levels of trust in the government and the Public Health Agency.

are being followed<sup>29</sup>. It has so far not recommended, nor endorsed the use of any of the various apps developed by commercial actors and research institutions<sup>30</sup>.

Sweden's Ethical council in a recent report considers that these technologies pose a risk to democratic freedoms and rights and may go against fundamental ethical principles, and in this sense their use has to be considered carefully<sup>31</sup>. The fundamental requirements for their use must be that there is concrete and solid evidence that these tools provide their intended effect – to help reduce the spread of the disease – and that less intrusive alternatives are not available.

Although data protection rules contain exceptions for situations of public health protection and emergencies and allow such data processing<sup>32</sup>, it is fundamental that the use of such tools is voluntary; that alternatives are available to those that do not wish or are not able to use digital technologies; that developers comply with data safety safeguards against misuse; and that data is processed in a transparent manner in accordance with data protection principles. Measures concerning social distancing coupled with the use of digital tool for monitoring compliance, leads to a strong concern over the State intervention into the core of the private sphere, for example with confinement measures that

restrict the number of social connections to members of the same household or to a small group of reported connections. The CoViD-19 pandemic has demonstrated that the use of digital technologies can be most useful, but it is necessary to ensure effective observance of existing data protection rules, as well as consider further regulation concerning the use of big data.

### 6.3. Immunity certification

Social distancing, reduced mobility and work from home are measures that adversely impact society and economy and are not sustainable. Before a vaccine or more efficient treatment is available, hope has been placed in acquired immunity. In several countries, testing for anti-bodies and immunity certificates have been debated<sup>33</sup>. If those that have become immune and are now healthy where identified, then they could safely return to work and normal activities, such as being able to travel, visit elderly relatives, etc. Such certificates could be used also later once a vaccine is available. Certificated persons would not have to follow restrictions and recommendations. Immunity certificates pose several technical and medical questions, as these are dependent on the existence of sufficient reliable tests, in sufficient quantity. But also, it is necessary reliable scientific evidence concerning the level of protection against re-infection and

<sup>29</sup> Public Health Agency, *Folkhälsomyndigheten tar hjälp av mobildata*, 8 April 2020, <https://www.folkhalsomyndigheten.se/nyheter-och-press/nyhetsarkiv/2020/april/folkhalsomyndigheten-tar-hjalp-av-mobildata> (last visited 15/05/2020). Anders Tegnell recognized also the use of data from google. M. PATERLINI, *op. cit.*

<sup>30</sup> Interpellation from MP Clara Aranda to the Minister of Health and Social Affairs Lena Hallengren on the use of mobile apps for tracing CoViD-19 transmission. Mobilapplikation för smittspårning av covid-19, Skriftlig fråga 2019/20:1300 av Clara Aranda (SD) och Svar på fråga 2019/20:1300 av Clara Aranda (SD)

Mobilapplikation för smittspårning av covid-19, [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/skriftlig-fraga/mobilapplikation-for-smittsparning-av-covid-19\\_H7111300](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/skriftlig-fraga/mobilapplikation-for-smittsparning-av-covid-19_H7111300) (last visited 15/05/2020).

<sup>31</sup> Report from the Swedish National Council on Medical Ethics (SMER), *Etiska vägval vid en pandemi*, Stockholm, 15 May 2020, 50-52.

<sup>32</sup> European Data Protection Board, *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, 2020, <https://bit.ly/3cWUwjJ> (last visited 15/05/2020).

<sup>33</sup> SMER, 52-53.



how long it will last. There are also important legal and ethical questions to consider<sup>34</sup>. First the use of certificates necessarily implies sharing personal medical information. Medical certificates or vaccination certificates are not uncommon to be a requirement to access to certain activities (e.g. driving license, sports, travel or insurance). However, here what is being considered is a general certificate that will become a necessary condition for the exercise of fundamental rights and freedoms, and that will have to be shown to multiple entities or persons upon request. Apart from privacy issues, there are also strong concerns about potential discrimination, segregation and stigmatization in society of those non-immune, if such a system would be created. Additional concerns are also the public health danger of individuals' attempts to become infected, in the hope of future immunity and certification forgery. Similar alarms are applicable to vaccination certificates, since, for medical reasons, not everyone will be able to be vaccinated, and vaccines will likely not be available for all simultaneously.

#### 6.4. Vulnerability and the older population

One concern in Sweden, as well as in many other countries, is the high death rates among the older population. This disproportionate rate of deaths of elderly due to CoViD-19 in Sweden has mostly taken place in care homes. It has turned out to be very difficult to isolate older persons living in institutions and closed facilities to prevent them from getting ill. Older persons living in their private homes seems to have been better secured during the pandemic. A similar scenario has appeared with other vulnerable groups, such as disabled persons. A lesson learned seems to be that any concentration of people in an

institutionalized setting is problematic in terms of mortality rates. These results demonstrate that any institutionalization, as a policy choice for vulnerable groups, may need revision due to negative outcomes for pandemics now and in the future. The situation calls for a need to continue to move towards favouring small scale and safe community living options for older people and others in need of support for their daily living. It also calls for very early and rapid interventions from the spreading of a virus to protect vulnerable groups in society during a pandemic. In this regard, the Swedish situation with high mortality rates among the elderly, highlights the need for a different approach in order to cope with the pandemic.

#### 7. Conclusion

Sweden stands out as a country with a different approach for combatting the emergency situation created by the CoViD-19 disease compared to most other European countries. Instead of lockdowns and far reaching legal restraints, the country has chosen to keep the society open, having few legal restraints and instead concentrating on informing, constantly updating and repeating a number of official recommendations to the public. The human and material resources in the healthcare sector have been sufficient in relation to the demand for healthcare so far. Unfortunately, implemented measures have not prevented a high death rate among vulnerable groups, where death rates have been much larger than in the other Nordic countries, as well as in several European countries compared to the size of the population. The final outcome in this regard is, however, too early to predict. Certainly, there are many challenges ahead for Sweden as well as for most other countries due to

<sup>34</sup> SMER, 53.

the CoViD-19 pandemic, including high unemployment rates, insolvency issues for businesses, risk of domestic violence in many homes and strained healthcare and public service sectors in the society as a whole. The economic and social challenges following the pandemic call for

concern about and further action in the protection of vulnerable groups including, but not limited to, the elderly, persons with disabilities, children and migrants.

(20 May 2020)

*Forum*





## Chinese CoViD-19 epidemic prevention and control measures: a brief review

**Li Du**

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Macau, Macau, China.

Mail: [stephendu@um.edu.mo](mailto:stephendu@um.edu.mo).

**Meng Wang**

Master student of the International and Comparative Law program at the Faculty of Law, University of Macau, Macau, China.

Mail: [mb85015@connect.um.edu.mo](mailto:mb85015@connect.um.edu.mo).

### 1. Introduction

In December 2019, a cluster of new pneumonia cases were reported in Wuhan City, Hubei Province, China. Shortly thereafter, experts from the China National Health Commission (NHC) arrived in Wuhan to initiate investigations, concluding that the new coronavirus was the causative agent of the pneumonia cases. On December 31, 2019, China informed the World Health Organization (WHO) and relevant countries of the development of the pneumonia cases and shared the genome sequence of the virus. On January 23, 2020, Wuhan City, and cities nearby, were shut down, and all urban public transportation services were suspended. After convening with the WHO Emergency Committee, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director-General of the WHO, announced on January 30, 2020 that the outbreak of new coronavirus (CoViD-2019) constituted a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC).

On January 25, 2020, during the meeting of the Standing Committee of the Political Bureau of the Communist Party of China Central Committee, President Xi Jinping moved to establish the Central Leading Group for Responding to the

New Coronavirus Infection Pneumonia. Prime Minister Li Keqiang was designated as the leader of the group, and the State Council's Working Mechanism for Joint Prevention and Control of the New Coronavirus Pneumonia Epidemic (JPCM) was established under the leadership of the Standing Committee of the Political Bureau of the Central Committee. JPCM released relevant policies and procedures for prevention control, holding press conferences regularly to guide the public through understanding and accepting epidemic prevention measures. At the same time, all regions were required to assemble a local special leading group (LSG) for epidemic control. The LSG evaluated the actual risk-level in their jurisdiction to develop regional prevention, control measures, and plans for restoring economic activities and social life<sup>1</sup>. In this review, we will explore the Chinese administrative measures for preventing and controlling the CoViD-2019 epidemic. We will examine the epidemic prevention and control strategies at both the central and regional levels, and will focus on four perspectives: epidemic information disclosure; mobility and regional management; the medical system and medical service management; and resumption of work, production, and school. To examine the prevention measures at the regional level, we chose Wuhan City, Zhejiang Province, and Guangdong Province as examples.

### 2. Epidemic Information Disclosure

Once confronted with this domestic public health crisis, the NHC issued the *No. 1 Announcement* of 2020 on January 20, 2020. The *Announcement* added CoViD-2019 pneumonia into the infectious diseases category stipulated in the *Frontier Health and Quarantine Law* and

<sup>1</sup> <https://bit.ly/2WVmsik> (last visited 10/05/2020).

*Law on Prevention and Control of Infectious Diseases*<sup>2</sup>. The NHC called on the public to wear masks and reduce large-scale personal gatherings and activities. By issuing a series of guidelines, the NHC kept the general public updated regularly on epidemic prevention measures, medical diagnosis and treatment measures, and the standards for hospital admission and discharge of patients<sup>3</sup>. The NHC collected numbers of the newly confirmed, suspected, and death cases submitted by the local health administrative departments and published the epidemic information for public access through both TV and online media platforms.

In addition to the national data platform, health management departments at the regional levels also leveraged big data techniques to trace the infected patients and count the numbers of patients receiving treatment. While still satisfying personal privacy protection requirements, the information collected was then released via local TV stations and online media platforms to provide the public with the latest information about the epidemic. For example, the government of Wuhan City established a special working unit – the epidemic prevention and control big data unit – to collect and process information on a daily basis from a wide range of organizations, including hospitals, disease control departments, medical insurance organizations, public security, civil affairs departments, communication operators, and other relevant organizations. Through the Authoritative Release Platform on the official website of the Wuhan Health Commission and the Wuhan government's online media platform, Digital Wuhan, the public could access information about the confirmed cases, suspected cases, feverish pa-

tients, close contacts, and the availability of hospital beds, all of which were continuously updated and published. The platforms also set up a separate section for addressing the rumors around the epidemic.

In many other provinces, e-government platforms played an important role in disseminating epidemic information. For example, Zhejiang and Guangdong Provinces, both regions with the rapid development of big data technology, also published the latest regional epidemic information, case numbers, health status, and other relevant information on their online platforms. The two regions established the Epidemic Prevention and Control Service Sector, which is affiliated with their online government service platforms, Zheliban (Zhejiang Province) and Yueshitong (Guangdong Province).

### 3. Mobility and Regional Management

The epidemic outbreak began a few days before the Spring Festival, the biggest Chinese traditional festival of the year. To manage the large-scale flow of people traveling from working cities to their hometowns, the national JPCM required local health departments, transportation systems, customs, and other relevant departments at all levels to develop emergency response plans and take preventive measures. These measures included one-to-one body temperature detection, information registration for the travel population, and building detention stations for suspected virus carriers and treating the infected in isolation<sup>4</sup>. At the same time, China's transportation and public security departments were responsible for tracing and screening close contacts, and the Authoritative Release Platform of the Chinese government network published information about epidemic

<sup>2</sup> <https://bit.ly/2ZrbtyI> (last visited 10/05/2020).

<sup>3</sup> <http://www.nhc.gov.cn/wjw/gfxwj/list.shtml> (last visited 10/05/2020).

<sup>4</sup> <https://bit.ly/2LQsFGb> (last visited 10/05/2020).

risk and vehicle queries for public to access. The Ministry of Transport, the Civil Aviation Administration of China, and the State Railway Group announced free refund policies to facilitate the reduction of travel flow.

On January 23, 2020, Wuhan announced the lockdown order, and all public transportation, airport, railway stations, and other departure routes were temporarily closed eight hours after the announcement. In the central urban area, all motor vehicles were prohibited from operating on the streets, and all residential communities in the city were under a 24-hour closed management. For those who did not obey the shutdown rule, compulsory measures were to be taken according to the law. At the same time, the Wuhan Financial Bureau provided special assistance and a temporary subsidy of 3000 RMB (appr. 390 euros) for those who were stranded in Wuhan. During the shutdown period, Digital Wuhan began offering online services for government affairs, transportation, food, health, and education to ensure the daily needs of residents being met. The food industry shifted its service operations online and offered food delivery in a “non-contact” manner via the delivery mobile apps.

Health service centers and community health institutions worked as “family doctors” in their areas, thus playing an important role in confirming the infected and suspected cases. Based on the real-time data, Zhejiang province developed the health QR code system and became the first province to use the health QR code to assist the provincial epidemic prevention and control departments to track the flow of people. The National Government Service Platform later adopted the health QR code model and established «health information QR code for epidemic prevention and control» to promote the recognition of health QR codes across provinc-

es. The health QR code is a COVID-19 status certification for residents and people returning to work and school, shopping in supermarkets, and traveling to other cities. By scanning the health QR code, residents receive a corresponding color code – green, yellow, or red – that automatically indicates the exposure risk level of CoViD-2019 infection. Green QR codes represent the lowest risk and freedom of travel, while yellow and red indicate the middle and highest risks, respectively. For users with yellow codes, they are required to be isolated in a centralized way or at home for 7 days. Users with red codes are directed to centralized isolation for 14 days. By using big data technology, Zhejiang province further developed an emergency management system for reporting the epidemic as well as a platform that can visualize the epidemic map. In addition, 5G technologies (e.g., the 5G thermal imaging temperature measurement system, and the 5G VR remote diagnosis and treatment platform), were widely used to promote the management of public health and epidemic control.

In Guangdong, the provincial government implemented grid management throughout the whole region. The province was divided into 140,000 grids and equipped with more than 170,000 grid personnel. The grid personnel guided and ensured residents in his/her grids to strictly follow rules for disease prevention and control such as temperature detection, health declaration, cleaning and disinfection, etc. As Guangdong borders both Hong Kong and Macao SARs, it established a joint prevention and control mechanism with the governments of the two SARs, building a comprehensive health management network for monitoring overseas epidemic input.

#### 4. Medical System and Medical Service Management

According to the NHC's *Announcement*, diagnosed patients, CoViD-2019 carriers, and suspected patients should all be treated in isolation. However, in the beginning of the epidemic outbreak, there was a severe shortage of healthcare providers and equipment. In order to make efficient use of the national medical resources, the JPCM ordered 19 provinces to establish counterpart support relationships with cities in Hubei, aiming to bring the national superior medical teams and resources to the pandemic center. In Wuhan City, the local government designated hospitals for treating CoViD-2019 positive patients. These hospitals were converted in just days to satisfy the special requirements for treating infectious diseases. To mitigate the pressure placed on the designated hospitals, temporary shelter hospitals were built within weeks and hotel rooms were expropriated to receive the suspected carriers and treat confirmed patients who were not able to be admitted to designated hospitals. In addition, based on lessons learned from the Beijing Xiaotangshan Hospital during the 2003 SARS outbreak, Wuhan urgently built two hospitals, Huoshenshan and Leishenshan, to treat infectious patients with severe conditions. Similar to Zhejiang, the big data center of the Wuhan Public Security Bureau developed a «heat map of epidemic prevention and control», which contributed to the analysis of real-time data, helping to uniformly distribute medical staff, transfer vehicles, and dispatch hospital beds.

According to the requirements of the NHC, regions outside of Hubei would be required to develop similar plans for the control of the pandemic. Under the principle of centralizing the treatment of confirmed patients in isolation, each city designated special hospitals and set up

a fever clinic in a separate area of the hospital<sup>5</sup>. Both the National Healthcare Security Administration and National Financial Department bear the treatment costs of both confirmed patients and suspected carriers<sup>6</sup>. For foreign patients, if they had participated in the basic medical insurance in China, they were covered under the compensation policies of both basic medical and serious illness insurance<sup>7</sup>. In addition, Internet-based healthcare platforms were developed to provide residents with telemedicine and online consultation services. Consumers who received eligible Internet-based medical services were also covered under the basic medical insurance<sup>8</sup>. Zhejiang and Guangdong provinces moved even further by establishing online prescription circulation platforms to realize the distribution of drugs after an online consultation. Indeed, Internet-based healthcare services played an important role in improving the efficiency of medical services while reducing the risk of cross-infection.

In terms of medical personnel protection, the central government ascribed great importance to the safety and protection of healthcare providers. The government required medical institutions to reasonably allocate protective equipment and arrange adequate shift rotation of medical personnel. Infections, disabilities, or the death of healthcare providers who were infected as a result of their participation in the epidemic prevention and control work, were recognized as work-related injuries, allowing for subsidies and pension pay-outs.

In addition, the necessity to address mental health gained increasing attention as the epi-

<sup>5</sup> <https://bit.ly/3e8zgl8>; <https://bit.ly/2Zvy51g> (last visited 10/05/2020).

<sup>6</sup> <https://bit.ly/2XrFRa2> (last visited 10/05/2020).

<sup>7</sup> <https://bit.ly/36oT2wn> (last visited 10/05/2020).

<sup>8</sup> <https://bit.ly/2XzCuxR> (last visited 10/05/2020).

demical continued. The NHC directed regional departments to provide offline psychological counseling and mental health hotline services for people affected by the epidemic, including patients, healthcare providers, and other front-line workers. The NHC also developed special psychological assistance work guidelines and provided psychological assessment and emotional support programs<sup>9</sup>.

### 5. Resumption of Work, Production, and School

On January 26, 2020, the general office of the State Council announced the extension of the Spring Festival holiday and encouraged companies and schools to use online conferencing and teaching platforms for distance working and learning. On 7 February, 2020, the National Financial Department launched financial funds and loans to support enterprises' return to work and the production of materials for epidemic prevention and control. In particular, for the enterprises that transferred their production to the manufacturing of emergency materials, such as masks and protective clothing, green channels for qualification approval were granted to simplify the procedures for medical product registration and production licensure. For ordinary enterprises, especially for private small and medium-sized businesses seriously affected by the epidemic, owners received various government support to reduce social security fees, medical insurance fees, taxes, as well as the postponement of housing funds payments, and reduced standard charges for electric power. At the same time, the government required trade associations and chambers of commerce to provide necessary oversight for enterprises resuming production, regulating businesses so as

to not artificially inflated prices or hoard goods, and thus ensuring market order.

In Wuhan, the Financial Department of Wuhan City, together with other financial institutions, established the first phase of rescue funds at 20 billion RMB (appr. 2.61 billion euros) for supporting enterprises returning to work and production on 5 April, 2020. Preferential policies, such as interest subsidies and fee reduction, were applied to qualified enterprises. To balance the epidemic control and work resumption, every return-to-work employee must pass a physical examination and must establish a personal file with action track and residence address<sup>10</sup>. Zhejiang and Guangdong provinces also developed policy measures for small and medium-sized businesses, such as reducing operating costs, allowing the extension of their current business licenses, and supporting import and export foreign trade and cross-border e-commerce business. The Alibaba Group, which is based in Zhejiang Province and is China's largest online business corporation, helped the government of Zhejiang province to develop an application platform for managing the resumption of production. Enterprises can apply for the resumption of production on the platform, and problems that occurred during the reopening of businesses can also be collected via the platform in real-time. For the migrant workers who traveled from other places to Zhejiang, the government arranged chartered buses and special trains to provide workers with "point-to-point" transportation between their hometowns and work locations. To encourage the development of the e-commerce platform industry in the province, the Market Supervision

<sup>9</sup> <https://bit.ly/2WT435M> (last visited 10/05/2020).

<sup>10</sup> The physical examination includes novel coronavirus nucleic acid test, novel coronavirus nucleic acid antibody, lung CT examination and other examination items.

Department of Zhejiang and the Alibaba Group launched the Credit Restoration Plan to support and subsidize e-commerce businesses that lost the confidence of the public due to the epidemic.

In terms of education resumption, the National Ministry of Education guided provinces to safely reopen schools, with each province tailoring its own plan for returning to school based on the local epidemic situation. For example, Qinghai province began reopening junior and senior high schools started from 11 March 2020, becoming the first province to reopen its schools. In general, graduating classes would be given priority when arranging to restore schooling. All school staff are expected to complete nucleic acid tests before returning to work, and teachers and students can enter the campus only when both health codes and temperature measurements are in the acceptable range. For students who cannot start school, free online education resources are available. In many provinces, such as Guangdong, tablet computers and online traffic packages for Internet learning are provided by the government for low-income students.

## 6. Concluding Remarks

The lockdown in Wuhan City and cities nearby were both massive and absolute. In fact, the majority of cities in China underwent severe containment measures during the initial weeks after the Wuhan City announcement. We found that the governments' official websites and various social media platforms played a major role in disseminating epidemic information and prevention messages. Online shopping websites and mobile apps provided important channels for the continuation of daily life and accessibility of food supplies for many citizens. The web-based applications for online medical consultations proved to be a crucial service for the general public seeking medical diagnoses and psychological evaluations. In China, electronic tracking and tracing systems combined with big data and AI technologies dramatically helped the prevention and control of the epidemic, and will continue to play an important role in safely resuming work and school.

(10 May 2020)

## The struggle against the CoViD-19 pandemic in Macao

### Vera Lúcia Raposo

Associate Professor at the Faculty of Law of Macau University, China; Auxiliary Professor at the Faculty of Law of Coimbra University, Portugal.

Mail: [vraposo@um.edu.mo](mailto:vraposo@um.edu.mo); [vera@fd.uc.pt](mailto:vera@fd.uc.pt).

### Man Teng long

Senior Instructor of the University of Macao, China.

Mail: [mantenglong@um.edu.mo](mailto:mantenglong@um.edu.mo)

### 1. Evolution of CoViD-19 in Macao

Macao, also called Macao Special Administrative Region of the People's Republic of China, is one of the most densely populated regions in the world. Nonetheless, so far Macao has only registered 45 confirmed cases of CoViD-19, much less than other countries and regions<sup>1</sup>, and has no deaths to register.

Macao had two waves of cross-contamination. The first wave registered 10 confirmed cases in 14 days (22/01/2020 to 04/02/2020), mostly derived from travellers coming from the city of Wuhan, the epicentre of the pandemic in the Hubei province<sup>2</sup>. After 40 days without any registered case of infection, 35 confirmed cases were recorded almost in one month (15/03/2020 to 08/04/2020), all originated from people coming from other countries, including local residents<sup>3</sup>. Until now there has been only one serious case existing in Macao. Unlike the tragic scenarios experienced in other regions, Macao keeps the infection controlled given that the Macao government has adopted efficient and suitably targeted measures against the CoViD-19 pandemic.

<sup>1</sup> Information from Worldometer, at <https://www.worldometers.info/coronavirus/> (last visited 11/04/ 2020).

<sup>2</sup> Information from the Special webpage against Epidemics of Macao Health Bureau, at

### 2. Law n. 2/2004

Contrary to other countries where a declaration of the state of emergency is required to take further action, namely, to provide a legal basis to suspend individual rights and guarantees, such a drastic measure was not necessary in Macao. In the aftermath of the SARS epidemic of 2002-2004 Macao, created a proper legal framework to deal with health crisis, Law n. 2/2004 (Law on the Prevention, Control and Treatment of Communicable Disease)<sup>4</sup>.

All measures taken to deal with the pandemic come in the form of decisions of the Chief Executive, the highest executive authority in Macao (therefore, they are administrative decisions), and are legally grounded in Law n. 2/2004.

### 3. The strategy against CoViD-19

#### 3.1. Creation of a Coordinating Centre

Due to the increase in the number of confirmed cases in many Chinese cities, especially in Wuhan, the Macao government created the Novel Coronavirus Response and Coordination Centre (Coordinating Centre) on 21 February 2020, based on article 24, n. 3, of the Law n. 2/2004. This is the first entity for pandemic emergencies created since Macao's handover, on 20 December 1999.

The Coordinating Centre, presided by the Chief Executive, can take the special measures expressly regulated in article 25 of the referred law, such as restrictions on events that imply agglomeration of people, restrictions or prohibitions of entering and exiting from certain areas or establishments, total or partial suspension of the

<https://www.ssm.gov.mo/apps1/PreventCOVID-19/en.aspx#clg17458> (last visited 11/04/ 2020).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> About this Law, at <https://bit.ly/3gkwUbd> (last visited 11/04/ 2020).

operation of public services, among others. Basically, it can take any necessary measure to protect public health.

The Coordinating Centre holds its regular press conference every day to summarize what has happened in the last 24 hours. Local residents can access to the press conference on live for information regarding new confirmed cases, the places where infected people have stayed and the current and future measures of the Macao government. Moreover, some channels (like Facebook page<sup>5</sup>, Telegram channel<sup>6</sup> and Special Webpage against Epidemics)<sup>7</sup> also provide useful information about the current CoViD-19 situation in Macao. Both – the Coordinating Centre and the mentioned channels – played a crucial role for the public to know early in the pandemic the severity of the situation and the importance of avoiding person-to-person contacts.

### 3.2. Guaranteed facemask supply

The use of a facemask is a habit deeply rooted in Asian culture for any situation of contagious disease<sup>8</sup>, seen as a rule of social etiquette and even a civic duty<sup>9</sup>. Even though the use of facemasks does not protect entirely against the new coronavirus, it is an effective way (among others) to reduce the risk of cross-contamination<sup>10</sup>.

The Macao government purchased facemasks before the outbreak of CoViD-19 in Macao. This is the reason why local residents still can buy facemasks at a very low price, whereas in other

location people have been faced with a lack of facemasks or with expensive prices.

To ensure a constant facemask supply, the Macao government guarantees to each person (both residents and non-residents authorised to work in Macao) 10 masks during a period of 10 days at a symbolic price (more and less 0.09 euros per unit). Stores can sell this product at a higher price under the free market rules, but with this measure locals have guaranteed access to affordable facemasks.

A long queue to buy facemasks in pharmacies was a risky situation that the government encountered at the beginning. To avoid gatherings of people, facemasks have been distributed to Health Centres, contracted pharmacies and some non-profit institutions. The Special Webpage against Epidemics<sup>11</sup> shows in real time the stocks in each of them. Hence, local residents who want to buy facemasks can avoid very crowd gatherings in one place.

### 3.3. Access restriction and suspension of facilities

To avoid a serious outbreak of CoViD-19 in the community, as of 27 January 2020 the Chief Executive's Dispatch n. 26/2020, of 26 January 2020, imposed access restrictions to casinos targeting people who in the 14 days prior to their entry into Macao have visited the Hubei

<sup>5</sup> About this page, at <https://bit.ly/3bVwapx> (last visited 11/04/ 2020).

<sup>6</sup> About this channel, at <https://bit.ly/2LRTYA4> (last visited 11/04/ 2020).

<sup>7</sup> About this webpage, at <https://bit.ly/2zXdgBk> (last visited 11/04/ 2020).

<sup>8</sup> <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09581596.2014.923815> (last visited 22/04/2020).

<sup>9</sup> <https://bit.ly/3gdF6d8> (last visited 22/04/2020).

<sup>10</sup> However, the World Health Organization (WHO) recommended not to wear mask if people are not sick or not caring for patients, at <https://edition.cnn.com/2020/03/30/world/coronavirus-who-masks-recommendation-trnd/index.html> (20/04/2020).

<sup>11</sup> About the stocks in real time, at <https://www.ssm.gov.mo/apps1/PreventCOVID-19/en.aspx#clg17458> (last visited 11/04/2020).

Province<sup>12</sup>. A week later, the government imposed another special measure to suspend many facilities, including casinos, cinemas, theatres, indoor amusement parks, amusement machines and video games rooms, internet cafes, billiard and bowling games rooms, saunas and massage establishments, beauty salons, weight training gyms, health establishments club and karaoke, bars, night clubs, discos, dance halls and cabaret (Chief Executive's Dispatch n. 27/2020, 4 February 2020)<sup>13</sup>.

These special measures, especially the imposition of casino suspension, regardless of its efficiency in the fight against CoViD-19, hugely affected Macao's economy and generated many other derived problems, such as panic for shopping, workers in leave without pay and higher unemployment rate. One of the singularities of Macao is that its financial structure is almost totally based on the gambling industry and associated activities (hotels, restaurants, shops, money exchange). Therefore, the suspension of such activities clearly had repercussions on the economy and on the society.

### 3.4. Measures upon arrival

The Macao government has adopted different types of observation and examination measures upon arrival, according to article 10, n. 2, of Law n. 2/2004 (despite the lack of legal basis of the distinction between observation and examination). The first measures in place involved the imposition of a medical check of 6 to 8 hours on the ones who have been in certain countries or

regions within the past 14 days prior to their entry into Macao. Later on, the controlling measures become more severe, involving 14 days quarantines at an indicated venue for the ones in the same situation. These measures have effectively avoided cross-contamination in the community of this small but popularly dense territory.

The measures initially adopted were target-oriented mainly to Chinese visitants, especially from the Hubei Province, given that the initial cases of infection were reported there. From 27 January 2020, people from the Hubei Province, or the ones who have been there, had to submit a medical certificate of no infection of CoViD-19 prior their entry into Macao. There are, however, two problems with this imposition. First, even though this imposition can be found in the Special Webpage against Epidemics<sup>14</sup>, we cannot see its legal support, so its legality is doubtful. Secondly, no one could present this kind of certificate in that moment as no medical institutions could provide it. Therefore, the legality of such measure is obviously a matter of debate.

When the pandemic began spreading seriously in other countries, the adopted measures target the ones coming from outside the region. From 18 March 2020, only the residents of Macao, China, Hong Kong and Taiwan, as well as the holders of the non-resident worker identification card based in Macao, could enter into the territory<sup>15</sup>; but from 19 March 2020 the latter were banned from entering into Macao<sup>16</sup>; plus, from 25 March 2020, the residents of China, Hong

<sup>12</sup> Chief Executive's Dispatch no. 26/2020, 26 January 2020, at <https://bit.ly/3gfPUY4> (last visited 14/04/2020).

<sup>13</sup> Chief Executive's Dispatch no. 27/2020, 4 February 2020, at <https://bit.ly/2LNwuf1> (last visited 14/04/2020).

<sup>14</sup> About this webpage, at <https://bit.ly/2zXdgBk> (last visited 11/04/2020).

<sup>15</sup> Chief Executive's Dispatch no. 72/2020, 17 March 2020, at <https://bit.ly/2WRqKYe> (last visited 17/04/2020).

<sup>16</sup> Chief Executive's Dispatch no. 73/2020, 18 March 2020, at <https://bit.ly/2TwVZpl> (last visited 17/04/2020).

Kong and Taiwan who had been in other countries in the past 14 days were also prevented from entering<sup>17</sup>.

Moreover, the ones that managed to be allowed to enter, including the Macao residents, were submitted to a mandatory 14 days quarantine. Initially residents were admitted to quarantine in their personal domicile, but later they were required to move to places designated by the government, more precisely, hotels made available for this purpose, at zero cost for the residents. At one point, there were 2400 people serving 14 days of mandatory quarantine<sup>18</sup>.

A very interesting note is that unlike what happened in many other jurisdictions (China, India, Spain, Italy, Portugal) a general mandatory quarantine was never imposed to the population. In early February 2020, Macao requested to its inhabitants to remain at home, but this was a voluntary quarantine. The mandatory nature of the measure was not necessary because it was always scrupulously complied by everyone.

### 3.5 Suspension of presential education

An additional measure for preventing an outbreak of CoViD-19 in the territory was the suspension of face-to-face education in all school levels, from nurseries to universities, to avoid crowd gathering in schools.

In response to the outbreak and continued development of CoViD-19, the Social Welfare Bureau ordered to closure of all subsidized

nurseries since 29 January 2020 and appealed the non-government subsidized nurseries to follow this decision<sup>19</sup>. Right now, all levels are suspended, but since the situation in Macao has improved, it was recently announced the phased resumption of classes in May, though only for Senior Secondary and for Junior Secondary<sup>20</sup>.

Moreover, the pandemic emergency changed the teaching mode in Macao. Many education institutions have adopted mechanism of at-distance education to keep student learning during the period of class suspension. Even though at-distance education cannot replace face-to-face education, it is a way to avoid people gathering, especially having in consideration that many students attending academic institutions in Macao live in mainland China and cross the border every day<sup>21</sup>.

### 3.6 Personal health declaration

Currently, the access to several public and private places (all Governmental facilities, gyms, some stores and even public parks) require the previous filling of the so-called Personal Health Declaration. It is filled online, through access to the Macao Health Services website by scanning a QR code<sup>22</sup>. The declaration has a one-day validity (the date in which it was completed is clearly identified in each declaration), it gets stored on the person's mobile device and a copy of it is sent to the health services. Each declaration holder can add up to three people to his/her own

<sup>17</sup> Chief Executive's Dispatch no. 80/2020, 24 March 2020, at <https://bit.ly/2AW8Nzn> (last visited 17/04/2020).

<sup>18</sup> <https://bit.ly/2WTVo39> (last visited 22/04/2020).

<sup>19</sup> Social Welfare Bureau, *Suspension of the operation of all subsidized day care centres*, at <http://www.ias.gov.mo/en/archives/gonggaotongzhi/%E5%85%A8%E6%BE%B3%E5%8F%97%E8%B3%87%E5%8A%A9%E6%89%98%E5%85%92%E6%89%80%E6%9A%AB%E5%81%9C%E9%81%8B%E4%BD>

[%9C?list=no&type=gonggaotongzhi](#) (last visited 01/05/2020).

<sup>20</sup> Education and Youth Affairs Bureau, at [https://portal.dsej.gov.mo/webdsejspace/adon/allmain/msgfunc/Msg\\_funclink\\_page.jsp?msg\\_id=75777](https://portal.dsej.gov.mo/webdsejspace/adon/allmain/msgfunc/Msg_funclink_page.jsp?msg_id=75777) (last visited 19/04/2020)

<sup>21</sup> <https://bit.ly/2XnDi8G> (last visited 22/04/2020).

<sup>22</sup> <https://www.gov.mo/en/promotions/personal-health-declaration/> (last visited 22/04/2020).

declaration, to allow the inclusion of the ones that do not have smart phones, such as children. It contains information relevant to assess the level of risks of individual (the places where he/she has been in the last 14 days and the existence of any symptoms that may indicate atypical pneumonia) and the person's complete identification and contact details.

This measure is supported by Article 17 of Law n. 2/2004, which imposes special duties on «infected individual» and on the ones «suspected of having contracted or at risk of contracting a communicable disease». In a pandemic, the whole community can fit this last definition, since everyone is at risk of contracting the disease, so, the referred norm provides a legal base for the imposition of special duties to everyone.

This mechanism implies the disclosure of personal data, therefore, each time the user fills out the Declaration he/she must agree with the disclosure of personal data, in accordance with the provisions of Law n. 8/2005, the Law on Data Protection Personal Data<sup>23</sup>. The user is informed that Health Services require personal data in order to carry out the functions assigned to them for the purpose of preventing the spread of highly transmissible diseases and that only for this purpose the data can be used.

### 3.7. Development of a CoViD-19 detection system

Meanwhile, while the Macao government tries to confine the virus, the University of Macao has been developing a digital-microfluidic-chip-based system to deal with the epidemic outbreak<sup>24</sup>. This system, called “Virus Hunter”, can help to complete the detection process within 30

minutes and can detect viruses in the early stages of CoViD-19 infection, contrary to the traditional detection system<sup>25</sup>. Even though this system is still in the developing phase, it will certainly play an important role for preventing a second wave of CoViD-19, and even prevent future health crisis, not only in Macao but also in the rest of the world.

### 4. Conclusions

Everyone knows that SARS-CoV-2 is not the last virus humankind will face. There will be several others emerging in the future and governments need to be prepared to cope with these health challenges.

In Macao the measures were taken in due time, at the first signs of a risk to public health. This is one of the most relevant differences between the existing scenarios in Macao and in other jurisdictions, even in nearby regions such as Hong Kong: here the measures were timely taken.

Even though the Macao government has been doing a good job protecting public health in this small territory, there are things to be improved, especially the quarantine measures upon arrival and the creation of a clear legal basis for some of the measures imposed on non-residents.

This will be the first economic year with a deficient budget since Macao handover. Public expenditure to combat the epidemic reach astonishing amounts (the Government referred 50 thousand million Patacas, around 5.7 thousand million euros). On the 20th April the Macao Executive announced the Government Lines of Action for 2020, whose main aims are: «Fighting the epidemic, ensuring stability and revitalizing

<sup>23</sup> <https://bo.io.gov.mo/bo/i/2005/34/lei08.asp> (last visited 22/04/2020).

<sup>24</sup> University of Macao, *UM team steps up development of coronavirus detection system to tackle*

*epidemic outbreak*, at <https://bit.ly/2ZtmzDu> (17/04/2020).

<sup>25</sup> *Ibid.*

the economy after the epidemic»<sup>26</sup>. The economic boost will involve the relaunch of tourism, a huge investment in public infrastructures and the encouragement of private investment. Moreover, residents are receiving vouchers (until Summer around 900 euros per person) to spend in local business as an incentive to consumption.

Right now, local residents are looking forward to starting the recovering phase, particularly the revitalization of the economic situation. At the present moment all business reopened, however, it

is not business as usual since tourism – the main resource of Macao – is still extremely low. The shutdown of casinos, the closing of borders and the drastic decrease in visitors, all due to the pandemic, will have alarming effects on the economy of the region. The government will be deprived of much of its revenue, since 80% come from taxes paid by the 41 casinos in the territory<sup>27</sup>. Macao, however, is one of the richest regions in the world<sup>28</sup>, its people are confident in the future and prepared to endure the clash.

(1 May 2020)

<sup>26</sup> Macao SAR Government Portal, <https://www.gov.mo/en/news/124819/> (last visited 1 May 2020).

<sup>27</sup> <https://reut.rs/2WT5sJA> (last visited 22/04/2020).

<sup>28</sup> <https://www.gfmag.com/global-data/economic-data/richest-countries-in-the-world> (last visited 22/04/2020).

## Stati Uniti d’America e CoViD-19: alcune fasi della gestione di una pandemia annunciata

**Maurizio Di Masi**

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia.  
Mail: [maurizio.dimasi@unipg.it](mailto:maurizio.dimasi@unipg.it).

### 1. Introduzione

In un recente pamphlet, *Virus*<sup>1</sup>, Slavoj Žižek per spiegare la reazione della società di fronte alla rottura traumatica apportata dall’attuale pandemia della sindrome CoViD-19 riprende, significativamente, il modello elaborato da Elisabeth Kübler-Ross<sup>2</sup>, ove si descrivono le cinque fasi che caratterizzano la reazione traumatica del malato quando scopre di essere terminale: la negazione, la rabbia, la negoziazione, la depressione e l’accettazione.

Queste fasi, che nel pensiero della psichiatra non necessariamente devono seguire l’ordine indicato o sussistere tutte e cinque, ben si prestano ad essere applicate ad una sintetica analisi alla

reazione istituzionale statunitense alla pandemia da coronavirus.

### 2. La negazione

*In primis* l’emergenza provocata dal virus SARS-CoV-2, per quanto diffusamente annunciata, è stata tenacemente negata. Dapprima squalificata, come in Italia, a semplice influenza, la pandemia ha iniziato a preoccupare l’amministrazione statunitense solo a partire da fine febbraio, quando la curva dei contagi ha iniziato ad impennarsi in maniera vertiginosa. La minimizzazione del problema, in questa fase di negazione, ha perlopiù indotto le istituzioni a gestire l’epidemia attraverso la protezione dei confini nazionali, vale a dire chiudendo i confini degli States a voli internazionali in ingresso provenienti non solo dalla Cina (già dal 31 gennaio) ma anche dall’Europa continentale (a partire dal 13 marzo)<sup>3</sup>.

A differenza di altri Paesi occidentali, ove lo stato di necessità ha perlopiù portato ad un accentramento dei poteri in mano all’esecutivo nazionale, per volontà politica di Trump, invece, la gestione della pandemia è stata sin da subito decentrata ai governatori locali, a cui spetta la competenza sanitaria e gli ordini di quarantena o di isolamento<sup>4</sup>. Lo Stato federale, d’altro canto, ha

questi ordini in riferimento ai vasti poteri che spettano agli Stati per proteggere la salute pubblica. Storicamente, d’altra parte, solo occasionalmente alcuni giudici sono intervenuti per annullare quarantene irragionevoli o non dichiarate secondo le formalità previste. Esempio della prima ipotesi è il noto caso *Jewish Ho v. Williamson* 103 F.10 (C.C.N.D. Cal., 1900), in cui un tribunale ha ritenuto nulla una quarantena imposta dal distretto di San Francisco in risposta a uno scoppio di peste bubbonica perché motivata su base razziale e comunque inadatta a fermare l’epidemia. Esempio della seconda ipotesi è il recente caso *W.D. v. County of Rockland* (2019 NY Slip Op 29111): nel marzo 2019, la Contea di Rockland, New York, ha vietato a tutti i minori non vaccinati contro il morbillo di accedere a degli spazi pubblici, ma il giudice ha annullato quest’ordine, dichiarando che non vi era il

<sup>1</sup> S. ŽIŽEK, *Virus. Catastrofe e solidarietà*, Milano, 2020.

<sup>2</sup> E. KÜBLER-ROSS, *La morte e il morire*, XII ed., Assisi, 2013.

<sup>3</sup> Peraltro, per oltre un mese, quella di bloccare i voli dalla Cina è stata l’unica misura adottata dal governo statunitense. La *task force* contro il coronavirus, guidata dal vicepresidente Mike Pence, verrà istituita solo il 26 febbraio 2020, mentre controlli sanitari per chi è in arrivo da Italia, Korea del Sud e Iran saranno imposti solo a partire dal 29 febbraio 2020. In generale vedi “*We are at a critical time*”: *Trump’s coronavirus speech in full*, in *The Guardian*, 12 marzo 2020, disponibile in: <https://bit.ly/3bVy2P5>.

<sup>4</sup> Quanto ai diversi provvedimenti presi nei singoli Stati federati si veda il link: <https://www.ncsl.org/research/health/state-action-on-coronavirus-covid-19.aspx>. Le corti hanno generalmente confermato

la facoltà di liberare fondi per permettere politiche, anche sanitarie, mirate<sup>5</sup>. Invero, per garantire che i sistemi sanitari degli Stati federati siano in grado di aumentare la propria capacità di rispondere alla diffusione del CoViD-19, è fondamentale che siano adeguatamente distribuite, ai sistemi sanitari nazionali che ne hanno maggior bisogno, non solo tutte le risorse finanziarie, ma anche quelle sanitarie e mediche necessarie per rispondere alla diffusione del virus.

Ciò è emerso chiaramente dal dibattito pubblico che negli Stati Uniti si è sviluppato a seguito del ritardo con cui il Presidente degli Stati Uniti ha deciso di utilizzare il *Defense Production Act*<sup>6</sup> per forzare la produzione di ventilatori e altre attrezzature mediche necessarie per affrontare la pandemia in corso. Il rifiuto iniziale di Trump è apparso all'opinione pubblica alquanto singolare, dal momento che mentre la stessa legge viene regolarmente utilizzata per bloccare i prezzi dei prodotti chimici utilizzati per costruire missili militari, o per il materiale necessario per costruire droni o armature per gli agenti che pattugliano il confine sudoccidentale, questa calamità

---

requisito formale della necessaria, preventiva, dichiarazione di emergenza.

<sup>5</sup> In questa direzione sono stati emanati il *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act, 2020* (Pub. L. 116-123) del 6 marzo 2020 (vedi <https://bit.ly/3gc4Ruh>), con cui il Congresso ha stanziato \$ 8,3 miliardi per rispondere allo scoppio del coronavirus, di cui \$ 6,7 miliardi (81%) sono designati per la risposta interna e \$ 1,6 miliardi (19%) per la risposta internazionale; e il *Families First Coronavirus Response Act* (Pub. L. 116-127) del 18 marzo 2020 (vedi <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6201>), che regola la *domestic outbreak*, disciplinando i congedi per malattia, la copertura assicurativa dei test del coronavirus, l'assistenza nutrizionale e le indennità di disoccupazione. Per un approfondito studio al riguardo cfr. E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 95 ss.

naturale non è stata ritenuta meritevole – almeno in prima battuta – di essere utilizzata per l'approvvigionamento di attrezzature vitali.

### 3. La negoziazione: *Defense Production Act* e scelte tragiche

Gli stessi governatori, dovendo affrontare la carenza di ventilatori e dispositivi di protezione individuale utilizzati da medici e infermieri (mascherine, guanti, etc.), hanno sollecitato più volte l'amministrazione Trump a utilizzare la legge per accelerare la produzione, sicché il 18 marzo 2020, il Presidente Trump ha formalmente invocato il *Defense Production Act* (DPA) con un ordine esecutivo di dare priorità e allocare le risorse sanitarie e mediche per rispondere alla diffusione di CoViD-19. Ma quattro giorni dopo, il 22 marzo, Trump ha dichiarato che non era necessaria un'azione ai sensi del DPA, giacché un notevole numero di aziende, tra cui *3M Co.* e *General Electric Co.*, si sono fatte volontariamente avanti per produrre le attrezzature necessarie. Nelle indicazioni del Presidente degli USA, invero, ricorrere al DPA significherebbe

<sup>6</sup> Pub. L. 81-774. Tale legge del 1950 conferisce al governo un maggiore controllo durante le emergenze per dirigere la produzione industriale. Il *Defense Production Act* infatti include una serie di poteri, tra cui quello di emissione di prestiti per espandere la capacità di un fornitore, di controllare la distribuzione dei prodotti di una società, nonché il potere più comunemente usato verso le imprese, cioè quello di dare la priorità all'ordine del governo rispetto a quelle di altri clienti. Questa legge fu emanata sotto il presidente Harry Truman nel 1950 per aiutare gli Stati Uniti con la guerra di Corea: il DPA ha storicamente concesso ampia autorità al ramo esecutivo per intervenire nel settore privato chiedendo ai produttori di dare priorità alle produzioni utili alla difesa del Paese. Oltre alla difesa nazionale, tuttavia, tale normativa può essere utilizzata per prodotti correlati ad infrastrutture strategiche, alla sicurezza interna e ad attività spaziali.

“nazionalizzare l'attività” come potrebbe fare un paese socialista come il Venezuela, per quanto giuridicamente con tale legge il governo non diventerebbe certo proprietario di alcuna impresa privata (il che è ciò che implicherebbe una effettiva nazionalizzazione!)<sup>7</sup>.

D'altra parte, la principale limitazione dell'autorità del Presidente ai sensi del DPA rimane che questi poteri devono essere usati per provvedere alla *national defense* e la nozione di difesa nazionale si è nel tempo notevolmente ampliata attraverso le numerose autorizzazioni di riadattamento del DPA, in modo tale che ora includa programmi militari ed energetici, assistenza alle nazioni straniere, sicurezza interna, stoccaggio, spazio ed *emergency preparedness*. La preparazione alle emergenze, in particolare, comprende «all those activities and measures designed or undertaken to prepare for or minimize the effects of a hazard upon the civilian population [and] to deal with the immediate emergency conditions which would be created by the hazard»<sup>8</sup>.

Per cui, mentre i governatori ed i membri del Congresso continuavano a chiedere al Presidente di usare il DPA per forzare la produzione di

ventilatori e altre attrezzature mediche per combattere la pandemia di coronavirus al suo picco, Trump ha continuato a considerare l'ipotesi come un «break the glass», come ultima risorsa, da invocare solo quando tutto il resto fosse fallito.

Questa forma di negoziazione politico-istituzionale si è infine conclusa i primi giorni di aprile, quando, in considerazione dell'elevato numero di decessi registrato, è stato deciso di far formalmente ricorso al DPA, rilevando finalmente che «health and medical resources needed to respond to the spread of COVID-19, including personal protective equipment and ventilators, meet the criteria specified in section 101(b) of the Act (50 U.S.C. 4511(b))»<sup>9</sup>.

La scelta, invero, risolve un problema biogiuridico di non poco momento, dato che diversi Stati federati, in assenza di apparecchiature adeguate a curare il gran numero dei ricoverati, hanno iniziato a dotarsi di linee guida per effettuare scelte tragiche, ossia per selezionare chi sottoporre alle cure e chi lasciar morire, escludendo dall'accesso ai ventilatori molto spesso i più anziani, i malati gravi e/o i disabili<sup>10</sup>. Questione davvero spinosa, dato che la dignità umana mal si presta a queste

<sup>7</sup> Per le dichiarazioni di Trump vedi J. Doubek, *FACT CHECK: Trump Compares Defence Production Act To Nationalization*, in *NPR*, 23 marzo 2020, disponibile in: <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2020/03/23/819926854/fact-check-trump-compares-defense-production-act-to-nationalization?t=158801259743>.

<sup>8</sup> Si veda *Title VI of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act*, Public Law 100-107 [1988 as amended].

<sup>9</sup> Si veda *Memorandum on Order Under the Defense Production Act Regarding 3M Company*, 2 aprile 2020, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-order-defense-production-act-regarding-3m-company/>.

<sup>10</sup> Diversi Stati coinvolti nella epidemia hanno stabilito dei «criteri di selezione» a cui dare esecuzione in circostanza di emergenza estrema. In Tennessee, ad

esempio, le persone affette da atrofia muscolare sono state «escluse» dalla terapia intensiva; in Minnesota sono esclusi i pazienti con la cirrosi epatica, con malattie polmonari e scompensi cardiaci. In Alabama, il primo Stato ad essere preso di mira dal CoViD-19, da informazioni circolate sui siti istituzionali pareva possano essere esclusi dalla terapia con ventilatori i malati di AIDS, ma in ogni caso le nuove linee guida non si esprimono sul triage del ventilatore (vedi: <https://www.adph.org/CEPSecure/assets/alabama-cs-guidelines2020.pdf>). Non meno crude sono le linee guida di Washington o di Maryland e Pennsylvania che escludono, *in extremis*, dall'eventualità della ventilazione assistita persone con «disturbo neurologico grave». Nel documento intitolato *Scarce Resource Management* i «disabili psichici sono candidati improbabili per il supporto alla respirazione» (si veda l'articolo di E. MOLINARI, *USA, «niente respiratori per i*

drammatiche forme di negoziazione, che rischiano di disumanizzare le pratiche mediche.

#### 4. La rabbia: reazioni istituzionali scomposte

Le reazioni maggiormente scomposte del Presidente degli Stati Uniti d'America rispetto alla gestione della pandemia si sono registrate sia verso l'interno che verso l'esterno.

Rispetto agli Stati federati, infatti, Trump ha provato, in spregio alla Dichiarazione di Indipendenza e alla Costituzione<sup>11</sup>, ad affermare un suo presunto potere assoluto che gli consentirebbe di porre nel nulla le norme statali che hanno variamente disciplinato il *lockdown*, nell'ipotesi in cui gli stessi governatori continuino a mantenere norme particolarmente restrittive (rispetto allo sviluppo economico e non certo in riferimento alla salute dei cittadini)<sup>12</sup>.

*disabili». Più di 10 Stati scelgono chi salvare*, in *Avvenire*, 25 marzo 2020, al link <https://www.avvenire.it/mondo/pagine/niente-respiratori-per-i-disabili-pi-di-10-stati-scelgono-chi-salvare>). Per una ricognizione facilmente fruibile si veda M. BAKER, S. FINK, *At the Top of the Covid-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment*, in *The New York Times*, 31 marzo 2020, disponibile in: <https://www.nytimes.com/2020/03/31/us/coronavirus-covid-triage-rationing-ventilators.html>. Lo studio scientifico più recente è Matheny Antommara AH, Gibb TS, McGuire AL, et al, and for a Task Force of the Association of Bioethics Program Directors. *Ventilator Triage Policies During the COVID-19 Pandemic at U.S. Hospitals Associated With Members of the Association of Bioethics Program Directors*, in *Ann Intern Med*, 2020, Epub ahead of print 24 April 2020. Significative le considerazioni sulla condizione dei disabili in questi tempi di pandemia espresse dalla filosofa femminista E.F. KITTAI, *People with disabilities are at a disadvantage when scarce medical resources are being allocated*, in *Stat*, 29.04.2020, al link <https://bit.ly/2Xix0XW>.

<sup>11</sup> È appena il caso di ricordare che il Decimo Emendamento fissa chiaramente il principio per cui i poteri non delegati al governo federale spettano ai singoli Stati e che tra questi poteri ci sono i cosiddetti "police powers", la giurisdizione sulle questioni legate alla sicurezza generale, alla salute, al bene pubblico.

Maggiormente irragionevole, poi, è apparsa la decisione del Presidente di sospendere i fondi al World Health Organization (WHO), di cui gli States sono il primo contributore con 400-500 milioni di dollari l'anno, accusandola di aver coperto insieme alla Cina l'emergenza coronavirus causando in tal modo molte più vittime, nonché di aver criticato la sua decisione di sospendere tutti i voli provenienti da quel Paese<sup>13</sup>. Come noto, il WHO ha dichiarato l'emergenza come pandemica l'11 marzo 2020, a fronte di una serie di resistenze degli Stati al riconoscimento della reale situazione emergenziale, determinata da un diffuso "sovranismo della salute" nella gestione della malattia<sup>14</sup>, sovranismo espresso non solo dai Paesi europei, ma dallo stesso Presidente degli Stati Uniti d'America<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Si veda *Trump announces guidelines for lifting lockdowns but defers to state governors*, in *The Guardian*, 17 aprile 2020, disponibile in: <https://www.theguardian.com/us-news/video/2020/apr/17/trump-defers-state-governors-guidelines-lifting-coronavirus-lockdowns-video>.

<sup>13</sup> Vedi M.D. SHEAR, D.G. MCNEIL JR., *Criticized for Pandemic Response, Trump Tries Shifting Blame to the W.H.O.*, in *The New York Times*, 14 aprile 2020, disponibile in: <https://nyti.ms/36tBb7t>.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. l'analisi, attenta alle implicazioni geopolitiche, di N. DENTICO, *Chronicle of a pandemic foretold*, in *OpenDemocracy*, al link <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/chronicle-pandemic-foretold/>. D'altra parte, è condivisibile quanto osserva S. ŽIŽEK, *Virus*, cit., secondo cui il modello a cui aspirare è proprio quello dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che nella gestione dell'emergenza CoVID-19 ha saputo evitare di perdersi in una palude burocratica ed ha fornito raccomandazioni precise atte anche a rassicurare la popolazione. In generale cfr. altresì A.L. TAYLOR, *Global Governance, International Health Law and WHO: Looking Towards the Future*, in *Bull of the World Health Organization*, 80, 12, 2002, <https://bit.ly/2Tvmv2>.

<sup>15</sup> D'altronde, la posizione degli Stati Uniti nell'impegno internazionale per la salute globale è molto cambiata da quando è entrata in carica l'amministrazione

## 5. La depressione: diritti civili e libertà

Come ogni crisi sanitaria, anche quella aperta dal coronavirus nasconde l'insidia del difficile bilanciamento fra salute pubblica e libertà civili. Insi- dia che nella società statunitense si scontra inevitabilmente con l'ombra delle passate politiche razziali e la tentazione di limitare i diritti dei soggetti più fragili.

Appare decisivo, allora, comprendere la storia della c.d. *parens patriae authority* attribuita agli Stati federati, a partire dal 1905 e dalla sentenza della Corte Suprema in *Jacobson v. Massachusetts*<sup>16</sup>, caso in cui un individuo arriva alla Corte Suprema dopo aver rifiutato di sottoporsi a vaccinazioni obbligatorie. La Corte Suprema, in questo caso, ha dichiarato che spetta all'autorità statale proteggere la salute e la sicurezza della comunità, anche a costo di imporre ai singoli determinate trattamenti sanitari. Principio ragionevole, se non fosse che nella giurisprudenza nordamericana esso è stato utilizzato anche in controversie che non avevano a che fare direttamente con la salute pubblica, come mostra il triste caso *Buck v. Bell* del 1927<sup>17</sup>. Qui una ragazza, disabile psichica, dopo essere stata violentata, resta incinta e viene obbligata ad abortire in ottemperanza di una legge della Virginia che prevedeva la sterilizzazione obbligatoria delle persone considerate socialmente o moralmente

inadatte. In questa triste vicenda il giudice Holmes motivò la decisione di procedere alla sterilizzazione forzata della giovane disabile con l'inopportuna espressione «*Three generations of imbeciles are enough*», aprendo peraltro le porte a pratiche eugenetiche che portarono alla sterilizzazione coatta di migliaia di donne di colore<sup>18</sup>. Da questi precedenti storici si comprende il perché grande attenzione è posta sui limiti che le norme sul *lockdown* stanno apportando alle libertà fondamentali dei cittadini statunitensi. Il panorama all'interno dei singoli Stati è davvero variegato: si va dal Governatore del Rhode Island, Gina Raimondo, che non concede l'ingresso nel proprio Stato alle automobili con targhe di altri stati<sup>19</sup>, al sindaco di New York City, Bill de Blasio, che ha lasciato aperti i negozi di musica, ritenuti essenziali per la società civile, ma ha chiuso chiese, sinagoghe e moschee ritenute al contrario non essenziali<sup>20</sup>. Così violando direttamente la clausola di libero esercizio del culto del Primo emendamento, che negli States garantisce la laicità dello Stato e, in particolare, mantiene i poteri pubblici fuori dalla competenza religiosa<sup>21</sup>.

Eppure i tentativi più odiosi riguardano ancora una volta i corpi delle donne, come dimostrato dai governatori che hanno approfittato delle normative sul CoViD-19 per limitare l'accesso

---

Trump. In coerenza con la promessa della campagna elettorale del presidente Trump, in cui gli interessi economici interni degli Stati Uniti avrebbero prevalso sui suoi impegni internazionali, il presidente degli USA aveva già notevolmente ridotto i finanziamenti sanitari globali per il 2019: vedi *The U.S. Government and Global Health*, KFF (30 luglio 2019), al link <https://www.kff.org/global-health-policy/fact-sheet/the-u-s-government-and-global-health/>.

<sup>16</sup> *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

<sup>17</sup> *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

<sup>18</sup> Giungendo alle vicende note come "appendicectomia del Mississippi".

<sup>19</sup> Si veda G. McDONNELL NIETO DEL RIO, R. ELLIS, *Rhode Island will knock on doors and stop cars to find New Yorkers to slow the spread of coronavirus*, in *CNN*, 28 marzo 2020, disponibile in: <https://edition.cnn.com/2020/03/27/us/rhode-island-tracking-down-new-yorkers/index.html>.

<sup>20</sup> Vedi V. RAMBARAN, *NYC can close churches, synagogues that don't comply with coronavirus orders, de Blasio warns*, in *Fox News*, 29 marzo 2020, disponibile in: <https://www.foxnews.com/us/nyc-coronavirus-de-blasio-churches-synagogues-may-close>.

<sup>21</sup> Per tutti cfr. F. CHURCH, *The separation of church and state: writings on a fundamental freedom by America's founders*, Boston, 2004.

alle interruzioni volontarie di gravidanza<sup>22</sup>. In diversi Stati federati<sup>23</sup>, invero, si sono già intraprese cause per impedire ai funzionari statali di utilizzare gli *executive order* relativi al coronavirus per limitare l'accesso all'aborto, in violazione della *privacy* come tutelata dalla Costituzione americana a partire dal celebre caso *Roe v. Wade*<sup>24</sup>. In Texas, ad esempio, si è disposto che gli aborti siano considerati procedure mediche non essenziali ed ai medici sia pertanto vietato fornirli durante la pandemia<sup>25</sup>: a fronte dei primi ricorsi i giudici si sono pronunciati in maniera contrastante, dapprima accogliendo i ricorsi delle associazioni a tutela dei diritti civili, ma poi

<sup>22</sup> Si veda A. ABRAMS, *COVID-19 Could Permanently Make Abortions Harder to Access Nationwide*, in *Time*, 7 aprile 2020, disponibile in: <https://time.com/5816530/coronavirus-abortion-clinics-access/>.

<sup>23</sup> Ad esempio in Ohio, Iowa, Alabama, Tennessee, Texas e Oklahoma.

<sup>24</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>25</sup> Si veda l'ordine esecutivo del 20 marzo 2020, al link <https://lrl.texas.gov/scanned/govdocs/Greg%20Ab-bott/2020/GA-09.pdf>. Confermato dall'ordine esecutivo del 17 aprile 2020: [https://gov.texas.gov/uploads/files/press/EO-GA-15\\_hospital\\_capacity\\_COVID-19\\_TRANS\\_04-17-2020.pdf](https://gov.texas.gov/uploads/files/press/EO-GA-15_hospital_capacity_COVID-19_TRANS_04-17-2020.pdf).

<sup>26</sup> Vedi la decisione del 20 aprile 2020 della US Court of Appeals for the Fifth Circuit, al link <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/20/20-50296-CV0.pdf>. La motivazione della Corte: «[a]s a general matter, we observe that the regulation of medication abortion in Texas differs from some other states. In Texas, “[b]efore the physician gives, sells, dispenses, administers, provides, or prescribes an abortion-inducing drug, the physician must examine the pregnant woman”. Tex. Health & Safety Code § 171.063(c). During that examination, the patient must receive an ultrasound examination. Tex. Health & Safety Code § 171.012(a)(4). The physician cannot provide the patient an abortion until the second visit. Id. And the patient must schedule a follow-up appointment to ensure the abortion is complete. Tex. Health & Safety Code § 171.063(e)-(f); 25 Tex. Admin. Code 139.53(b)(4) [...]. Does any testify that during the current pandemic, abortion providers are not

confermando il divieto imposto dagli amministratori<sup>26</sup>. Viceversa un tribunale distrettuale federale del Tennessee ha bloccato l'ordine esecutivo dello Stato che vietava gli aborti chirurgici, ritenendo dimostrato che le procedure abortive non impattano negativamente sui servizi sanitari indispensabili per la cura del CoViD-19<sup>27</sup>.

## 6. L'accettazione: opportunità di interrogarsi sulla tenuta del sistema sanitario

Da ultimo negli Stati Uniti i contagi sono 1.012.583 e 58.265 i decessi<sup>28</sup>, nel mentre le agenzie di intelligence statunitense prendono le distanze da Trump, avvisato dell'emergenza già

wearing masks? No. [...] The question, then, is not whether medication abortions consume PPE in normal times, but whether they consume PPE during a public health emergency involving a spreading contagion that places severe strains on medical resource».

<sup>27</sup> La decisione è reperibile al link: <https://bit.ly/3e7ZOt1>. Nella motivazione del giudice: «[b]ut plaintiffs have provided evidence, which the Court accepts as accurate, that they have implemented sanitation procedures, as well as procedures to minimize the use of PPE, that they do not use N95 masks or other hospital resources needed to respond to COVID-19, and that a procedural abortion uses less PPE and involves significantly less patient interaction than carrying a pregnancy to term and giving birth. In addition, plaintiffs state that women may travel out-of-state to obtain an abortion while EO-25 is in effect, risking infection of COVID-19 and transmission to others when they return to Tennessee. While the stated goal of EO-25 to preserve PPE is unquestionably laudable, defendants have presented no evidence that any appreciable amount of PPE would actually be preserved if EO-25 is applied to procedural abortions. Plaintiffs, on the other hand, offered convincing evidence demonstrating the contrary. The balancing of harms therefore favors plaintiffs».

<sup>28</sup> Dati del 29 aprile 2020. Si veda *Coronavirus diretta, Spagna: 325 morti in 24 ore. Aumento dell'1% maggiore rispetto a quelli registrati nei giorni scorsi*, in *Il Messaggero*, al link <https://bit.ly/2ZqRLDo>, ove peraltro si rileva che i morti per il CoViD-19 sono ormai meno delle 58.220 vittime che vi sono state nei 20 anni di guerra (fra il 1955 e il 1975) in Vietnam.

a gennaio, e il WHO dichiara che si è ancora lontani dalla fine della pandemia<sup>29</sup>. Parafrasando le riflessioni di un recente e noto studio di Harvard, potremmo dire che *as a result, USA followed the spread of the virus rather than prevented it*, e che pertanto a poco siano servite le lezioni dalla risposta italiana alla pandemia<sup>30</sup>. L’accettazione e l’accertamento della realtà pandemica pare ancora a venire, per quanto l’auspicio non può che essere per una riscoperta del valore della solidarietà, troppo spesso valore ancillare nel panorama statunitense. Il gran numero di decessi dovuti alla sindrome del CoViD-19 dovrebbe invero spingere gli statunitensi ad interrogarsi sulla tenuta del sistema sanitario che tutt’oggi si fonda su criteri di natura essenzialmente privatistica<sup>31</sup>. *Medicare* e *Medicaid*, i due programmi di

assistenza sanitaria finanziati dal governo degli Stati Uniti ed istituiti nel 1965 sotto la presidenza di Lyndon Johnson, non sono sufficienti a garantire una copertura sanitaria universale, essendo indirizzati ai meno abbienti e/o ai soggetti più vulnerabili (anziani e disabili)<sup>32</sup>. Circa il 10 % della popolazione statunitense, a cui si aggiungono gli immigrati irregolari, non hanno invece accesso alle cure sanitarie, se non in caso di estrema urgenza<sup>33</sup>. La gestione dei casi più gravi è, infatti, affidata esclusivamente all’*Emergency Medical Treatment and Active Labor Act*, legge del 1986 che si è posta l’obiettivo – applicativamente non sempre raggiunto – di impedire agli ospedali di rifiutare i pazienti privi di copertura assicurativa che richiedono cure urgenti<sup>34</sup>. Tale normativa, per quanto emergenziale, si presta però a

<sup>29</sup> Vedi *Coronavirus, oltre tre milioni i casi nel mondo e 211 mila morti. In Germania risale l’indice di contagio*, in *LaStampa*, 28 aprile 2020, disponibile in: <https://bit.ly/2Tr6jza>.

<sup>30</sup> G. P. PISANO, R. SADUN, M. ZANINI, *Lessons from Italy’s Response to Coronavirus*, in *Harvard Business Review*, 27 marzo 2020, on-line <https://bit.ly/2TuqFaO>. La tesi degli Autori è che l’Italia abbia scontato la scarsità dei dati a propria disposizione a causa dell’assenza di un sistema informativo adeguato a disposizione dei *policy maker* ed a causa di «bias cognitivi».

<sup>31</sup> Le assicurazioni sanitarie statunitensi si sono già impegnano a prevenire la diffusione del CoViD-19, attivando piani di emergenza per garantire che i propri clienti abbiano accesso alla prevenzione, ai test e alle cure necessarie a causa della pandemia. Negli USA l’accesso alle cure è facilmente garantito a coloro che possono economicamente permetterselo, nonostante gli interventi previsti dal c.d. *ObamaCare* del 2010 (*l’Affordable Care Act*, Pub. L. 111-148, March 23, 2010, 124 Stat 119, legge con l’obiettivo di ridurre il numero di cittadini non assicurati agendo sul mercato delle imprese assicuratrici e sui datori di lavori). L’intervento pubblico in questo campo, tradizionalmente, è ritenuto solo residuale e volto a correggere quelli che sono considerati dei *market failures*, fallimenti del mercato. D’altra parte, però, va constatato che il sistema assicurativo sanitario è costantemente corretto da interventi pubblici, ad esempio i premi effettivamente corrisposti alle assicurazioni sono

deducibili dalla base imponibile dell’imposta sul reddito. Inoltre, oltre i  $\frac{3}{4}$  delle complessive assicurazioni mediche sono quelle stipulate, nel contesto di un rapporto di lavoro, dal datore di lavoro in favore del lavoratore dipendente (e spesso dalla sua famiglia). In dottrina cfr. ancora E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d’orchestra*, cit.

<sup>32</sup> Social Security Amendments Act of 1965, in Pub. L. 89-97, July 30, 1965, 79 Stat 286. In dottrina cfr. L.S. REED, K. MYERS, (1967). *Health insurance coverage complementary to medicare*, in *Social Security Bulletin*, 308, 3-14. Per completezza si sottolinea che a *Medicaid* si affianca lo *State Children’s Health Insurance Program* (SHIP), un piano aggiuntivo, creato nel 1997 dall’amministrazione Clinton, dedicato alla garanzia delle prestazioni sanitarie per i minori di età che, pur in mancanza dei requisiti reddituali per beneficiare di *Medicaid*, siano in condizioni economiche tali da impedirne l’accesso alle cure sanitarie.

<sup>33</sup> Alcuni dati statistici, relativi alle persone prive di assicurazione sanitaria al 2018, sono disponibili sul sito dell’*United States Census Bureau*, al link <https://www.census.gov/library/visualizations/interactive/2018-uninsured-rate.html>.

<sup>34</sup> Come si precisa nella legge, per *emergency medical condition* si intende: «(A) a medical condition manifesting itself by acute symptoms of sufficient severity (including severe pain) such that the absence of immediate medical attention could reasonably be

costituire una base giuridica per ragionare sul come ripensare l'accesso alla sanità in senso maggiormente universalistico nel peculiare contesto statunitense<sup>35</sup>.

In definitiva, l'interrogativo che si pone Žižek nel suo *Virus* rimane centrale: «Bernie Sanders viene deriso dagli scettici perché difende l'assistenza

sanitaria universale negli Stati Uniti - la lezione che possiamo trarre dall'epidemia non è forse che l'assistenza sanitaria è più necessaria e anzi, dovremmo cominciare a predisporre una sorta di rete di servizio sanitario globale?»

(30 aprile 2020)

expected to result in: (i) placing the health of the individual (or, with respect to a pregnant woman, the health of the woman or her unborn child) in serious jeopardy, (ii) serious impairment to bodily functions, or (iii) serious dysfunction of any bodily organ or part; or (B) with respect to a pregnant woman who is having contractions: (i) that there is inadequate time to effect a safe transfer to another hospital before delivery, or (ii) that transfer may pose a threat to the health or safety of the woman or the unborn child».

Cfr. J. ZIBULEWSKY, *The Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA): what it is and what it means for physicians*, in *Proc (Bayl Univ Med Cent)*, 14, 4, 2001 Oct, 339–346. L'EMTALA si rivolge in particolare alle strutture ospedaliere che partecipano a *Medicare*, ma esse comprendono quasi il 98% di tutti gli ospedali statunitensi, pubblici e privati. Tali ospedali sono obbligati, in primo luogo, a eseguire un esame di *screening* medico su qualsiasi persona che si rivolga ad essi, al fine di determinare se esista o meno una condizione medica di urgenza. In secondo luogo, se esiste una condizione medica di emergenza, il personale sanitario è tenuto a stabilizzare tale condizione

nella misura delle proprie capacità o a trasferire il paziente in un altro ospedale con le attrezzature mediche adeguate al caso specifico. Infine, gli ospedali con capacità o le strutture specializzate sono tenuti ad accettare i trasferimenti di pazienti che necessitano di tali servizi specializzati se hanno la possibilità di prenderli in carico. Le spese sanitarie sopportate da queste strutture ospedaliere non vengono rimborsate dallo Stato in modo diretto, ma indirettamente tramite un credito di imposta ed altri sussidi da parte delle amministrazioni locali, statali e del governo federale.

<sup>35</sup> Altre soluzioni sono in discussione negli States, come ad esempio la proposta di un *Medicare for All*: una simulazione pubblicata su *Lancet* ha stimato che un sistema simile, universalistico, porterebbe a risparmi di circa il 13 % sulla spesa sanitaria, oltre a salvare più di 1,73 milioni di *life-years* rispetto alla situazione attuale. Si veda A.P. GALVANI, A.S. PARPIA, ET ALL, *Improving the prognosis of health care in the USA*, in *The Lancet*, 395, 10223, 524-533, disponibile in: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)33019-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)33019-3/fulltext).

## The Brazilian government's actions against the CoViD-19

**Sthéfano Bruno Santos Divino**

*Professor of Civil law, Universidade Federal de Lavras – UFLA.*

*Mail: [sthefanodivino@ufla.br](mailto:sthefanodivino@ufla.br).*

One of the main actions of the Brazilian Government to control, prevent and eradicate cases involving CoViD-19 (Coronavirus) was the drafting of Law 13.979/2020<sup>1</sup>. The objective of the Law is to solve possible legal problems existing between the exercise of civil liberties (for example: freedom of movement and individual health) and public interest (collective health), for the maintenance of social order.

Among the justifications used to create the legislation under analysis, it appears that all the actions contained therein aim to protect the community (art. 1, § 1). This is because the government considered that this disease is considered a national and international public health emergency.

To deal with the public health emergency of international importance resulting from the coronavirus, the Brazilian government authorizes some actions by public authorities (arts. 2 and 3):

1. Isolation: separation of healthy from sick or contaminated persons, or luggage, goods or affected postal parcels, in order to avoid contamination or the spread of the Coronavirus;
2. Quarantine: restriction of activities or separation of persons suspected of being infected by persons who are not sick, or of luggage, containers, animals or goods suspected of being

- contaminated, in order to avoid possible contamination or the spread of the coronavirus;
3. Compulsory performance of: a) medical examinations; b) laboratory tests; c) collection of clinical samples; d) vaccination and other prophylactic measures; or e) specific medical treatments;
4. Epidemiological study or investigation;
5. Exhumation, necropsy, cremation and corpse management;
6. Exceptional and temporary restriction on entering and leaving the country by highways, ports or airports, according to technical and reasoned recommendation by the National Health Surveillance Agency (Anvisa);
7. Requisition of goods and services from natural and legal persons, in which case the subsequent payment of fair compensation will be guaranteed; and
8. Exceptional and temporary authorization for the import of products subject to health surveillance without registration with Anvisa, provided that: a) registered by a foreign health authority; and b) provided for in an act of the Ministry of Health.

All the actions mentioned above will only be taken when there is sufficient evidence that the person may be infected. For this, the government make a research about the route of the possible infected person to verify if there was contact with risk areas. In this way it becomes possible to avoid situations that cause unnecessary fear in the population.

It is observed that, although it is an extreme measure, patients' rights are safeguarded. Firstly, it is emphasized that the treatment will be considered free of charge (art. 3, §2, II). Thus,

<sup>1</sup> Law 13.979 of February 6, 2020, available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm) (last visited: 29/02/2020).

the possible infected person will have all the treatment paid for by the State. Another important right is linked to the indispensable communication of patients about their health status, as well as the assistance to the family of the possible infected (art. 3, §2, I). In this case, although CoViD-19 (Coronavirus) is classified by the Brazilian Government as a national and international emergency, the Right to Health is protected by art. 6 of Brazilian Federal Constitution<sup>2</sup>. Therefore, it is up to the State to inform the patient about the real risks that affect his life and that of his family members, and must offer all the support necessary to solve that situation.

Finally, the entire procedure must be carried out with respect to the dignity, human rights and fundamental freedoms of people (art. 3, §2, III). One should not treat potential infected persons with rejection. On the contrary. During the entire process of detection and treatment, the government must respect the human rights. Any violation of the aforementioned actions can be considered an unlawful act of segregation and may result in civil liability of those involved in the treatment (art. 3, §4).

Another observation must be made regarding people who have an employment relationship. The right to be absent from work is guaranteed when patients are under the care of the State (art. 3, §3). In this case, the employer cannot reduce the salary due to the absence of the worker in the work environment. This guarantees job stability and, consequently, the exercise of the patient's right to take care of their health.

In addition, as we are facing a national and international emergency situation, it would be difficult for the State to verify which people may or may not have CoViD-19 symptoms. It is for this

reason that Law 13.797, in its art. 5, I and II, determines that everyone will collaborate with the health authorities in the immediate communication about possible contacts with infectious agents of the coronavirus and about circulation in areas considered as regions of contamination by the coronavirus. This action aims to ensure that the infection does not spread. For this, an active and positive behavior of the population must be taken into account in order to go to the health centers to perform the test.

According to the legal provision, it is essential to share data essential to the identification of people infected or suspected of having a coronavirus infection between the government entities (Municipal, State and Federal), with the purpose of preventing its spread (art. 6). When detecting the possible existence of the virus, the responsible professional must notify the Center for Strategic Information in Health Surveillance (CIEVS) within 24 hours after knowledge of the fact (Ministry of Health, 2020).

Regarding the dissemination of news on the internet, the Brazilian Ministry of Health has been cautious. In order to prevent the arbitrary use of the right to freedom of expression, all possible fake news is posted on the government website with their justifications for falsehood<sup>3</sup>. Information such as (1) the possibility of bubble wrap coming from China to contain CoViD-19, (2) homemade recipes to prevent and combat CoViD-19, and (3) possible cures are among the list of news demystified by the Ministry of Health. The adoption of this conduct is extremely important, as this type of information is quickly shared by users of social networks and can cause an uproar in the population as a whole.

<sup>2</sup> Brazilian Federal Constitution of 1988, available at: <https://bit.ly/3cUvamR> (last visited: 29/02/2020).

<sup>3</sup> Ministry of Health, available at: <https://coronavirus.saude.gov.br/?limitstart%20=%200> (last visited: 29/02/2020).

Another action taken by Brazil in this emergency period was *Operação Regresso*. On February 5, two Brazilian Air Force aircraft departed for Wuhan, China. Among Brazilians and family members of other nationalities, 34 arrived in Brazil on February 9. In addition to the returnees (process of voluntarily returning a person to their place of origin or citizenship.), 24 professionals who were part of the rescue were also fulfilling the quarantine initially planned to last 18 days.

During that time, patients had to comply with obligations imposed by the local government based on Law 13.979. Among them: 1) use of surgical mask; 2) use of Personal Protective Equipment (PPE) to prevent aerosol transmission (N95/PFF2 – The PPE mask known as N95 refers to an aerosol filter classification adopted in the USA that, in Brazil, is equivalent to PFF2 or semi-facial EPR with P2 filter; PFF2 is recommended for respiratory protection against aerosols containing biological agents in agricultural or industrial areas, and for other types of particles dispersed in the air, such as dust), procedure gloves, waterproof apron, goggles or face shield and cap; 3) Perform mask change N95/PFF2 whenever it is dirty or sweaty; 4) carry out a complete admission examination when landing the aircraft; 5) assessment (3 times a day) of vital signs, temperature and the presence of symptoms in all returnees; 6) sample collection for a new coronavirus at admission, on the seventh and 14th day; and 7) blood sample collection on the 14th day. Patients will leave the quarantine after the negative result for the new coronavirus in the serial samples and compliance with the 18 quarantine days.

During quarantine, the Secretariat of Primary Health Care – SAPS/MS created an intervention support group to mitigate psychological distress and prevent Post-traumatic Stress Disorder (PTSD). The SAPS/MS team is composed of: a psychiatrist and a psychologist; and the local team is composed of: a doctor (regardless of specialty) and a health professional with a college degree. An instrument for assessing psychological distress will be applied, classifying the risk and evaluating the line of therapeutic approach (psychotropic, psychotherapy, observation). Assessment will be made at admission and weekly follow-up, depending on the need.

All 58 returnees involved in *Operação Regresso*, which was quarantined at Anápolis Air Base, were released on February 23, 2020, four days ahead of schedule, as the results presented were reliable. However, all Brazilians in Danger Areas (Germany; Australia; United Arab Emirates; Philippines; France; Iran; Italy; Malaysia; Cambodia; China; North Korea; South Korea; Japan; Singapore; Thailand; and Vietnam) must perform by the procedure described.

The actions used by the Brazilian Government are in line with Human Rights. Although there are compulsory actions, they are provisional. The purpose of these actions is precisely the maintenance of individual and collective health. It is intended to prevent the spread of the virus in society. Thus, in view of all the infrastructure offered by the Brazilian government, it appears that the citizens' right to freedom is not being violated.

(16 March 2020)



## La emergencia de salud pública internacional derivada del Coronavirus (CoViD-19) y las reacciones normativa y fáctica brasileñas: un panorama a partir de la ley 13.979/2020

**Thomaz Fiterman Tedesco**

*Defensor Público del Estado de São Paulo. Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Doctorando en Derecho Constitucional por la misma institución.*

Mail: [tftssa@gmail.com](mailto:tftssa@gmail.com).

**Roberto Dias**

*Abogado, Doctor en Derecho Constitucional, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUC-SP y del curso de Administración Pública de la Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP).*

Mail: [rdiasdasilva@pucsp.br](mailto:rdiasdasilva@pucsp.br).

### 1. Introducción

La crisis epidemiológica mundial derivada del avance del CoViD-19 ha obligado a Brasil, una vez más, a encarar la discusión sobre medidas legislativas necesarias para enfrentar las emergencias de salud pública.

No es la primera vez que la atención del Congreso Nacional ha sido capturada por una grave crisis de salud. Romero y Delduque, analizando las respuestas del Congreso Nacional brasileño a cuatro emergencias de salud pública en la historia reciente, detectan un modelo de comportamiento poco eficiente<sup>1</sup>.

En las pandemias de cólera entre los años 1991-2005; de gripe aviar (H5N1) entre los años 1999-2006; de SARS entre los años 2003-2005 y

<sup>1</sup> L.C.P. ROMERO, M.C. DELDUQUE, *O Congresso Nacional e as emergências de saúde pública*, in *Saúde Soc. São Paulo*, 26, 1, 2017, 240-255.

de gripe porcina (H1N1) entre los años 2009-2010 –el Parlamento federal reaccionó en los momentos iniciales y de más gravedad, pero se limitó a los pronunciamientos parlamentares y a la fiscalización por medio de pedidos de información, convocatoria a las autoridades del Poder Ejecutivo para presentar las acciones tomadas y audiencias públicas.

La producción normativa en todos estos episodios, a su vez, ha sido insatisfactoria según la visión de dichos autores<sup>2</sup>. Tan sólo en un momento se presentó una propuesta legislativa para atribuir competencia a los agentes públicos de salud, a los efectos de imponer ciertas limitaciones de derechos individuales con miras a la contención de epidemias, como la cuarentena y el aislamiento, la cual, sin embargo, terminó siendo archivada sin haber sido siquiera discutida en la primera Comisión congresual.

Bien diferente ha sido la reacción a la emergencia deflagrada por el CoViD-19. Llama la atención el ritmo acelerado del proceso legislativo de la Ley n. 13.979/2020: la Presidencia de la República remitió a la Cámara de los Diputados el Proyecto de Ley n. 23/2020 el día 04 de febrero, siendo aprobado en Plenario en la misma fecha; al día siguiente fue encaminado al Senado Federal e igualmente aprobado de inmediato. Finalmente, fue encaminado de vuelta a la Presidencia de la República el día 06 de febrero de 2020, siendo inmediatamente sancionado. Se recorrió en dos días, por tanto, todo el rito procedimental de creación normativa – que es bastante exigente, pues involucra la aprobación por dos casas legislativas y la sanción por el Jefe del Poder Ejecutivo.

Se puede atribuir la rapidez inusitada a la presencia de cerca de cuarenta brasileños en la

<sup>2</sup> *Ivi*, 251.

ciudad de Wuhan, en China, cuya libertad de circulación fue restringida ante la orden de cuarentena en la región por el gobierno chino. La repatriación, deseada por muchos de ellos, ha planteado la discusión acerca de la posibilidad jurídica de que se imponga cuarentena, en Brasil, en el caso de que dichos brasileños regresen al suelo nacional<sup>3</sup>.

## 2. Principales medidas sanitarias de contención en la Ley n. 13.979/2020 y las salvaguardias de los derechos fundamentales involucrados

Aprobada la Ley n. 13.979/2020, queda superada la discusión sobre la existencia de permiso legal al poder público para disponer gravosas medidas sanitarias de contención. Se ha previsto, entre otras medidas, el aislamiento, la cuarentena y la realización forzosa de exámenes médicos, de pruebas de laboratorio, de toma y colecta de muestras clínicas, de vacunación y de tratamientos médicos, así como la restricción excepcional y temporal de entrada y salida del país (artículo 3).

Corresponde al Ministro de Salud, autoridad federal máxima en el sistema sanitario, la competencia reglamentaria para definir los plazos y condiciones de la cuarentena y del aislamiento (artículo 3, § 5, inciso I) y podrá determinarlas a su albedrío o autorizar a los gestores locales de salud a adoptar dichas medidas (artículo 3, § 7, incisos I e II). La disposición de ejecución forzosa de exámenes, pruebas, análisis clínicos, vacunación y tratamientos médicos tanto puede emanar del

Ministerio de Salud como de los gestores locales (artículo 3, § 7, incisos I e III).

Es evidente que medidas de tal índole no se pueden tomar con liviandad. La ley, por este motivo, se ha preocupado de crear ciertas salvaguardias, buscando el equilibrio entre dos principios, las demandas de salud pública y los derechos fundamentales de los pacientes<sup>4</sup>. Una de ellas es la limitación del período máximo de permanencia de la situación de emergencia (durante la cual es posible aplicar las medidas sanitarias) al período declarado por la Organización Mundial de la Salud (artículo 1, § 3), y no se puede nacionalmente, por consiguiente, prorrogar el tiempo de la declaración más allá de ese marco (y por ello, también, la ley tiene vigencia sólo mientras perdura el estado de emergencia internacional por el coronavirus, conforme a lo previsto en el artículo 8).

Asimismo, el § 1 del artículo 3 prevé que las severas medidas deben basarse en evidencias científicas y en análisis sobre la información estratégica relativa a la salud, debiendo ser «limitadas en el tiempo y en el espacio al mínimo indispensable para la promoción y la preservación de la salud pública». El poder público deberá, por consiguiente, demostrar la información científica que posee y explicar por qué motivo la extensión de la medida sanitaria de modo específico – las regiones afectadas y durante cuánto tiempo – es necesaria.

Se trata de la inscripción explícita de la técnica del examen de proporcionalidad en la ley, dejando abierto el camino para que los tribunales puedan cobrar la demostración de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de cada una de las medidas,

<sup>3</sup> R. DELLA COLETTA, *Bolsonaro sanciona ley que establece reglas de cuarentena del coronavirus*, in *Folha de S.Paulo*, 06 de feb. de 2020. Disponible en <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/02/bolsonaro-sanciona-lei-que-estabelece-regras-da-quarentena-do-coronavirus.shtml> (acceso en: 07. mar. 2020).

<sup>4</sup> R. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2 ed. 5 tir., São Paulo, 2017, 114-116.

que habrá de concretizarse por actos administrativos del poder público.

Además, el § 2 del artículo 3 enumera los derechos de las personas afectadas por las medidas sanitarias: a la información (inciso I); a la gratuidad de tratamiento médico (inciso II); al respeto pleno a la dignidad y a los derechos humanos (inciso III); y de que se considere justificada su falta a la actividad laboral privada o al servicio público en el supuesto de ser alcanzada por alguna de las medidas contempladas en la ley (§ 3 del artículo).

La cuestión que se impone es saber si dichas salvaguardias son suficientes. Algunas de las disposiciones en nada innovan el ordenamiento jurídico y ni siquiera precisarían mención expresa. Es el caso del derecho previsto en el inciso II – a la gratuidad de tratamiento. La Constitución Federal ya garantiza el acceso universal y gratuito al Sistema Único de Salud (artículo 196), estableciendo la integralidad de la asistencia (artículo 198, inciso II). Y define previamente la forma de financiación del Sistema mediante la vinculación de ingresos presupuestarios y la exigencia de porcentajes mínimos de inversiones por cada ente federado (artículo 198, §§ 2 y 3).

De la misma manera, la garantía del inciso III, de «pleno respeto a la dignidad, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de las personas, según preconiza el artículo 3º del Reglamento Sanitario Internacional», tan sólo repite el tenor del Reglamento citado, que fue incorporado al ordenamiento nacional por medio del Decreto n. 10.212/2020, siendo inútil, por tanto, la previsión legal. El Reglamento Sanitario Internacional tiene elevado grado de abstracción porque busca regir a los más diversos y variados países; la idea es que los países, en sus leyes nacionales, detallen y expliquen cómo varias de las

disposiciones genéricas del reglamento se habrán de aplicar en su territorio. Así, se ha perdido la oportunidad de definir, en la ley, de modo más minucioso, los derechos fundamentales de los pacientes y personas afectadas, y la Norma “Portaria n. 356”, del Ministerio de Salud, que reglamentó y buscó darle operatividad a lo que dispone la Ley n. 13.939/2020, ha seguido la misma línea.

La falta justificada a la actividad laboral formal, pública o privada, a su vez, fue poco ambiciosa, dejando al desabrigo un gran contingente de trabajadores precarizados – como en el caso de aquellos que trabajan vinculados a los aplicativos de entregas de encomiendas o alimentos. Estos, si acaso fueran afectados por medidas sanitarias restrictivas de desplazamiento, perderán gran parte de sus rendimientos, y a su respecto la ley podría haber avanzado y previsto medidas de asistencia social temporales. De todas maneras, se sancionó, posteriormente la Ley n. 13.982, de 2 de abril de 2020, con el propósito de minimizar el problema y establecer un auxilio social temporal<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Dicha ley determina el pago, durante el período de 3 (tres) meses, a partir de abril de 2020, de un auxilio económico de emergencia de R\$ 600,00 – equivalente a € 103,98, calculado al tipo de cambio del 21 de abril de 2020 – debiendo cumplirse, cumulativamente, los siguientes requisitos: a) ser mayor de 18 años de edad; b) no tener empleo formal activo; c) no ser titular de beneficio previsional o asistencial o de seguro de desempleo o de programa de transferencia de renta federal; d) tener una renta familiar mensual *per capita* de hasta medio salario mínimo (el salario mínimo, actualmente, es de R\$ 1.039, o sea, equivalente a € 180,07); e) no haber percibido, en el año 2018, rendimientos tributables superiores a R\$ 28.559,70 (€ 4.949,69); f) ejercer actividad en calidad de micro-empresario individual, contribuyente individual del Régimen General de Previsión Social o trabajador informal.

Ya la disposición expresa del derecho a la información sobre su estado de salud y asistencia (inciso I) es positiva, pero el reglamento presentado por el Ministro de Salud nada ha avanzado (artículo 7). La *Portaria* n. 356, del 11 de marzo de 2020, no obstante debiera, de conformidad con la ley, reglamentar el derecho a la información, se limitó a contemplar la necesidad de un acta de consentimiento informado en relación con las medidas de aislamiento (art. 3, § 4), y nada dispone con respecto a las demás medidas sanitarias de emergencia. La propia idea de un acta de consentimiento en una medida de ejecución forzosa ya denota cierta confusión normativa, pues sería más adecuado regular detalladamente un robusto derecho a la información como salvaguardia de la falta de asentimiento.

Constituye la información, de todos modos, garantía mínima del derecho a la salud, conforme a lo previsto en el Comentario General n. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su párrafo 12, al disponer sobre la accesibilidad y confidencialidad (externa) cuanto a la información sobre el estado de salud (ONU, 2000)<sup>6</sup>. También el Código de Ética Médica brasileño, en el art. 34, establece que es un derecho del paciente recibir toda información sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y los objetivos del tratamiento. En el Estado de São Paulo, específicamente, el Código de Salud del Estado (Ley Complementar 791/1995), garantiza al paciente el derecho a «ser

<sup>6</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General n. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos e culturales). E/C. 12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

informado sobre su estado de salud, las alternativas de tratamiento posibles y la evolución probable del cuadro nosológico, y cuando sea el caso, sobre situaciones atinentes a la salud colectiva y formas de prevención de enfermedades y agravios a la salud» (art. 3, inciso IV, letra “d”).

Las medidas de aislamiento y cuarentena, previstas de modo abstracto en la ley, deben ser aplicadas a la luz del artículo 3, § 1, cuando define la necesidad de proporcionalidad. Si medidas menos graves atienden al mismo fin, no hay razón para restringir de forma tan incisiva la libertad de locomoción. La Corte Europea de Derechos Humanos ya ha tenido la oportunidad de evaluar una situación semejante, en el caso *Enhorn vs Suecia*.

Entre 1995 y 2001, se mantuvo a un paciente con HIV en aislamiento forzoso por varios períodos, totalizando un año y medio de restricción de libertad, so pretexto de impedir contaminaciones adicionales del virus, considerando la postura poco colaborativa del paciente. A pesar de la autorización formal contemplada en el artículo 5 (1), letra “e”, de la Convención Europea de Derechos Humanos y previsión legal permisiva sueca, la Corte entendió que el país no demostró la necesidad de la medida, o sea, por qué razones restricciones menos severas no habrían de servir al mismo fin<sup>7</sup>, configurándose, así, violación del derecho a la libertad del peticionario.

Aunque dicha Corte no tenga jurisdicción vinculante cuanto a los países de las Américas, el estudio de sus casos es relevante también en la región, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos suele usar la jurisprudencia

<sup>7</sup> CEDH. *Caso Enhorn v. Suécia. Petição* n. 56529/00. Segunda Seção. Mérito e justa reparação. Relatório de julgamentos e decisões 2005-I. Juzgado el 25 de enero de 2005, § 55.

regional europea como material en sus propias decisiones, mayormente en asuntos “nuevos”, como temas bioéticos, en que hay “europeización” de su propia jurisprudencia<sup>8</sup>.

Con respecto al derecho a la información, inclusive, la Corte Interamericana es enfática, extrayéndolo, entre otros, del propio artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que trata de la libertad de pensamiento y de expresión. Según la decisión *I.V. vs Bolivia*, en que la Corte Interamericana se basa en varios precedentes de la Corte Europea, quedó claro que el consentimiento para cualquier tipo de intervención médica es un derecho humano de la más elevada estatura, y debe ser previo, libre, pleno e informado<sup>9</sup>.

Si la regla es el libre consentimiento informado del paciente para realización de cualquier procedimiento médico<sup>10</sup>, retirar el consentimiento, por tanto, es la excepción. Y es bajo este enfoque que se han de leer las medidas forzosas de exámenes médicos, de análisis de laboratorio, de colecta de muestras clínicas, de vacunación y de tratamientos médicos. Sin embargo, el reglamento de la ley nacional editado por el Ministro de Salud ha eximido incluso la indicación médica como requisito para la colecta de muestras clínicas (artículo 6, párrafo único de la *Portaria*), bastando, por tanto, la orden administrativa.

El Supremo Tribunal Federal ya ha tenido la oportunidad de enfrentar la discusión sobre la

obligatoriedad de procedimientos médicos invasivos. En el *habeas corpus* n. 71.373<sup>11</sup>, juzgado en 1994, se discutió la constitucionalidad del examen forzoso de DNA para producir prueba en una acción civil de investigación de paternidad.

A pesar de la envergadura constitucional de los derechos del niño y el adolescente (art. 227, que define que los derechos de esta población disponen de absoluta prioridad), así como de la positivación del derecho al conocimiento del origen biológico (art. 48 de la Ley n. 8.069/1990), la mayoría del Supremo entiende que prevalece el derecho a la integridad personal y a la intimidad (artículo 5, inciso X, de la Constitución). Aun así, se impuso al padre que se niega a hacer el examen de DNA la carga de probar que no es el progenitor del niño. En otras palabras, hay presunción de paternidad de la persona que se niega a hacer el examen de DNA. Es de notar, sin embargo, que algunos Ministros – incluso el Juez Relator en la decisión –, en *obiter dicta*, mencionaron que, si el caso involucrase vacunación forzosa, la solución debería ser otra, pues los intereses en colisión serían diversos, dejando entrever su entendimiento de que, dependiendo de las circunstancias, la medida sería constitucional.

El reglamento de la ley, por tanto, debería haber sido formulado teniendo en cuenta la necesidad de explicar en qué supuestos las severas medidas – que afectan los derechos a la autodeterminación, a la intimidad, a la libre circulación y a la integridad física, todos contemplados en la Constitución brasileña – serían proporcionalmente aplicadas, y

<sup>8</sup> F. PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 7 ed., São Paulo, 2017, 225-235.

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso I.V. v. Bolivia*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 30 nov., serie C, n. 329, 2016, §§ 148-201.

<sup>10</sup> J.I. ACOSTA, *Vaccines, Informed Consent, Effective Remedy and Integral Reparation: an International Human Rights Perspective*, 131 *Vniversitas*, 2015, 19-64, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.vier>.

<sup>11</sup> Supremo Tribunal Federal. Hc 71373, Juez Relator Min. Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgado el 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 Ement VOL-01851-02 PP-00397.

principalmente, cuáles sus formas de su ejecución. Descartar la necesidad del libre consentimiento informado exige carga argumentativa y probatoria elevada, so pena de responsabilidad de las autoridades tanto frente al Poder Judicial nacional, como frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### 3. La ley en el mundo fáctico: últimos desdoblamientos de la pandemia y el conflicto federativo derivado de las medidas sanitarias aplicadas

El 17 de marzo de 2020, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Salud editaron la norma ministerial *Portaria* n. 5 regulando la internación forzosa de personas que se nieguen a cumplir las medidas de emergencia establecidas en la Ley 13.979, acarreado al infractor responsabilidad civil, administrativa y penal. La norma también faculta a la autoridad policial, sin mediar orden judicial, conducir a la persona a su residencia o establecimiento hospitalario para que cumpla las medidas de aislamiento o cuarentena.

Enseguida, el 20 de marzo, el Congreso Nacional reconoció, por medio del Decreto Legislativo nº 6/2020, el estado de calamidad pública, lo que permite que el Ejecutivo, a efectos de costear las acciones de combate a la pandemia de CoViD-19, pueda incurrir en más gastos, sin atenerse a las metas fiscales que habían sido predeterminadas

A pesar del rápido avance de la enfermedad en el mundo como un todo y en Brasil en particular – el 07 de marzo había 19 casos de contaminación y ninguna muerte, y el 21 de abril ya había 43.079 infectados y 2.741 muertos en el país –, el Presidente da República demuestra cierto desprecio por la pandemia, llamándola “fantasía”, “histeria” y “gripecita”, además de, siguiendo una línea contraria a lo

que determina la legislación producto de su propia iniciativa, instar a la población y a los poderes del Estado a acabar con el aislamiento social.

Por ese motivo, y por entender que la reacción del gobierno federal de combate a la pandemia, además de contradictoria, ha sido tímida, parte de los Gobernadores de Estado pasaron a adoptar medidas más drásticas.

Por ejemplo, el Gobernador do Estado de São Paulo – el Estado más populoso de la Federación – determinó prohibir la realización los eventos públicos y las clases en las escuelas públicas del estado (Decreto 64.862, de 13 de marzo), así como el cierre, hasta el 30 de abril de 2020, de shopping centers, galerías y academias de gimnasia (Decreto 64.685, de 18 de marzo). Y el 20 de marzo de 2020, por medio del Decreto 64.879, reconoce el estado de calamidad pública en el Estado y suspendió hasta el 05 de mayo todas las actividades de carácter no esencial, incluso el cierre de los parques del estado. Y el 17 de abril prorrogó el período de cuarentena en el Estado hasta el 10 de mayo.

En Rio de Janeiro, el Gobernador del Estado editó, el 13 de marzo, el Decreto 46.970, que suspende las clases en escuelas públicas y particulares, como asimismo eventos deportivos, shows y ferias, eventos científicos, comicios y paseatas. Suspende también, el funcionamiento de cines y teatros, así como las visitas a pacientes diagnosticados con CoViD-19 y a unidades carcelarias del Estado. El día 19 de marzo, por medio del Decreto 46.980, fue más allá, al prohibir a las personas frecuentar playas, lagunas, ríos, piscinas públicas y puntos turísticos de la ciudad de Rio de Janeiro, como el *Pão de Açúcar* y el *Corcovado*. Y a pesar de que la Constitución Federal, en su art. 21, establece que es competencia privativa de la

Unión legislar sobre transporte, el Gobernador decretó el cierre de las fronteras del Estado, restringiendo el ingreso por carreteras, puertos y aeropuertos.

El conflicto de competencia entre los Estados y la Unión – y el fuerte embate político entre los jefes del Poder Ejecutivo federal y estatales – ha llevado al Presidente de la República a editar, el 20 de marzo, la Medida Provisional 926. Por este acto normativo buscó, entre otras cosas, darle al Ejecutivo Federal la facultad exclusiva de definir cuáles serían los servicios y actividades esenciales que no podrían ser regulados (incluso su cierre) por los Estados y municipios.

Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, instado a manifestarse con urgencia en la Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 6341, entendió que la medida, en este punto, ofendía al modelo federal brasileño, que establece como competencia común de todos los entes federados, la regulación de temas de salud pública (art. 23, II, de la Constitución). La acción aún está pendiente de juzgamiento, habiendo sido apreciada solo en sede preliminar.

De la misma forma, en el Argumento de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 672, el ministro del Supremo Alexandre de Moraes acogió el pedido de medida cautelar (que está esperando apreciación por el Plenario) en disfavor del Poder Ejecutivo Federal. En esta acción constitucional, el peticionario, Consejo Federal de la Orden de Abogados do Brasil, apunta que el Presidente de la República ha actuado, de forma pública y ostensiva, contra las medidas de aislamiento social, amenazando, incluso, valerse de sus poderes normativos y administrativos para superar medidas de los entes sub-nacionales. El ministro relator entendió que existe riesgo de

conflicto federativo a partir de lo expuesto, pues el Presidente se manifiesta en todo momento de modo contrario a las medidas de aislamiento adoptadas por los Gobernadores e Intendentes, y reiteró que los Estados y municipios pueden adoptar o mantener las medidas restrictivas legalmente permitidas durante la pandemia, sin que se pueda emitir actos federales en sentido contrario mientras esté pendiente la acción cautelar.

Se observa que la disputa política entre el Presidente de la República y los Gobernadores de Estado, conjugada con el desdén del jefe de Estado por la pandemia, ha generado una escalada de medidas normativas y administrativas de combate al CoViD-19.

De un lado, el Presidente de la República, jefe del Poder Ejecutivo de la Unión, buscando flexibilizar las medidas de aislamiento y cuarentena, menosprecia la gravedad de la pandemia y se muestra más preocupado por los problemas económicos que las medidas de contención de la enfermedad podrán causar, a pesar de las tímidas medidas tomadas para minimizar los problemas financieros enfrentados por la población más vulnerable. Del otro lado, la gran mayoría de los Gobernadores de Estado adoptando fuertes medidas de aislamiento social y de cuarentena para frenar la diseminación del nuevo Coronavirus. Frente a este conflicto federativo, el Supremo Tribunal Federal ha actuado de modo firme en su papel de Tribunal de la Federación (art. 102, I, inciso “f”, de la Constitución Federal), salvaguardando la autonomía de los entes sub nacionales en el ejercicio de la competencia de todos los entes federativos para el cuidado de la salud.

Ello revela que la Federación brasileña y los mecanismos de frenos y contrapesos previstos en la Constitución Federal de 1988 ha logrado,

hasta el momento, impedir que se implanten medidas irracionales del Presidente de la República, y que se reconozca el ejercicio legítimo de las competencias de los Estados y municipios para el combate a la pandemia, por medio de actos de aislamiento y cuarentena que buscan proteger la salud de la población como un todo.

#### 4. Conclusiones

Tras esta breve exposición, se puede notar que el reglamento de la ley elaborado por el Ministro de Salud ha planteado grandes retos por resolver, pero no ha resultado a la altura. El artículo 3, § 4 de la normativa prevé la responsabilización, conforme a la ley, en caso de haber incumplimiento de las medidas sanitarias de emergencia, siendo éste más un punto lacónico, y la misma indefinición se ha repetido en el reglamento (en su art. 5). Así, quedaría a cargo de la práctica administrativa y judicial definir las consecuencias punitivas posibles al incumplimiento de las medidas, lo que será la piedra de toque para definir si la ley atiende a los requisitos de la proporcionalidad y, por consiguiente, si será adecuada al derecho constitucional brasileño.

Sin embargo, la reciente *Portaria Interministerial* n. 05, de los Ministros de Salud y de Justicia, de forma poco clara, ha indicado parcialmente el procedimiento de ejecución de algunas medidas, en caso de no adhesión voluntaria del infractor, con sugerencia (pues no vinculará a la autoridad judicial) específica de los tipos penales a aplicar – infracción de medida sanitaria preventiva y desobediencia (arts. 268 e 330, ambos ya contemplados en el Código Penal brasileño) –, siendo dichos delitos de menor potencial ofensivo, que difícilmente admiten la pena privativa de libertad.

Al respecto, el trecho de la *Portaria* que consigna la recomendación de que la prisión se mantenga únicamente en el caso de que el infractor no se comprometa a adherir a las medidas sanitarias (art. 7, párrafo único) aparenta colidir con la legalidad penal, puesto que no está previsto ese requisito para la liberación inmediata en el supuesto de delitos de menor potencial ofensivo (art. 69, párrafo único, de la Ley n. 9.099/95).

Además, la *Portaria* define de manera correcta, a nuestro juicio, en su art. 3, § 2, que la carga financiera derivada del incumplimiento de las medidas se cobrará al responsable, por la vía civil, lo que a primera vista, atiende la proporcionalidad.

En un pasado no tan distante del país (1904), una campaña de vacunación forzosa contra la viruela generó una revuelta social, siendo que el punto específico que deflagró la gran convulsión fue, justamente, el proyecto de reglamentación de su aplicación por parte de las autoridades administrativas, que contemplaba, entre otros, el pago de pesadas multas y la restricción de matrícula en escuelas, restricción de viajes y hasta de casamientos en caso de no comprobar haberse vacunado<sup>12</sup>. Ahí se nota la importancia de sopesar hasta donde puede y debe ir la reglamentación de una normativa de este tipo.

Sin embargo, lo exótico, actualmente, es una cuestión diversa. El discurso y las acciones del Presidente de la República son dirigidos a negar muchas de las medidas de la ley aprobada por su iniciativa, así como sus varias tentativas de impedir la actuación de los Gobernadores de Estados e intendentes de municipios para la protección de la salud de la población.

<sup>12</sup> N. SEVCENKO, *A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*, São Paulo, 2018.

Basta recordar que el Supremo Tribunal Federal, por su Ministro Luís Roberto Barroso, el día 31 de marzo de 2020, acogió una medida para impedir la difusión de una campaña publicitaria del Poder Ejecutivo Federal que pretendía instar al pueblo a retomar sus actividades normales (“Brasil no puede parar”), en las ADPFs n. 668 e 669.

Los efectos de la ley, de todos modos, ya empiezan a aparecer. En marzo de 2020, antes de la *Portaria* Interministerial n. 05, un hombre se negó a someterse a la colecta de muestras clínicas y exámenes de laboratorio para verificar si estaba contaminado por el CoViD-19, no obstante presentar síntomas de la enfermedad, después de mantener largo contacto con su esposa, que estaba internada en el hospital a causa de la enfermedad. El 10 de marzo, una jueza letrada del Distrito Federal, con fundamento en la citada Ley 13.979/2020 y con el argumento de la protección del derecho colectivo a la vida y a la salud y a la dignidad humana, restringió la libertad de locomoción y la autonomía de la voluntad del individuo y determinó, con urgencia, que realizara los exámenes serológicos para la detección del Coronavirus. En nombre de la seguridad colectiva, también determinó que el hombre se abstuviera de salir de casa hasta el resultado del examen, permaneciendo en aislamiento domiciliario, so pena de multa. Éste, finalmente, hizo el examen y se constató la presencia del Coronavirus.

A pesar de que esta resolución judicial analizó el conflicto de derechos fundamentales en el caso concreto y decidió a favor de la prevalencia de la protección de la salud pública en detrimento de los derechos individuales del paciente, son las medidas impuestas con miras a lograr la sujeción a los procedimientos médicos y al aislamiento, no aclaradas por la ley y por el

primer reglamento – y apenas parcialmente por la decisión judicial apuntada y por la *Portaria* Interministerial –, las que permitirán evaluar, concretamente, si la ley brasileña de enfrentamiento al CoViD-19 y sus medios de ejecución ofenden, o no, derechos fundamentales y humanos.

Sin embargo, más que sanciones contra los que se niegan a cumplir – o, de hecho, no pueden acatar – las medidas de protección de la salud de la población brasileña, se nota una falta de liderazgo nacional que pueda legítimamente conducir al país, con serenidad, a enfrentar tan grave pandemia, convenciendo a todos que las medidas de aislamiento y cuarentena son los caminos que existen actualmente para evitar el colapso del sistema de salud. Simultáneamente, habría que adoptarse medidas más robustas de enfrentamiento a los problemas económicos generados por la pandemia. Ello permitiría lograr mayor adhesión a las restricciones de locomoción de la población, que precisa de medios de supervivencia, para poder cumplir las reglas de aislamiento y cuarentena. Empero, lo que se nota, hasta este momento, es la tentativa del jefe del Ejecutivo de minar los esfuerzos que han hecho los Gobernadores e Intendentes para salvar vidas.

La disputa federativa, como se ve, prosigue con embates entre la Unión, de un lado, y del otro los Estados y municipios, que hasta ahora han seguido las orientaciones generales de la Organización Mundial de la Salud e impuesto fuertes medidas de aislamiento social y cuarentena para combatir la Covid 19. En esta escalada del conflicto federativo, el Supremo Tribunal Federal continuará siendo solicitado a arbitrar nuevas lides al respecto. Y todo indica, por lo menos hasta este momento, que el diseño institucional de la Federación brasileña y la separación de Poderes son los grandes

responsables de la protección de la salud pública del país, al garantizar la autonomía de

los entes subnacionales y frenar los actos insensatos del Presidente da República.

(21 abril 2020)

## Riflessioni sul post-pandemia da Sars Cov-19

*Silvio Garattini\**

REFLECTIONS ON THE POST SARS-COV-19 PANDEMIC

ABSTRACT: Sars-Cov-19 virus has significantly challenged the Italian National Healthcare Service, which has been quickly adapting to the pandemic emergency in order to remain responsive and to optimize its functions. There are several lessons to be learned from the current CoViD-19 pandemic and this contribution offers some reflections and solutions for an effective public health emergency preparedness and response.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; healthcare system; emergency response; coordination mechanisms

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il Servizio Sanitario Nazionale – 3. Le Regioni – 4. Territorio e ospedale – 5. Emergenze – 6. Prevenzione e ulteriori necessità.

### 1. Premessa

La pandemia indotta dal Sars Cov-19 virus ha messo a dura prova il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), un bene irrinunciabile per la salute dei singoli e della collettività, ed ha evidenziato una serie di problemi, già latenti, che impongono una profonda riflessione sulla sua funzionalità e conseguentemente sulla sua organizzazione. Le considerazioni che seguono tendono ad indicare delle soluzioni, in alcuni casi drastiche, che evidentemente richiedono gradualità unita a determinazione.

### 2. Il Servizio Sanitario Nazionale

Il SSN non ha attualmente una sua specifica governance perché è strutturato a livello del Ministero della Salute, ma senza una sua organizzazione, con leggi spesso contraddittorie e con una burocrazia che intralcia, anziché favorirne il funzionamento. Inoltre, non bisogna sottovalutare l'influenza politica sulla dirigenza amministrativa e sanitaria con frequenti cambiamenti di Governo. Anche se il SSN è una struttura pubblica, con il tempo si è accentuata la presenza di organizzazioni private con scopo di profitto, che rappresentano una forma di competizione impari. Infatti, il privato, a differenza del pubblico, può operare in piena libertà, potendosi organizzare in modo autonomo. Sembra quindi importante trovare soluzioni per rendere il SSN una organizzazione indipendente anche se necessariamente sotto il controllo pubblico. Così il SSN potrebbe essere trasformato in una Fondazione che ha il vantaggio di perseguire interessi pubblici, ma in modo indipendente dalle regole dell'amministrazione.

\* *Direttore, IRCCS – Istituto di Ricerche Farmacologiche “Mario Negri”, Milano. Mail: [garattini@marionegri.it](mailto:garattini@marionegri.it). Il presente lavoro è aggiornato al 13 aprile 2020.*

ne pubblica. Potrebbe avere un suo Consiglio d'Amministrazione ed una serie di Comitati di Consulenza scientifici ed organizzativi per assicurare un continuo adattamento delle attività del SSN in rapporto con gli sviluppi tecnologici e le aspettative dei pazienti. Si potrebbero in questo modo provvedere centralmente a fare in modo che le apparecchiature di alto costo siano distribuite in modo adeguato. Si potrebbe accedere con maggior possibilità di sconti all'acquisto di materiali diagnostici e di medicinali, nonché di beni di consumo con aste pubbliche in modo da utilizzare nel modo migliore le risorse economiche disponibili.

### 3. Le Regioni

Il SSN nato come una struttura centralizzata è stato poi giustamente scorporato a livello regionale per essere più vicino alle necessità locali. Il SSN è perciò divenuto un Servizio Sanitario Regionale (SSR) con un tenue coordinamento Stato-Regioni. Le 21 Regioni hanno sviluppato leggi e comportamenti molto differenti che dovrebbero essere accuratamente analizzati per evidenziarne pregi e difetti. Hanno anche sviluppato strutture di governo che spesso sono state dilatate per interesse politico e che, nell'insieme, rappresentano uno spreco, considerando che le Regioni variano da una popolazione inferiore al milione fino a oltre dieci milioni. Sembra quindi utile prospettare la possibilità che si proceda ad una ristrutturazione delle Regioni, riducendole a 12, con una popolazione media di 5 milioni di abitanti. Andrebbe reso più stringente il coordinamento nazionale per ottenere un comparabile soddisfacimento della finalità di assicurare a tutti i cittadini le migliori condizioni di salute. Ad esempio, il CdA del SSN dovrebbe avere la presenza di delegati delle 12 Regioni.

### 4. Territorio e ospedale

La recente pandemia ha fatto esplodere in modo evidente il profondo solco esistente fra la medicina del territorio e la medicina ospedaliera. È mancato, infatti, il filtro che dovrebbe essere rappresentato dai medici di medicina generale (MMG) perché sono mancate le linee guida ed in particolare un minimo di strutture di sicurezza. È ormai chiaro, anche sulla base di molte iniziative regionali, che non è più sostenibile il sistema attuale basato su singoli medici con molti pazienti in carico. È tempo di organizzare gruppi di medici possibilmente con differenti specializzazioni che possano avere in comune un adeguato numero di pazienti ed ambulatori aperti tutta la settimana, con una struttura informatica, segretariale ed un laboratorio per analisi di routine. Analogamente, i pediatri di famiglia potrebbero organizzarsi per gruppi. Ciò permetterebbe di ridurre la pressione dei pazienti sui pronto soccorso e di realizzare una migliore collaborazione con gli ospedali. I gruppi di MMG avrebbero una notevole funzione anche per il controllo dei pazienti, soprattutto anziani, portatori di patologie croniche. Per realizzare queste modifiche in modo armonico i MMG dovrebbero essere assunti dal SSN con lo stesso trattamento dei loro colleghi ospedalieri.

Per quanto riguarda gli ospedali, occorre una ristrutturazione che passi per l'eliminazione di tutti i piccoli ospedali pubblici e privati che non raggiungono un minimo di prestazioni per poter essere efficienti, convertendo eventualmente i piccoli ospedali pubblici nei gruppi di MMG precedentemente auspicati. Per ragioni di equità dovrebbe essere annullata l'intramoenia che permette attività di pro-

fitto all'interno degli ospedali pubblici. Gli ospedali dovrebbero considerare il cambiamento della popolazione negli ultimi decenni. Sono infatti prevalenti gli anziani portatori spesso di più patologie; non è più sostenibile, per questi pazienti, il pellegrinaggio da uno specialista all'altro, con prescrizioni multiple. Occorre, invece, il coordinamento di un geriatra che si occupi del paziente, coinvolgendo le specializzazioni necessarie. Va anche presa in considerazione la localizzazione di specialità che richiedono una complessità di interventi e di tecnologie, come ad esempio cardiocirurgie, neurochirurgie, trapianti d'organo. Oggi queste sono molto diffuse e richiedono, perciò, personale medico ed infermieristico spesso sottoutilizzato. Queste funzioni vanno concentrate in relativamente poche localizzazioni per ridurre il personale necessario e per assicurare maggiore esperienza e conseguente efficienza.

## 5. Emergenze

Una delle caratteristiche della presente pandemia è stata l'insufficienza di preparazione, dalle cose più semplici, alle complesse. Sono mancati i guanti, le mascherine ed i sistemi di protezione che hanno generato una inevitabile mortalità di medici ed infermieri, come pure sono mancati i letti di terapia intensiva, in parte anche per il mancato filtro del territorio. La continua riduzione di risorse economiche che ha determinato riduzione di letti e personale non ha certamente giovato ad organizzare un efficiente contrasto alla diffusione del CoViD- 19. Poiché la globalizzazione continuerà nel tempo, bisogna considerare che come viaggiano le persone e le merci viaggiano anche batteri e virus. È perciò necessario avere sempre aggiornato un piano per l'emergenza che comprenda la rapida reperibilità di spazi, letti, ossigenatori, mascherine e quant'altro divenga necessario, prendendo esempio dai militari che hanno a disposizione aerei, corazzate, carri armati ed ingenti depositi di quanto possa essere necessario in caso di guerra.

Poiché i virus che hanno determinato pandemie sono di derivazione animale, occorre meglio organizzare gli allevamenti intensivi di bestiame ed essere attenti al diffondersi di animali d'affezione che determinano stretti contatti con la popolazione. Basti pensare a cosa succedrebbe in Italia se vi fosse un virus che facesse un salto di specie dal gatto o dal cane all'uomo.

## 6. Prevenzione e ulteriori necessità

Il SSN non può non sviluppare un grande piano strategico per la prevenzione perché almeno il 50 per cento delle malattie non piove dal cielo, ma dipende dai nostri comportamenti e dall'ambiente in cui si vive. I buoni stili di vita sono la base su cui costruire la sostenibilità del SSN. Dovrebbero essere uno dei compiti fondamentali dei MMG.

Una riforma del SSN non può essere efficiente, però, se non si tiene conto anche di altre carenze. Anzitutto, non può continuare una dirigenza effettuata da favoritismi politici e da ricorso a dirigenti con capacità puramente mediche o manageriali. È necessario che si realizzi l'auspicata Scuola Superiore di Sanità (SSS) per formare una dirigenza che abbia le necessarie competenze e, soprattutto, la cultura, oggi molto scarsa, del SSN come bene comune insostituibile fondato sulla universalità, equità e

gratuità. La Scuola potrebbe essere articolata in più localizzazioni e dovrebbe avere una componente teorica ed una forte componente di pratica, all'interno delle varie strutture del SSN.

Una seconda esigenza è una forte informatizzazione del SSN per utilizzare l'enorme quantità di dati disponibili ogni giorno nell'ambito delle varie forme di intelligenza artificiale. Il SSN dovrebbe divenire un grande laboratorio nazionale capace di modulare i suoi interventi e la sua organizzazione in rapporto con l'evolversi delle conoscenze e delle modifiche sociali e culturali.

Una terza necessità è quella di una informazione indipendente, autorevole e credibile, oggi inesistente. Attualmente l'informazione è interamente un monopolio del mercato della medicina. Occorre disciplinare questa informazione, evitando che entri in modo subdolo a livello degli operatori sanitari e del pubblico, ad esempio eliminando il rapporto diretto fra informatori farmaceutici e medici o controllando una pubblicità che promette meraviglie a tutta una serie di prodotti salutistici senza alcuna base scientifica.

Un'ultima necessità, ma non in ordine di importanza, è il sostegno alla ricerca scientifica, ridotta oggi letteralmente alla povertà. Basti pensare che siamo nelle ultime posizioni fra i Paesi europei per quanto riguarda il finanziamento della ricerca pubblica e privata ed abbiamo la metà dei ricercatori rispetto alla media europea. La continua fuga di giovani ricercatori è un esempio di quanto sia difficile fare ricerca in Italia, anche per le assurde leggi che impediscono la sperimentazione animale, base indispensabile per il progresso delle conoscenze e delle terapie. Non si può chiedere alla scienza di dare un contributo nelle emergenze se non la si mette in condizione di essere funzionale e capace di mobilitare masse critiche per una rapida soluzione dei problemi. In questo senso va anche modificato il funzionamento ed il finanziamento degli istituti di ricerca clinici (IRCCS) per renderli sempre più aderenti alle necessità del SSN, con particolare riferimento alla realizzazione di una ricerca indipendente che si occupi di tutti i settori in cui non è presente l'industria che ha scopo di profitto.

Nessuno possiede la bacchetta magica per cambiare il SSN, ma è chiaro che è necessario mettere in comune riflessioni e proposte per realizzare una discussione collaborativa per iniziare ad implementare decisioni con gradualità congiunta a determinazione nell'interesse della salute singola e collettiva.