

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

# Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2022 - Anno XLIII

## IL BILANCIAMENTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI DURANTE LO STATO D'EMERGENZA: IL COSTITUZIONALISMO PRECAUZIONALE È COMPATIBILE CON LA COSTITUZIONE PLURALISTA?

della Dott.ssa Flaviana Cerquozzi

**Sommario:** 1. Lo stato d'eccezione e lo stato d'emergenza tra dottrina e storia 1.1. Stato di necessità vs Stato di diritto: la configurazione dello stato d'emergenza in Italia e la copertura costituzionale 1.2. Le condizioni dell'instaurazione dello stato d'emergenza nell'ordinamento democratico 2. La prima fase dell'emergenza pandemica e la risposta dell'ordinamento italiano 2.1. Alterazione dell'equilibrio costituzionale: la surrogazione della rappresentanza con la governabilità 2.2. Il bilanciamento tra i diritti fondamentali durante il periodo ordinario: esiste un limite ultimo all'espansione della tutela della salute pubblica? 2.2.1. Il caso Ilva ed il bilanciamento dei diritti fondamentali nel periodo ordinario 2.2.2. Disuguaglianze e (s)bilanciamento dei diritti: il trascorrere del tempo può rimettere in discussione il bilanciamento tra i diritti fondamentali? 3. La seconda fase dell'emergenza pandemica: le misure utilizzate per contrastare la diffusione 3.1. La compatibilità costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie nella giurisprudenza costituzionale 3.2. L'obbligo per categorie e il *green pass* (certificazione verde Covid 19): il dovere di solidarietà tra obbligatorietà diretta e indiretta 3.3. Spunti di riflessione: l'obbligo vaccinale come ottimo paretiano 4. La fine dello stato d'emergenza: il lascito dell'esperienza pandemica sui diritti costituzionali e le proposte di intervento *pro futuro* 4.1. Il progressivo ritorno alla normalità 4.2. Superare il limite temporale: verso un termine "determinabile" 4.3. La temporaneità emergenziale nella Costituzione 4.4. Conclusioni: proposte di intervento *pro futuro*. 4.5. Esiste una responsabilità dello Stato per la gestione della pandemia?

**Abstract:** Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato lo stato di emergenza globale e, in conseguenza a tale dichiarazione, il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri ha adottato la

Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, ai sensi dell'art. 7, co. 1, lett. c), e dell'art. 24, co. 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, codice della protezione civile. Sono seguiti decreti-legge e d.P.C.m. volti a contrastare la diffusione del virus con conseguenti restrizioni delle libertà fondamentali dei cittadini. Due le *conditio sine qua non* che hanno permesso che tali misure fossero conformi allo Stato di diritto: il presupposto di fatto (l'emergenza sanitaria, che trova il suo fondamento nella tutela del *primum vivere e nella salus rei publicae*) e la temporaneità (lo stato d'emergenza deve avere un termine ultimo oltre il quale deve essere ristabilito l'ordine "sospeso"). Se il presupposto di fatto deve rimanere il punto fermo dello stato d'emergenza, la temporaneità non gioca soltanto un ruolo di limite ultimo temporale a garanzia della restaurazione dell'ordine "sospeso", perché la temporaneità diventa una vera e propria categoria autonoma: uno strumento che consente di percepire in modo diverso la ragionevolezza delle misure, dunque è una categoria fondamentale dell'emergenza perché consente di ricalibrare l'equilibrio tra i diversi diritti costituzionali.

Un'altra fondamentale caratteristica che rende le misure conformi a Costituzione è la proporzionalità tra le misure adottate e lo scopo perseguito: in questo contributo si vuole operare un tentativo di razionalizzazione dell'emergenza pandemica al fine di comprendere, attraverso l'osservatorio privilegiato del bilanciamento tra i diritti costituzionali, se la gestione della pandemia sia avvenuta all'interno del perimetro costituzionale. L'emergenza pandemica è stata un vero e proprio "stress-test" per gli ordinamenti democratici, uno stress test che ha messo a dura prova la capacità degli stessi di preservare il nucleo duro democratico, nonché la capacità di riassorbire l'emergenza in ogni sua componente derogatoria dell'ordinamento costituzionale, al fine di impedire che l'emergenza potesse provocare dei taciti mutamenti costituzionali.

Un orientamento dottrinale, per descrivere la necessità dell'ordinamento di predisporre forme estreme di tutela della salute pubblica, ha fatto riferimento ad una nuova forma di costituzionalismo: il "costituzionalismo precauzionale". Ci si chiede: il costituzionalismo precauzionale è un costituzionalismo compatibile con la costituzione pluralista? Tale costituzionalismo assolve a quella che è la vera funzione del costituzionalismo moderno ossia quella di "limitare il potere e garantire i diritti" o è un costituzionalismo miope?

Nel contributo, la pandemia è stata convenzionalmente suddivisa nella tripartizione che segue.

La prima fase della pandemia ha inizio con la dichiarazione dello stato d'emergenza sino a giugno del 2020. In questo periodo i diritti fondamentali hanno subito una fortissima restrizione (si pensi, ad esempio, alla libertà di circolazione, alla libertà religiosa, ecc.) perciò, in primo luogo, si farà riferimento ai presupposti che hanno consentito al diritto alla salute pubblica di espandersi oltremodo al fine di tutelare il

bene vita e prevalere nei confronti degli altri diritti costituzionalmente garantiti. In secondo luogo, si farà riferimento alla necessaria preservazione del nucleo minimo essenziale incompressibile di ciascun diritto costituzionale: ciò al fine di comprendere se questo nucleo sia stato preservato durante questa prima fase. Infine, si procederà ad analizzare se i principali diritti costituzionalmente garantiti abbiano subito tutti la medesima limitazione al fine di comprendere se alcuni diritti costituzionali siano stati penalizzati in un una misura maggiore rispetto ad altri.

La seconda fase della pandemia ha un'estensione temporale molto vasta: essa sostanzialmente inizia a giugno 2020 e termina circa un mese prima della fine dello stato d'emergenza. In questo periodo l'introduzione della vaccinazione ha consentito un rallentamento delle misure restrittive. Si farà riferimento alla problematicità che la vaccinazione obbligatoria ed il *green pass* (certificazione verde Covid 19) hanno sollevato sia in astratto, nelle speculazioni dottrinali, sia in concreto, nell'attuazione che potremmo definire "selettiva" delle misure restrittive, in quanto frutto della scelta individuale di vaccinarsi o meno. In questo contesto la temporaneità, la territorialità e le scelte individuali hanno comportato un'applicazione a geometria variabile dei diritti costituzionalmente garantiti. Una geometria variabile in cui gli stessi confini dello stato d'emergenza sono sfumati: si pensi al fatto che lo stato d'emergenza, così come disciplinato in Italia, è stato prorogato (con il decreto-legge del 24 dicembre 2021, n. 221, convertito con modificazioni dalla L. 18 febbraio 2022, n. 11) "oltre" il limite espressamente previsto dalla legge che disciplina lo stato d'emergenza (l' articolo 24 co. 3 del Codice di protezione civile prescrive che «la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi»).

L'ultima fase è il periodo che inizia con il graduale rallentamento delle misure di prevenzione alla diffusione e che si estende anche dopo la fine dello stato d'emergenza (fino a quando rimarrà in vigore anche soltanto una sola misura di contenimento e prevenzione al contagio da Covid-19). Quest'ultima è la fase che rende tangibile il lascito della pandemia sui diritti costituzionali.

Dalla tripartizione *supra* menzionata emerge l'elasticità del bilanciamento tra diritti costituzionali, un'elasticità che non deve esser confusa con la flessibilità della Costituzione: a tal fine quest'elasticità deve contenere dei confini ben precisi, confini invalicabili in modo che la rigidità della Costituzione non possa esser messa in discussione in alcun modo durante lo stato d'emergenza.

## **1. Lo stato d' eccezione e lo stato d'emergenza tra dottrina e storia**

Prima di procedere all'analisi sul bilanciamento dei diritti fondamentali durante lo stato d'emergenza, non si può non ripercorrere, brevemente, la categoria dello stato d'eccezione così come formulata dalla dottrina

giuspubblicista e come si è concretizzata nella storia. Preliminarmente si procederà ad illustrare come sia stato affrontato lo stato d'eccezione nella teoria costituzionalistica, quali siano i limiti della configurazione dello stato d'emergenza nelle democrazie moderne e, infine, analizzare nel concreto quali siano i limiti previsti dello stato d'emergenza nell'ordinamento italiano.

Lo stato di eccezione è quella particolare configurazione di sospensione/deroga del diritto ordinario dello Stato, a cui il potere politico ricorre al fine di dedicarsi con tutte le forze al superamento della situazione che viene considerata d'emergenza. La prima difficoltà che si incontra nella delimitazione dello stato d'emergenza è la definizione del termine "emergenza". Nell'ambito delle scienze sociali, questo termine è impiegato per indicare «situazioni improvvise di difficoltà o pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio, le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale»<sup>1</sup>. Questo significato viene trasposto in termini giuridici nello "stato d'eccezione", espressione accompagnata da un'ambiguità terminologica<sup>2</sup> e semantica<sup>3</sup>, ambiguità riconducibili all'impossibilità di ricondurre ad un'unica figura le molteplici situazioni emergenziali che comportino una sospensione temporanea (più o meno pregnante) dei diritti costituzionali, cui lo Stato possa ritrovarsi a far fronte.

Si aggiunge, poi, un'ulteriore ambiguità: esso è da considerarsi parte integrante del potere costituito o, piuttosto, una riappropriazione -seppur temporanea- del potere costituente? Non è semplice rispondere a questa domanda, si ripercorrerà brevemente il pensiero di illustri autori della dottrina giuspubblicistica per dare una razionalizzazione della collocazione dello stato d'emergenza (se dentro o fuori dall'ordinamento) con riferimento allo stato democratico. La storia e la dottrina giuspubblicista nel tempo hanno proposto diverse formulazioni dello stato d'eccezione: Carl Schmitt lo considerava come uno stato intermedio tra natura e stato di diritto; Hans Kelsen, invece, come stato pre-giuridico.

Carl Schmitt costruisce uno stato d'eccezione perenne, espressione della sovranità: «Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione»<sup>4</sup>, ma uno stato d'eccezione perenne è al tempo stesso «fondamento e punto cieco del diritto»<sup>5</sup>. Lo stato d'eccezione schmittiano, infatti, è eretto su una

---

<sup>1</sup> A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, 1993.

<sup>2</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione, Homo sacer*, II, I, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 13.

<sup>3</sup> La Germania utilizza il termine "*stato di eccezione, di necessità*" e ricomprende in costituzione le diverse tipologie che vanno a specificare i diversi stati d'emergenza (es. *stato di difesa - stato di tensione- stato di catastrofe*); Francia e Italia si riferiscono a tali situazioni con un generico "*stato d'assedio*" (Francia) "*stato emergenza*," (Italia); l'Inghilterra, invece, predilige la terminologia "*legge marziale, potere d'emergenza*". Per una disamina comparatistica dello stato d'emergenza, si veda: "Sénat, étude de législation comparée n° 156- Janvier 2006- L'État d'urgence"; nonché P. PASSAGLIA, *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, marzo 2011 in *Studi della Corte costituzionale*.

<sup>4</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, (1922) in *Le categorie del "politico"*, il Mulino, Bologna, 1972, pp. 33- 34: Per Carl Schmitt «Il Sovrano decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso perché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa». Si vedano, inoltre, dello stesso Autore "*Dottrina della costituzione*", a cura di Antonio Caracciolo, Giuffrè; "*La dittatura*" opera del 1921, edizione a cura di A. Caracciolo ed. Settimo Sigillo- Europa Lib. Ed. 2015.

<sup>5</sup> E. REDAELLI, *Legge ed eccezione, Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Noema*, 7/2/2016", p. 4.

concezione della sovranità assoluta: una tale concezione di sovranità, senza limiti prestabiliti, comporta la negazione dello Stato di diritto. Alla dottrina schmittiana è stata ricondotta la Costituzione di *Weimar* che, all'art. 48<sup>6</sup>, prevedeva la possibilità, al fine di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica, di sospendere parzialmente o totalmente i diritti costituzionalmente garantiti. In tale articolo, però, non erano previsti limiti temporali, tanto che Adolf Hitler ha trasformato lo stato d'eccezione in un'eccezione perenne: la forma di governo totalitaria<sup>7</sup>. Lo stesso si può dire, anche se ciò è avvenuto a livello di legge ordinaria e non a livello costituzionale, della storia italiana, dove una legge, votata dal Parlamento, ha attribuito a Benito Mussolini i pieni poteri per poter fare tutto il necessario al fine del superamento del periodo emergenziale<sup>8</sup>.

Dopo l'esperienza *weimariana*, la dottrina costituzionalista ha affrontato lo stato d'eccezione soltanto come eccezione permessa in situazioni talmente gravi da mettere in pericolo la vita stessa dello Stato (*la salus rei publicae*): in tali situazioni possono essere legittimate misure *extra-ordinem* volte al superamento della situazione emergenziale, purchè siano inderogabilmente temporanee. La razionalizzazione dello stato d'eccezione, entro certi limiti, fa sì che si possa parlare di stato d'emergenza. Sul punto, Giorgio Agamben ha individuato l'archetipo dello stato d'eccezione nel concetto "*iustitium*", un istituto di diritto romano attraverso il quale il Senato, in caso di concreto pericolo per la Repubblica, emettendo un *senatus consultum ultimum*, poteva sospendere momentaneamente le leggi, affidando ai magistrati un potere illimitato. Tuttavia, questa necessità rimaneva fuori dall'ordine giuridico: la tendenza a ricondurre all'interno dell'ordinamento giuridico lo stato di necessità appartiene, infatti, ai moderni.

In particolare, è negli ordinamenti democratici che la realizzazione dello stato d'eccezione si fa più complessa: considerarlo parte integrante del potere costituito o riappropriazione temporanea del potere costituente significa comprendere se e in che misura lo stato d'eccezione sia consentito all'interno di un ordinamento democratico.

Una peculiare formulazione dello stato di eccezione è quella che ci restituisce Giorgio Agamben, il quale afferma che tale *status* è una «figura d'ordine sospeso»<sup>9</sup>, ove vige una «forza di legge senza legge»<sup>10</sup>. Ne deriva, quindi, un «paradossale istituto giuridico che consiste unicamente nella produzione di un vuoto giuridico»<sup>11</sup>. Ed è qui percepibile la

---

<sup>6</sup> Art. 48 Cost. *Weimar* «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli art. 114,115,117,118, 123, 124 e 153". Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al *Reichstag*. Le misure stesse devono essere revocate se il *Reichstag* lo richieda».

<sup>7</sup> F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Rivista AIC*, 30 aprile 2017.

<sup>8</sup> Il Regno d'Italia aveva una Costituzione ottriata e flessibile ( lo Statuto Albertino), questa flessibilità permise a Benito Mussolini di avocare "pieni poteri" attraverso una legge ordinaria, nello specifico la legge 3 dic. 1922 n. 1601, concernente la delegazione di pieni poteri al Governo del re per il riordinamento del sistema tributario e della pubblica amministrazione. Sul punto, si veda. P. PASSAGLIA (a cura di), *op. cit.*

<sup>9</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione, cit.*, pp. 66 ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 56.

differenza tra la formula dei “pieni poteri” e quella dei “poteri necessari”: la prima vietata negli ordinamenti democratici, la seconda, invece, permessa per la conservazione degli stessi. In tal senso, lo stato d’eccezione non è uno stato pleromatico che legittima una pienezza dei poteri di schmittiana memoria (*plenitudo potestatis*)<sup>12</sup>, è, piuttosto, uno stato kenomatico: un vuoto di potere<sup>13</sup>.

Occorre, però, stabilire se tale vuoto sia dovuto ad una “deroga” di potere o, piuttosto, ad una sua “sospensione”<sup>14</sup>. In dottrina, vi è chi<sup>15</sup>, difatti, nel definire la sospensione quale fattispecie particolare della deroga, specifica che essa è l’unica a non essere riconducibile *tout court* al concetto di revisione costituzionale, quindi, l’unica ad essere delimitata nel tempo; al contrario, la deroga rientrerebbe pienamente nel concetto di “revisione”, configurando, quindi, una modifica con effetti definitivi, non temporanea<sup>16</sup>. La differenza tra deroga e sospensione, così come la differenza tra pieni poteri e poteri necessari, consentono di configurare due diverse configurazioni *extra ordinem* per lo Stato: le prime caratteristiche configurano lo stato d’eccezione, le seconde, invece, lo stato d’emergenza. Nella definizione di Gustavo Zagrebelsky<sup>17</sup>, la differenza tra questi due *status* è rinvenibile nella finalità perseguita: lo stato d’eccezione ricorre alla necessità al fine di sovvertire l’ordine costituito; lo stato d’emergenza, invece, ricorre alla necessità al fine di conservare l’ordine costituito. *Mutatis mutandis*, non si può non ascoltare l’eco schmittiano che distingueva tra dittatura sovrana e dittatura commissaria. Dunque, entrambi gli *status* fanno leva sulla necessità ma, mentre per lo stato d’eccezione la necessità<sup>18</sup> assurge sicuramente a fonte autonoma del diritto, nello stato d’emergenza ciò rimane controverso<sup>19</sup>. Rimane controverso perché imbrigliare lo stato di necessità risulta difficile. A questo punto, sarà utile comprendere se lo stato d’eccezione in un ordinamento democratico debba essere considerato parte integrante dell’ordine costituito -sebbene nella formulazione dei poteri necessari al fine del superamento di una situazione molto grave che mette in pericolo

<sup>12</sup> Derivante dal diritto canonico, sul punto G. AGAMBEN, *ivi*, p. 14.

<sup>13</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>14</sup> M. PIAZZA, *L’illegittima «sospensione della Costituzione» prevista nel c.d. «Piano Solo»*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 804 ss. Si veda, inoltre, L. BUSCEMA, *Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà in un ordinamento democratico*, in *Democrazia e Sicurezza- Democracy and Security Review*, anno VII, n°1/2017, p. 59.

<sup>15</sup> Il riferimento è a M. Piazza, *ibidem*.

<sup>16</sup> L. BUSCEMA, *op.cit.* L’Autore sottolinea (nota 50) come M. Scudiero (in M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari dello stato di guerra*, Napoli, Jovene, 1969) abbia differenziato la revisione e la sospensione: «l’una con effetti temporanei, l’altra, sia nel senso dell’abrogazione che della modificazione, con effetti definitivi».

<sup>17</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Repubblica*, 29 luglio 2020.

<sup>18</sup> Si vedano Santi Romano e Costantino Mortati: S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria* (1909), ora in *Id.*, *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, I, Giuffrè, 1950, rist.1990, pp. 349 ss.: per Santi Romano la necessità si pone quale «fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate»; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed. Cedam, Padova, 1975-76, t. I 79 e 319 e ss., t. II 702 e ss.

<sup>19</sup> In riferimento allo stato d’emergenza emanato al fine di contrastare la diffusione del *virus Sars-Cov 2*, vi è un orientamento dottrinale che fa riferimento alla necessità quale fonte autonoma del diritto e un orientamento dottrinale che afferma il contrario. Si vedano, per il primo orientamento G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2020, p. II: l’Autore specifica che, pur non potendosi negare la necessità “di fatto” assurga a fonte autonoma del diritto, questa debba essere ben circoscritta e delimitata. Sul secondo orientamento, si veda, invece: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 11 aprile 2020.

lo stesso ordinamento democratico- o, piuttosto, fuori da ogni ordine costituito e riappropriazione temporanea del potere costituente.

Considerare lo stato d'eccezione parte integrante dell'ordine costituito consente di sottoporlo alla Costituzione, in quanto espressione della necessità da normare *secundum ordinem*; considerarlo, invece, una riappropriazione temporanea del potere costituente consente di collocarlo all'esterno dell'ordinamento, in una sorta di "non-luogo"<sup>20</sup> ove tutto sarebbe permesso, perché nulla può delimitare il terribile potere costituente: in quanto eccezione rispetto all'ordine costituito, questa travalicherebbe i limiti imposti dallo stesso ordinamento (è *extra ordinem*, appunto).

Chi aderisce alla prima teoria è sostenitore della tesi che, in tempi di crisi, il governo costituzionale non possa essere alterato (o possa esserlo entro certi limiti ben definiti); chi aderisce alla seconda parte dalla convinzione secondo cui l'ordinamento democratico è concepito per funzionare in circostanze normali, perché «in tempi di crisi il governo costituzionale deve essere alterato in qualsiasi misura sia necessaria per neutralizzare il pericolo e restaurare la situazione normale»<sup>21</sup>.

Considerare lo stato d'emergenza come esterno all'ordinamento consente una maggiore elasticità circa le misure da perseguire al fine di arrivare allo scopo (il superamento dell'emergenza); considerarlo parte integrante dell'ordine costituito significa, invece, razionalizzarlo e porre dei limiti sia contenutistici, sia procedurali.

Aderire alla prima tesi significherebbe legittimare un ordine non democratico con il fine di salvaguardare l'ordine democratico: quanto di più paradossale e vicino a *Weimar*. Dunque, affinché si possa legittimamente far riferimento in uno stato democratico al paradigma dello "stato d'eccezione" *latu sensu*, è opportuno far riferimento soltanto allo stato di emergenza, non allo stato d'eccezione *strinco sensu*: il primo è connesso all'esercizio presente del potere costituito, il secondo è connesso al successivo esercizio del potere costituente<sup>22</sup>.

Prima di procedere ad esplicitare i limiti dello stato d'emergenza in un ordinamento democratico, si vuole specificare la differenza che intercorre<sup>23</sup> tra lo stato d'emergenza proclamato in un ordinamento democratico e lo stato d'emergenza proclamato in un ordinamento non democratico. Nel primo caso si instaurerà uno stato d'emergenza debole, nel secondo caso uno stato d'emergenza forte<sup>24</sup>.

Lo stato d'emergenza forte consisterebbe in uno stato di eccezione puro, sciolto da qualsiasi vincolo giuridico, caratterizzato da fortissime restrizioni

---

<sup>20</sup> G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 67.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 18.

<sup>22</sup> M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2022, pp. 51 ss. L'Autore sottolinea come lo stato d'eccezione comporti uno spazio vuoto di diritto (inteso come norma e istituzione), lo stato d'emergenza, invece, uno spazio pieno di diritto. Il primo dai presupposti indefiniti, il secondo dai presupposti definiti. Inoltre, se il primo fa leva su un « monismo istituzionale, il secondo altera ma presuppone e mantiene il pluralismo istituzionale».

<sup>23</sup> In dottrina si è fatto riferimento al fatto che l'instaurazione dello stato d'emergenza cambia d'intensità a seconda se ciò avvenga in un ordinamento democratico (in cui lo stato di diritto è forte) o in un ordinamento autoritario (in cui lo stato di diritto è debole). Sul punto, A. LO CALZO, *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI, *Coronavirus e costituzione*, Pisa, 2020, pp. 32 ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

delle libertà e da una sospensione dell'attività degli organi rappresentativi. Nello stato d'emergenza debole, invece, si avrebbe una debole restrizione dei diritti ed un'alterazione parziale delle competenze tra gli organi rappresentativi, rimanendo ferma l'attività degli organi giurisdizionali e la subordinazione dell'azione degli organi amministrativi al potere normativo del Parlamento. Una via mediana si ravviserebbe uno stato di eccezione "medio", in cui l'alterazione subita nello stato d'emergenza debole si intensificherebbe ma non al punto di stravolgere l'ordinamento come nello stato d'emergenza forte: vi sarebbe, insomma, una più intensa restrizione dei diritti e un aumento della discrezionalità degli organi amministrativi<sup>25</sup>. Lo stato d'emergenza debole, configurabile nell'ordinamento democratico, non può, dunque, che essere parte dell'ordine costituito, dove le garanzie non sono sospese ma devono essere adeguatamente rispettate. Non si può, dunque, parlare di sospensione dell'ordine costituito, quanto, piuttosto, di uno *status* ben delimitato, costituito, sufficientemente razionalizzato, che non deve mai andare oltre quanto stabilito dalla stessa Costituzione. Questa distinzione consente non meramente di "qualificare" lo stato di emergenza, ma di conciliarlo con un ordinamento democratico. Stante quanto accaduto con la Costituzione di *Weimar*, infatti, far riferimento ad uno stato d'emergenza/emergenza in un ordinamento democratico è certamente problematico, il pericolo che l'eccezione si faccia regola è sempre incombente: è, dunque, fondamentale regolare lo stato d'emergenza con confini ben precisi, al fine di non consentire che queste evenienze eccezionali possano stravolgere la forma di stato. In questo senso è stato affermato che «lo stato democratico è più debole dello Stato che, per imporsi dispone degli strumenti dittatoriali»<sup>26</sup>.

### **1.1. Stato di necessità vs Stato di diritto: la configurazione dello stato d'emergenza in Italia e la copertura costituzionale**

Se l'ordinamento durante lo stato d'emergenza non è sospeso, allo stesso modo il costituzionalismo non potrà esserlo, altrimenti verrebbe meno lo stato di diritto.

Per potersi definire tale, uno stato di diritto deve limitare il potere, limitare il sovrano. L'articolo principe del costituzionalismo moderno che esplicita tale funzione è l'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione»<sup>27</sup>.

Dunque, se tale affermazione è valida durante l'ordinario svolgimento della vita dello Stato, nelle situazioni emergenziali ciò deve valere in misura maggiore, perché il pericolo di espansione del potere è più imminente.

Una limitazione, una razionalizzazione dell'emergenza deve esserci, sia pure in forme diverse. Essa è una "legalità dei periodi eccezionali": una

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> J. HABERMANS, *Proteggere la vita*, il Mulino, Bologna, 2021, p. 26.

<sup>27</sup> Si veda G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma- Bari, Editori Laterza, 2013.

legalità a maglie larghe, questo perché deve lasciare spazio di manovra per consentire le misure necessarie all'occasione che si presenta difficile, quindi, da preconstituire *ex ante*: «quando sia in gioco la sopravvivenza dello Stato, che è condizione di ogni legalità, un'impostazione rigidamente formalista implicherebbe la distruzione delle fondamenta della stessa legalità»<sup>28</sup>.

Costantino Mortati sottolineava che il diritto, dinanzi a situazioni emergenziali, non è in grado di imbrigliare i fatti<sup>29</sup>. Di fatto, è la francese "teoria delle circostanze eccezionali"<sup>30</sup>.

*"Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem"*: eppure, anche quando è la necessità a farsi legge, questa incontra dei limiti. Ma quali sono questi limiti? Sono dei limiti espliciti o impliciti? Nonostante non siano assenti Stati democratici che inseriscono in Costituzione lo stato d'emergenza/eccezione, la Costituzione italiana non prevede alcun articolo volto a disciplinare tutte quelle situazioni diverse (purchè interne) che non si riferiscano al vero e proprio "stato di guerra" previsto ex art. 78 Cost (inerente ai conflitti bellici esterni).

Benché in Assemblea costituente fosse presente una proposta che volesse far ricomprendere in tale articolo situazioni diverse da quelle dell'emergenza bellica internazionale, questa non trovò seguito. Diverse furono le argomentazioni del rigetto: non mancò chi argomentò che, sospendere i diritti di libertà in altre situazioni, equivarrebbe a sospendere la stessa idea di democrazia, ravvisandone una «contraddizione palese»<sup>31</sup>.

M. Piazza<sup>32</sup>, invece, smontò tale possibilità sulla base di una duplice argomentazione: l'una dovuta alle lungaggini procedurali dell'art. 78 Cost. (la previa delibera parlamentare non permetterebbe di far fronte alle eterogenee situazioni emergenziali che potrebbero presentarsi); l'altra argomentazione, invece, faceva leva sull'impossibilità di ricorrere ad un'analogia dinanzi ad una disposizione di carattere eccezionale (quale, appunto, l'art. 78)<sup>33</sup>.

L'ordinamento italiano, al momento della pandemia, non era comunque sprovvisto di una disciplina dello stato d'emergenza, contenuta, però, in una fonte di rango primario. La disciplina dello stato d'emergenza in Italia, infatti, è stata introdotta nel 1992 con una legge ordinaria (legge n. 225 del 24 febbraio 1992), successivamente confluita nel Codice della Protezione civile (decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018), al capo IV. Non essendo esplicitati in Costituzione i limiti dello Stato d'emergenza, questi devono essere ricavati dall'interpretazione della Costituzione,

<sup>28</sup> C. BONTEMPS DI STURCO, in P. PASSAGLIA, *op.cit.*, 2011, p. 6; nonché J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 273 -278.

<sup>29</sup> L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico secondo Mortati*, Milano 1990, pp. 481 ss.; per un confronto diretto col testo di Costantino Mortati invece si veda: C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.

<sup>30</sup>B. LANYAN, *Il potere regolamentare autonomo in periodi di crisi. A proposito di una particolarità francese: la teoria delle circostanze eccezionali*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2016.

<sup>31</sup> B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1981, pp. 1108 ss.

<sup>32</sup> M. PIAZZA, *L'illegittima "sospensione della costituzione" prevista nel cosiddetto c.d. "Piano Solo"* in *Giur. Cost.*, 2001, pp. 804 ss.

<sup>33</sup> L. BUSCEMA, *op. cit.*, 2017.

nonché dai principi di diritto internazionale. Pur non sussistendo una specifica norma costituzionale che disciplini lo stato d'emergenza, questo non significa che le diverse situazioni emergenziali non trovino copertura costituzionale, come sottolineato dal Colonna: «i costituenti ritennero che, senza prevedere particolari situazioni di emergenza, la possibilità di interventi straordinari in casi eccezionali di necessità e urgenza, era prevista in alcuni casi espressamente indicati (13.3, 21.4 e 77 Cost.)»<sup>34</sup>.

Vi sono, poi, dei limiti ravvisabili nei principi generali dell'ordinamento giuridico tali per cui le misure intraprese devono essere generiche e astratte, limitate nel tempo, non possono essere retroattive, devono essere motivate (al fine del superamento dell'emergenza sanitaria) e devono, inoltre, essere proporzionali rispetto allo scopo che si prefiggono (per operare un giusto bilanciamento tra i diversi diritti fondamentali).

Grazie ai principi fondamentali è possibile calibrare il punto di incontro tra il principio di legalità ed il principio di necessità, a garanzia dello Stato di diritto. L'emergenza, difatti, non può espandersi a tal punto da snaturare l'ordinamento, non può andare oltre il "minimo costituzionale"<sup>35</sup>, quel nucleo duro indefettibile dell'ordinamento, oltre il quale si valica il potere costituito per tornare al potere costituente<sup>36</sup>. Ben prima dei limiti peculiari presenti in ciascun ordinamento, esistono, difatti, dei limiti oggettivi cui è possibile far riferimento nel contesto internazionale. L'art. 4 della "Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite", difatti, disciplina lo stato d'emergenza prevedendone una individuazione sostanziale<sup>37</sup> ed una configurazione procedurale<sup>38</sup>.

Dopo aver dichiarato che le misure derogatorie inerenti allo stato d'emergenza non devono essere «incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale», al comma 2 procede ad esplicitare il "nucleo duro" del diritto internazionale, riprodotto anche all'art. 15 co.2 CEDU. Possiamo, dunque, procedere a delimitare questo nucleo duro, che non può essere derogato neanche in situazioni emergenziali. È assolutamente vietato derogare al diritto alla vita (ex art 6 del Patto, art. 2 CEDU), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18 del Patto, art. 9 CEDU), persistono i divieti (ex art. 7 del Patto e art. 3 CEDU) di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, in particolare il Patto delle Nazioni Unite precisa anche che «nessuno può

---

<sup>34</sup> F. COLONNA, *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, in *Dem. e Dir.*, pp. 263 ss.

<sup>35</sup> G. MAZZARITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>36</sup> G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Giappichelli, 2000, p. 173.

<sup>37</sup>Ex art. 4.1. del Patto: «In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato un atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali deroghino agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale [...]».

<sup>38</sup>Ex art. 4.3 del Patto: «Ogni Stato parte del presente Patto che si avvalga del diritto di deroga deve informare immediatamente, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite, gli altri Stati parti del presente Patto sia delle disposizioni alle quali ha derogato sia dei motivi che hanno provocato la deroga. Una nuova comunicazione deve essere fatta, per lo stesso tramite, alla data in cui la deroga medesima viene fatta cessare».

essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico e scientifico». È assolutamente conservato il divieto di riduzione in schiavitù o servitù (ex art.8 del Patto, art 4 par.1 CEDU); persiste il principio di legalità penale (ex art. 15 del Patto, art. 7 CEDU), nonché il divieto di essere imprigionato per il solo motivo che non si è in grado di adempiere ad un obbligo contrattuale (ex. art. 11 del Patto).

## 1.2. Le condizioni dell'instaurazione dello stato d'emergenza nell'ordinamento democratico

I limiti allo stato d'emergenza che si ricavano dal contesto costituzionale ed internazionale, devono, nel concreto, essere individuati nella disciplina dello stato d'emergenza, che incontriamo nella norma di rango ordinario.

Per razionalizzare i limiti contenuti all'interno della legge ed integrati attraverso i principi generali dell'ordinamento, mutueremo la scansione dalla disciplina dello stato d'assedio precedente alla Costituzione<sup>39</sup>. Tale stato era suddiviso in una scansione temporale formata da quattro momenti: presupposto di fatto, atto di proclamazione, concreta attuazione, cessazione degli effetti. Astrarre questi quattro momenti consentirà di adattarli allo stato d'emergenza al fine di delimitarlo.

Il primo momento è il presupposto di fatto: la delimitazione dell'emergenza, infatti, non deve essere dovuta ad una valutazione politica *sui generis*, ma ancorata al presupposto fattuale. Nel caso *de quo* il presupposto fattuale è stata l'emergenza sanitaria dichiarata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, riconducibile all'art. 7, lettera c, del Codice della Protezione Civile).

Il secondo momento è che vi sia un atto di proclamazione (avvenuto il 31 gennaio): tale atto è funzionale alla delimitazione temporale dell'emergenza, nonché *conditio sine qua non* per poter procedere all'adozione delle misure necessarie al suo superamento. Questo momento assume una duplice valenza: oltre che temporale (in quanto delimita *ab initio* il periodo emergenziale al fine di poter calcolare con esattezza il termine finale) segna anche la titolarità dell'emergenza<sup>40</sup>. L'organo istituzionale a cui ne è demandata la deliberazione è, infatti, il Governo<sup>41</sup> - e tramite esso al Presidente del Consiglio dei ministri- il quale rimarrà, nell'arco dell'emergenza, l'organo principale di direzione e coordinazione della stessa.

<sup>39</sup> S. TRAVERSA, *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, p. 137, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 27 (1976), n.1.

<sup>40</sup> G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle Fonti*, fasc. n. 2/ 2018.

<sup>41</sup> La deliberazione dello Stato d'emergenza è disciplinata dall'art. 24 co. 1 lettera c) del Codice di Protezione civile: « [...]il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25». Prima del Codice di Protezione civile, nella legge n. 225/ 92, tale titolarità era prevista anche ex art. 5 della legge n. 225/92, difatti, a tal proposito la Corte costituzionale aveva già precisato che: «spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, ricorrere allo stato di emergenza a norma dell'art. 5, comma 1[...], sulla base degli elementi evidenziati dai competenti organi statali e regionali» ( Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 127 ).

Il terzo momento consta della concreta attuazione dello stato d'emergenza, durante la quale è possibile attuare limitazioni dei diritti pur con il limite essenziale del rispetto della Costituzione, quindi, del rispetto della proporzionalità e della ragionevolezza delle misure adottate.

Il quarto ed ultimo momento consiste nel prevedere la cessazione degli effetti dello stato d'emergenza ed il conseguente ristabilimento del precedente ordine sospeso: l'articolo 24 co. 3 del Codice della Protezione civile, infatti, esplicita: «La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi». La delimitazione temporale è necessaria a far sì che lo stato d'eccezione non si tramuti in un colpo di stato. Il ristabilimento del precedente ordine sospeso è garantito all'art. 26 del Codice suddetto, ed è rubricato: «ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale» cui provvedere «almeno 30 giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale»<sup>42</sup>.

Lo stato d'emergenza risulta, dunque, delimitato *ex ante* attraverso i presupposti fattuali che possono assurgere a presupposto giustificativo della deliberazione; circoscritto temporaneamente con una delimitazione iniziale e finale (*ab initio* e *in termino*); delimitato nell'estrinsecarsi, attraverso il rispetto della proporzionalità delle misure e del nucleo duro costituzionale invalicabile. Presupposto di fatto, temporaneità, proporzionalità: a queste condizioni se ne vuole aggiungere un'ultima, quella territoriale. Non sempre, infatti, lo stato d'emergenza assume rilievo "nazionale" ex art. 24<sup>43</sup> del Codice di Protezione civile: nel caso dell'emergenza scaturita dal virus *Sars cov 2* la territorialità assume rilevanza perché la gestione è avvenuta a geometria variabile.

## **2. La prima fase dell'emergenza pandemica e la risposta dell'ordinamento italiano**

### **2.1. Alterazione dell'equilibrio costituzionale: la surrogazione della rappresentanza con la governabilità**

La prima fase dell'emergenza pandemica ha inizio con la dichiarazione dello Stato d'emergenza (31 gennaio 2020) e termina con l'introduzione della vaccinazione (primavera/estate 2020). Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato lo stato di emergenza

---

<sup>42</sup> Difatti, ex art. 26 co. 1 del Codice: «Almeno trenta giorni prima della scadenza dello stato di emergenza di rilievo nazionale, è adottata apposita ordinanza volta a favorire e regolare il proseguimento dell'esercizio delle funzioni commissariali in via ordinaria nel coordinamento degli interventi, conseguenti all'evento, pianificati e non ancora ultimati. Ferma in ogni caso l'inderogabilità dei vincoli di finanza pubblica, con tale ordinanza possono essere altresì emanate, per la durata massima di sei mesi non prorogabile e per i soli interventi connessi all'evento, disposizioni derogatorie, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, in materia di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione di termini analiticamente individuati e disposizioni finalizzate all'eventuale rimodulazione del piano degli interventi nei limiti delle risorse disponibili».

<sup>43</sup>Ex art. 24 co. 1 Codice Protezione civile: «[...]il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25».

globale e, in conseguenza a tale dichiarazione, il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri ha adottato la Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, ai sensi dell'art. 7, co. 1, lett. c), e dell'art. 24, co. 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

Sono seguiti decreti-legge e d.P.C.m. volti a contrastare la diffusione del virus con conseguenti draconiane restrizioni delle libertà fondamentali dei cittadini al fine di tutelare la salute pubblica. Questi strumenti hanno realizzato una sorta di «amministrazione dell'emergenza»<sup>44</sup> che esprime «la surrogazione della rappresentanza con la governabilità»<sup>45</sup>.

La pandemia ha fortemente inciso sul costituzionalismo perché ha comportato una vera e propria alterazione dell'ordinario svolgimento della vita dell'ordinamento costituzionale e ciò è avvenuto sia dal lato dei poteri (attraverso un accentramento di potere nel Governo e, in particolar modo, nella persona del Presidente del Consiglio), sia dal lato dei diritti, comportando uno (s)bilanciamento dei diritti fondamentali<sup>46</sup>.

Si procederà ad illustrare le principali restrizioni effettuate per poi analizzare se tutto ciò sia avvenuto nel rispetto o meno della Costituzione. Dopo circa un mese dalla deliberazione dello stato d'emergenza<sup>47</sup>, è stato emanato il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13, che ha introdotto le prime restrizioni dei diritti fondamentali, con un'enumerazione esemplificativa<sup>48</sup>. Questo decreto-legge si è rivelato l'architrave che ha sorretto le successive fonti derivate: il decreto, infatti, prevedeva che le autorità competenti avrebbero potuto emanare "ogni misura di contenimento e gestione" purchè adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. L'applicazione era ancora circoscritta a determinati comuni o aree con almeno un caso di positività al virus *Sars cov 2* registrato. In primavera, attraverso il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, nella l. 22 maggio 2020, n. 35, viene elaborato un elenco tassativo delle restrizioni dei diritti fondamentali, con una durata predeterminata (trenta giorni, reiterabile). Viene, inoltre, ampliata la territorialità di riferimento (a specifiche parti del territorio nazionale o alla totalità di esso)<sup>49</sup>. La tassatività è stata introdotta al fine di sottoporre a una più stringente interpretazione del principio di legalità la tipizzazione delle misure potenzialmente applicabili nella gestione dell'emergenza.

Quello che va dal 25 marzo 2020 al 16 maggio (data del successivo decreto-legge) è l'arco temporale dell'emergenza definito come "*lockdown nazionale*", il periodo più difficile dell'emergenza sanitaria in cui il mantra "tutti a casa" scandiva le giornate, descrivendo il risultato del

---

<sup>44</sup> A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2021, p. 25.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> La prima ordinanza del Ministero della Salute, relativa all'interdizione del traffico aereo dalla Cina, è stata adottata il 30 gennaio 2020.

<sup>48</sup> Distinguiamo, in questa prima fase, quattro decreti-legge c.d. "originali" e numerosi fonti derivate, così R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, fasc. III, 2020, 5 /10/2020, pp. 515 ss.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

bilanciamento tra la tutela della salute pubblica (ex art. 32 c. 2 cost) ed ogni altro diritto fondamentale<sup>50</sup>.

A chiusura di questa prima fase sono giunti due decreti-legge: il primo, d. l. 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, nella l. 14 luglio 2020, n. 74, per l'allentamento delle misure restrittive (il diritto di riunione, ad esempio, trova una sua ri-espansione), il d.l. 30 luglio 2020, n. 83, convertito, con modificazioni, nella l. 25 settembre 2020, n. 124) per prorogare lo stato di emergenza fino al 15 settembre del 2020.

Questa prima fase dell'emergenza sanitaria ci spinge a compiere una riflessione sul rispetto o meno del costituzionalismo, distinguendo l'analisi sostanziale da quella procedurale soltanto per ragioni espositive.

Volgendo lo sguardo al testo costituzionale si vede che, dal punto di vista sostanziale, le limitazioni dei diritti fondamentali è consentita. Difatti, se è vero che, ex art. 16 «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale», è anche vero che può farlo «salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e sicurezza». Anche la libertà di riunione può essere vietata «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica». Dunque, la sanità pubblica o l'incolumità pubblica possono risultare la base fattuale su cui costruire lo stato giuridico emergenziale. Nel caso dell'emergenza scaturita dalla diffusione del virus *Sars-cov 2*, l'articolo che viene privilegiato, permettendo una restrizione degli altri diritti, è la tutela della salute, la quale, ex art. 32 Cost., viene tutelata dalla "Repubblica" sia nella sua dimensione individuale (diritto dell'individuo), sia nella sua dimensione collettiva (interesse della collettività). Ed è questa tutela ad ampio raggio, nonché la sua fundamentalità esplicita, a consentire la costruzione di uno stato d'emergenza della Repubblica intera per la sua tutela<sup>51</sup>.

Se, astrattamente, è possibile limitare i diritti fondamentali al fine di tutelare il diritto alla salute pubblica, occorre specificare che, dal punto di vista procedurale (ma che nasconde aspetti sostanziali), tali diritti sono protetti dalla riserva di legge, una riserva di legge che non sempre è stata rispettata pienamente.

La riserva di legge è un istituto fondamentale del costituzionalismo, il cui fondamento si ravvisa nella qualità rappresentativa del Parlamento, in quanto organo rappresentativo del popolo<sup>52</sup>. Tuttavia, nel tempo, tale istituto da "riserva di organo" si è trasformato in una semplice "riserva di

---

<sup>50</sup> Di seguito si elencano le principali misure restrittive adottate: limitazione della circolazione delle persone; chiusura gli spazi pubblici o aperti al pubblico; limitazione della libertà di riunione (per attività culturali, religiose, sportive); chiusura delle scuole di ogni ordine e grado; limitazione e sospensione delle attività commerciali non essenziali; introduzione del divieto di allontanamento fuori dal proprio paese; introduzione della quarantena precauzionale; sospensione delle cerimonie; chiusura dei luoghi d'arte (cinema, teatri, sale da ballo); introduzione della possibilità di sospendere servizi di trasporto di persone e di merci.

<sup>51</sup> Affinché tale tutela possa essere effettiva, è l'art 120 co. 2 Cost. a completare il cerchio: questo permette al Governo di sostituirsi agli enti territoriali, tra i vari casi anche per «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica» (se, difatti, il titolo V assegna la competenza del diritto alla salute alle regioni, l'art. 120 co. 2 ne va a supplire l'esigenza di unitarietà funzionale). D. TRABUCCO, *Il «virus» del sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19, tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, fasc. n. 2/2020; A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2021.

<sup>52</sup> G. CANALE, *Gli effetti dell'emergenza sanitaria sul sistema delle fonti*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI, *Coronavirus e costituzione*, cit. pp. 60 ss.

atto"<sup>53</sup>, in quanto la dottrina maggioritaria ha salvato la possibilità di considerare equipollenti alla legge gli atti primari del governo, svilendo, in tal modo, le funzioni di garanzia di tale istituto<sup>54</sup>. Cionondimeno, lo strumento del decreto-legge è quello più idoneo nel caso concreto: esso è, infatti, lo strumento che la Costituzione mette a disposizione dell'ordinamento al fine di gestire situazioni di necessità e di urgenza; un vero e proprio compromesso tra l'esigenza di provvedere alle situazioni emergenziali e la garanzia del controllo parlamentare<sup>55</sup>.

Il ricorso al decreto-legge, però, spesso è stato sostituito con il ricorso al d.P.C.m., un atto di natura amministrativa, più veloce rispetto al decreto-legge (perché non collegiale) che estromette *tout court* il Parlamento anche dalla possibilità di c.d. "ratificare" i provvedimenti emanati dall'esecutivo. In particolare, il decreto-legge è preferibile per diversi motivi: è uno strumento temporalmente limitato; è un atto collegiale (anche se interno alla maggioranza); contempla il necessario intervento del Parlamento; consente un preliminare vaglio del Presidente della Repubblica e, altresì, l'eventuale sottoponibilità a giudizio di legittimità innanzi alla Corte costituzionale<sup>56</sup>.

L'utilizzo del d.P.C.m. è stato molto discusso in dottrina, ma non è l'unico strumento di carattere amministrativo utilizzato: si pensi, ad esempio, alle ordinanze della protezione civile. Per questo si è parlato di una vera e propria amministrazione dell'emergenza.

A dirimere la questione sul rapporto tra fonti primarie e fonti secondarie nel contesto dell'emergenza pandemica da *Covid 19* è intervenuta la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dei d.l. n. 6 e n. 18 del 2020, entrambi convertiti in legge ed afferenti all'adozione di misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica tramite lo strumento del d.P.C.m.<sup>57</sup>.

Il Giudice di Pace di Frosinone, nell'ambito di un giudizio di opposizione di un cittadino contro la sanzione amministrativa inflittagli per aver violato le misure di contenimento al virus, ha sollevato la questione alla Corte costituzionale. Secondo la tesi del rimettente le norme censurate avrebbero sostanzialmente delegato la funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia da Covid-19 all'autorità di Governo per il suo esercizio tramite meri atti amministrativi (i d.P.C.m.) in violazione degli artt. 76, 77 e 78 della Costituzione, atteso che, al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quella dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost., sarebbe stato alterato il principio di tipicità delle fonti di produzione normativa, segnatamente «il principio cardine di cui agli articoli 76 e 77 Cost., per cui la funzione legislativa è affidata al

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> A tal riguardo, un orientamento dottrinale si è spinto fino ad affermare che la situazione emergenziale scaturita dalla pandemia avrebbe potuto essere gestita soltanto attraverso tale strumento, senza ricorrere allo strumento dello stato d'emergenza. In questo modo l'emergenza sanitaria sarebbe stata contenuta all'interno del sistema, essendo perfettamente inserita nell'architettura costituzionale. F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 3/2020, p. 7.

<sup>56</sup> A. ALGOSTINO, *op. cit.*, pp. 7 ss; G. CANALE, *op. cit.* p. 63.

<sup>57</sup> Corte cost., sent. 22 ottobre 2021, n. 198.

Parlamento, che può delegarla solo con una legge-delega e comunque giammai ad atti amministrativi».

Le questioni concernenti il d.l. n. 6 del 2020 sono state dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza: la normativa in questione, infatti, non poteva essere applicata al tempo in cui è stata posta in essere la condotta sanzionata: la violazione del d.P.C.m. del 22 marzo 2020, (l'ultimo adottato in base al d.l. n. 6 del 2020), è stata commessa in data il 20 aprile 2020 quando il d.P.C.m., cit. non aveva più efficacia, avendola perduta in data 14 aprile 2020, a norma dell'art. 8, commi 1 e 2, del d.P.C.m. 10 aprile 2020, attuativo del d.l. n. 19 del 2020. Per questo la Corte afferma che, un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6 del 2020, non avrebbe alcuna incidenza sul giudizio *a quo*, nel quale tali disposizioni sono inapplicabili *ratione temporis*.

Le questioni concernenti il d.l. n. 19 del 2020 sono state dichiarate non fondate, in quanto quest'ultimo ha non solamente tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio, bensì, statuendo che la relativa esecuzione debba avvenire in linea coi principi di adeguatezza e proporzionalità, gli ha anche imposto un criterio tipico per esercitare la discrezionalità amministrativa, che di per sé risulta incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa<sup>58</sup>.

La tipizzazione delle misure di contenimento viene, inoltre, accompagnata da ulteriori garanzie sia per quanto riguarda la responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento (assicurata tramite il dovere per il Presidente del Consiglio dei ministri o per un Ministro da lui delegato di riferire alle Camere ogni quindici giorni sulle misure adottate), sia per quanto concerne la certezza dei diritti dei cittadini (assicurata tramite la pubblicazione dei d.P.C.m. nella Gazzetta Ufficiale e la loro comunicazione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione).

Sul sistema complessivo, la Corte statuisce che il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell'emanazione del Codice della Protezione civile, non costituisce l'unico possibile, essendo consentito al legislatore introdurre nuove risposte normative e provvedimenti.

Al di là dell'utilizzo dei d.P.C.m., non si può nascondere che un'alterazione in chiave monocratica della gestione d'emergenza sia avvenuta. Si pensi, ad esempio, all'inusuale protagonismo mediatico<sup>59</sup>, nonché all'utilizzo delle c.d. "norme manifesto"<sup>60</sup>. Queste ultime sono un espediente comunicativo che prevede la tecnica del rinvio ad atti attuativi che demandano nel futuro le scelte politicamente più controverse<sup>61</sup>. L'utilizzo di questo strumento consente, tramite l'effetto annuncio, un'immediata

---

<sup>58</sup>A conferma di tale assunto la Corte richiama la distinzione tra «"atti" necessitati» e «"ordinanze" necessitate», aventi entrambi come presupposto l'urgente necessità del provvedere, «ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni» (crf. sentenza n. 4 del 1977).

<sup>59</sup>G. CANALE, *op. cit.*, p. 65.

<sup>60</sup>*Ivi*, p. 68.

<sup>61</sup>*Ibidem*.

capitalizzazione mediatica, spostando nel futuro la reale emanazione delle norme<sup>62</sup>. Questa tecnica lede certamente la certezza del diritto, generando confusione tra i cittadini.

## **2.2. Il bilanciamento tra i diritti fondamentali durante il periodo ordinario: esiste un limite ultimo all'espansione della tutela della salute pubblica?**

### **2.2.1. Il caso Ilva ed il bilanciamento dei diritti fondamentali nel periodo ordinario**

Come si bilanciano i diritti fondamentali tra loro nel periodo ordinario? In una Costituzione pluralista nessun diritto costituzionale ha carattere assoluto, tuttavia non manca, nel nostro ordinamento, l'elaborazione della dottrina dei principi supremi, una teoria che dovrebbe indurre a considerare alcuni principi costituzionali assolutamente inderogabili ed incompressibili, sia se la limitazione avvenga dall'esterno, sia dall'interno dell'ordinamento costituzionale.

Come si concilia, dunque, l'esigenza di bilanciare i diritti fondamentali con l'elaborazione di una teoria che non consente la revisione di alcuni principi considerati supremi?

I principi supremi dell'ordinamento sono quei principi che non possono venir meno nell'ordinamento costituzionale democratico, pena il venir meno dell'ordine costituito. La teoria dei principi supremi nell'ordinamento italiano è stata enunciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1146/1988: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»<sup>63</sup>. Da questa pronuncia deriva la teorizzazione di un nucleo immodificabile della Costituzione, composto dai principi supremi/fondamentali.

Tuttavia, l'unico limite esplicito alla revisione costituzionale è indicato dall'art. 139 Cost., secondo il quale «la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale»<sup>64</sup>. Gli altri principi supremi sono impliciti, per questo occorre fare un'ulteriore precisazione.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Corte cost., sent. n. 29 dicembre 1988, n. 1146, § 2.1 del "Considerato in diritto".

<sup>64</sup> Sull'interpretazione dell'art. 139 Cost. si dividono due orientamenti dottrinali: l'uno ritiene che l'articolo riguardi il divieto di ristabilire un "principio dinastico" per la nomina del Capo dello Stato; l'altro, invece, avallato anche dalla Corte costituzionale, sostiene che l'art. 139 Cost. «sancisce la non modificabilità in perpetuo del nuovo ordine repubblicano» (Corte cost., ord. n. 480/ 1989) in quanto questo rappresenta «la naturale, conseguente strutturazione ed organizzazione del principio democratico».

Il binomio principi supremi in una Costituzione pluralista è un ossimoro<sup>65</sup>. I principi, infatti, in quanto tali, sono bilanciabili; l'aggettivazione "supremi", invece, sembra assolutizzarli, relegandoli ad una sfera suprema. Per comprendere quest'ossimoro, occorre operare un'interpretazione bidirezionale, facendo prevalere l'una o l'altra interpretazione a seconda del caso. Tali principi, quindi, sono supremi rispetto agli altri principi, cioè quelli che non hanno «*significato principiante*»<sup>66</sup>, fondante. Al tempo stesso, però, più principi supremi sono bilanciabili tra loro.

Sul bilanciamento tra più diritti fondamentali, la Consulta, pronunciandosi sul Caso Ilva<sup>67</sup>, ha specificato che ciascun diritto, pur fondamentale, non può espandersi incondizionatamente a scapito degli altri diritti costituzionalmente protetti, altrimenti diverrebbe «tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>68</sup>.

La tutela deve, quindi, essere "sistemica e non frazionata", la Consulta specifica, dunque, che non esiste una gerarchia aprioristica<sup>69</sup>: i principi supremi non sono assoluti, cioè sottratti al bilanciamento con altri principi, altrimenti non saremmo dinanzi ad una Costituzione pluralista (la quale è, proprio in quanto tale, declinata al plurale).

Essi fanno parte di una gerarchia assiologica relativa, perché anche i principi supremi possono essere bilanciati in relazione al caso concreto. L'attribuzione del carattere "supremo" dei principi costituzionali è, difatti, una proprietà assiologica, dipende, cioè, da un giudizio di valore sull'importanza del principio entro l'ordinamento nel suo complesso ma, in un'ottica sistemica, questo stesso principio deve essere bilanciato con altri principi. La gerarchia viene, così, composta sul caso concreto, proprio in omaggio al pluralismo: ciò viene, in primo luogo, effettuato dal legislatore e, in secondo luogo, dalla Corte costituzionale.

Proprio nel caso Ilva viene specificato che neanche «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»<sup>70</sup>. Al contempo, enuncia un limite: se è vero che un diritto fondamentale nel bilanciamento con un altro diritto fondamentale può soccombere, non può farlo nel suo «nucleo essenziale»<sup>71</sup>. Dunque, il diritto alla salute - così come ogni diritto fondamentale -, quando entra in bilanciamento con gli altri diritti può soccombere, purché venga

---

<sup>65</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione, principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015, pp. 151 e ss. L'Autore intitola il capitolo «Principi eppure supremi», espressione volta a sottolineare quanto i principi, per definizione bilanciabili contrasterebbe apparentemente con l'aggettivazione "supremi" (in quanto tali, non bilanciabili).

<sup>66</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 226 ss.

<sup>67</sup> Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85.

<sup>68</sup> Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, cit. § 9 del "Considerato in diritto".

<sup>69</sup> M. CARTABIA, *I giudizi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti del Convegno Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese, spagnola, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 9 ss.

<sup>70</sup> Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, cit.

<sup>71</sup> Corte cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, cit.

preservato il suo nucleo essenziale, inoltre, il bilanciamento deve - comunque- essere sistemico e proporzionato tra tutti i diritti in gioco<sup>72</sup>.

Se sussiste un limite a questo bilanciamento durante il periodo ordinario, questo dovrebbe sussistere anche - e soprattutto - nello stato d'emergenza<sup>73</sup>.

Al fine di razionalizzare gli avvenimenti emergenziali, sono state poste alla luce due visioni della teoria del diritto: la tutela sistemica e la tutela contestuale<sup>74</sup>, adattando al contesto italiano la distinzione statunitense fatta da Adrian Vermeule<sup>75</sup> fra "optimizing constitutionalism" e "precautionary constitutionalism".

La prima teoria presuppone una flessibilità nel bilanciamento dei diritti, stante l'inesistenza di una gerarchia tra i diritti a priori (una tutela sistemica, la stessa enunciata dalla Corte costituzionale nel periodo ordinario); la seconda teoria prevede, invece, una gerarchia preordinata tra i diritti, giustificata dal contesto emergenziale<sup>76</sup>.

Queste due visioni del costituzionalismo si riflettono sulla stessa visione dell'emergenza: la tutela contestuale comporta sempre e comunque come valore fondamentale la priorità del diritto alla salute, ponendolo all'apice della gerarchia dei diritti, in quanto presupposto del bene vita. In questo contesto, la salute pubblica – in quanto presupposto dichiarativo dello stato d'emergenza- prevale incondizionatamente su ogni altro diritto fondamentale.

La tutela contestuale, quindi, genera una modalità operativa orientata sulla "massima precauzione"<sup>77</sup>. La tutela sistemica, invece, è orientata ad una maggiore flessibilità: pur riconoscendo, in un contesto di emergenza sanitaria, la prevalenza del diritto alla salute pubblica, non tralascerebbe di comporre una tutela armonica di tutti i diritti costituzionali in gioco: continuando ad operare un bilanciamento sul caso concreto, al di là di quanto strettamente necessario al contenimento dell'emergenza.

Alla base della dichiarazione dello stato d'emergenza è stato posto il diritto alla salute pubblica, il cui fondamento è stato ricondotto ai principi del

---

<sup>72</sup> Anni dopo, la Corte, tornando sul Caso Ilva, si è pronunciata negativamente sul bilanciamento effettuato dal legislatore, specificando che egli «non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita»(Corte cost., sent. 23 marzo 2018, n. 58. In dottrina, Diletta Pamelin riflette sulla nozione di "nucleo essenziale": «la nozione di nucleo essenziale piuttosto indefinita e si presta ad essere, dunque, ampliata o ristretta con una certa discrezionalità in sede di bilanciamento, come dimostra la giurisprudenza oscillante nelle materie che qui interessano: diritto alla salute, tutela ambientale e libertà economiche», si veda: D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO- CEVRON*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/ 2017, crf. p. 2.

<sup>73</sup> G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu), 4/10/2020.

<sup>74</sup> A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti Comparati*, 1/05/2020. L'Autore ha ricondotto queste due visioni a due figure istituzionali dell' emergenza: Marta Cartabia per la tutela sistemica, Giuseppe Conte per tutela contestuale. Giuseppe Martinico, invece, ha evidenziato come una generalizzazione sia difficile da operare, pena il perdersi delle diverse sfumature che l'una o l'altra teoria evidenziano, G. MARTINICO *Due dottrine dei diritti?* In *Diritti Comparati*, 4/05/2020.

<sup>75</sup>A. VERMUELE, *Precautionary Constitutionalism*, in *The Constitution of Risk*, Cambridge Univeristy Press, 2013, pp. 27-51.

<sup>76</sup> Ad esempio, in Germania, il *Bundesfassungsgericht*, nel periodo ordinario, ha postulato una gerarchia preordinata (*allgemeine Wertodnug*), in cui il diritto alla dignità viene posto all'apice della gerarchia.

<sup>77</sup> F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 18/09/2020.

“*primum vivere e della salus rei publicae*”: a questo punto della trattazione è necessario ragionare sull’effettivo pericolo per la tutela della salute pubblica e l’effettivo bilanciamento operato tra i diversi diritti fondamentali.

La delibera dello Stato d’emergenza è avvenuta, infatti, sulla base del “rischio”<sup>78</sup>, non su un’emergenza in atto: è stata dichiarata a fronte del «rischio» sanitario «connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»<sup>79</sup>. Il questo modo, la fase della dichiarazione dell’emergenza è stata anticipata alla semplice fase dell’emersione del rischio: in una fase non della situazione tipica dell’emergenza, ma della precauzione<sup>80</sup>.

Si tratta di una considerazione non di poco conto: anticipando il momento per la dichiarazione dall’emergenza effettiva al rischio potenziale, significa aver fatto ricorso ad un costituzionalismo precauzionale. Pur avendo fatto ricorso allo stato d’emergenza sulla base del rischio potenziale, per il primo mese non sono state attuate su tutto il territorio nazionale delle misure di prevenzione della diffusione del contagio (come, ad esempio, il distanziamento o l’obbligo di mascherine, nonché l’isolamento delle aree infettate); misure che sono state adottate soltanto successivamente, quando la diffusione del contagio era già in atto, in questo modo, quasi legittimando “*ex post*” la dichiarazione dello stato d’emergenza<sup>81</sup>.

La prima condizione fondamentale dello stato d’emergenza, con una visione *ex post* dei provvedimenti adottati, risulta certamente meno ancorata ad una concreta valutazione del rischio e della prevenzione del contagio, dirottando l’ordinamento verso un costituzionalismo precauzionale.

Le quattro condizioni – *supra* menzionate- che rendono conforme a Costituzione lo stato d’emergenza, assumono una connotazione particolare con le successive proroghe perché il bilanciamento deve continuamente essere rimodulato in funzione della territorialità (non omogenea) e della temporaneità. Se il presupposto, nonché il ristabilimento dell’ordine sospeso, dipendono dal diritto alla salute pubblica, la proporzionalità è la condizione che mette in risalto l’intera architettura costituzionale, prediligendo un’ottica armonica, di sistema; ed è proprio la proporzionalità a dipendere sia dalla territorialità sia dalla temporaneità.

Nel corso del protrarsi dello stato d’emergenza, anche per l’aumentata capacità di monitoraggio della diffusione del virus, la territorialità è una condizione che riaffiora, tant’è che ha trovato una propria estrinsecazione nel c.d. “colore delle regioni”, assegnato dal risultato di indicatori<sup>82</sup> utilizzati per il monitoraggio della diffusione del virus. Tra

---

<sup>78</sup> Così, L. R. PERFETTI, *Il governo dell’arbitrio, riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubettino, 2021, p. 25 ss.

<sup>79</sup> *Ivi*, p. 28.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 39 ss.

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 37.

<sup>82</sup> Gli indicatori sono 21 e si possono suddividere in tre gruppi, riguardanti: la “capacità di monitoraggio”, la “capacità di accertamento diagnostico, indagine e gestione” e la “trasmissibilità dei contagi e la tenuta dei servizi sanitari”.

questi, il più importante è stato l'indice  $Rt$ <sup>83</sup> utilizzato nel campo dell'epidemiologia sanitaria: un parametro che la scienza ci offre e la discrezionalità legislativa ha posto alla base di un allentamento o di un inasprimento delle misure di contenimento. È questo un esempio di "ragionevolezza scientifica", connaturale al diritto alla salute: vi è, difatti, uno spazio riservato alle valutazioni della scienza medica che funge da «limite alla discrezionalità legislativa»<sup>84</sup>.

Quanto alla temporalità, anche questa consente una diversa modulazione del bilanciamento: si è visto come, nel tempo, le misure draconiane abbiano lasciato spazio a provvedimenti meno stringenti. Nel passaggio tra la fase uno (*lockdown*) e la fase due, infatti, la tutela della salute pubblica è stata declinata in un contesto a chiusura variabile. Con l'avvento della seconda fase le misure restrittive hanno subito una diversa modulazione: si cercherà, in questo contesto, di testarne la proporzionalità e la ragionevolezza.

Se è vero che «lo Stato di emergenza rende ragionevole ciò che, in condizioni ordinarie, sarebbe assolutamente sproporzionato»<sup>85</sup> è anche vero che ciascun bilanciamento risulterà appropriato solo in un'ottica di sistema: la Costituzione non disciplina esplicitamente lo stato d'emergenza, proprio per questo, anche nel periodo d'emergenza, a guidarci nel bilanciamento deve essere la Costituzione nella sua interezza: «l'intera Costituzione è e resta parametro (e dunque "punto di riferimento"), esattamente come lo è in circostanze ordinarie»<sup>86</sup>.

### **2.2.2. Disuguaglianze e (s)bilanciamento dei diritti: il trascorrere del tempo può rimettere in discussione il bilanciamento tra i diritti fondamentali?**

Come ha inciso la pandemia sui diritti fondamentali?<sup>87</sup> Come è stato operato nel concreto il bilanciamento dei diritti fondamentali durante la pandemia? È stato rispettato il nucleo duro di ciascun diritto limitato? Le restrizioni avvenute durante il *lockdown* hanno fatto sì che fosse rispettato il nucleo duro fondamentale di ciascun diritto fondamentale che è entrato in bilanciamento con la salute pubblica? I diritti fondamentali hanno subito

---

<sup>83</sup>  $Rt$  (indice di trasmissibilità). Il valore  $Rt$  rappresenta il numero medio di infezioni prodotte da una persona nell'arco del suo periodo infettivo. Se l'indice è inferiore ad 1 significa che l'epidemia è in regressione, se, invece, è superiore ad 1 il virus si diffonde con velocità crescente. Per un approfondimento si veda: *RO, Rt, RDt, che sono e che significano?*, In *Epidemia & Prevenzione, Rivista dell'associazione italiana di epidemiologia*.

<sup>84</sup> Sul punto, si veda: S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti sulla sentenza n.162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 16 giugno 2014. Non manca chi, in dottrina, proprio in riferimento allo Stato d'emergenza, metta in guardia dalla sostituzione della politica con la scienza, si veda, a titolo esemplificativo, A. VENANZONI, *op. cit.* p. 503.

<sup>85</sup> F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 183-220 (*cit.* p. 183).

<sup>86</sup> Cfr. M. LUCIANI, in F. DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, in [giustiziansieme.it](http://giustiziansieme.it), *Diritto dell'emergenza Covid 19*, n.961 – 2 aprile 2020.

<sup>87</sup> R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, *cit.* pp. 535 ss.

la stessa limitazione, nel corso dell'evoluzione della pandemia, o qualche diritto è stato maggiormente sacrificato?

La netta prevalenza per il diritto alla salute pubblica, più intensa nella prima fase ma comunque presente durante la fase successiva, ha tenuto conto di un bilanciamento sistemico di tutti i diritti fondamentali tra loro?

Ciò desta ancor più interesse se si pensa che alcuni economisti hanno specificato che gli obiettivi sanitari ed economici, durante la pandemia, non si escluderebbero a vicenda: l'aver proceduto ad un *lockdown* nazionale in una prima fase ha consentito nella seconda un ripristino altalenante delle attività produttive<sup>88</sup>. Ora, occorre chiedersi: questo "ripristino altalenante" (nella seconda fase dello stato d'emergenza) tiene conto dell'intera architettura costituzionale (riuscendo, quindi, a comporre tutti i diritti in un'ottica sistemica)?

In primo luogo, il diritto alla salute è entrato in bilanciamento con se stesso: sono emerse disuguaglianze tra "malati-Covid" e "non-Covid"<sup>89</sup>. La pandemia ha, difatti, suscitato un rallentamento delle visite ambulatoriali e dei programmi di *screening*, cosicché molte patologie sono state trascurate<sup>90</sup>.

In subordine, il diritto alla salute è entrato in bilanciamento con l'economia. La limitazione della libertà di iniziativa economica e privata (tutelata ex art. 41) è quella che più incide sullo sviluppo del "sistema Paese". Essa, difatti, non tutela soltanto la libertà di impresa, ma anche le altre forme di esercizio dell'attività economica, e può essere limitata soltanto per i limiti enunciati dal secondo comma (nel contesto emergenziale, rilevano «*la sicurezza*» e «*l'utilità sociale*»)<sup>91</sup>. Il contenimento dell'emergenza pandemica può, quindi, sicuramente fungere da limite all'espressione della libertà economica. Tuttavia, non tutte le attività economiche sono state limitate allo stesso modo: alcune hanno subito maggiori restrizioni, sia in una prima fase (si pensi a quando, nel *lockdown*, rimasero aperte soltanto le attività che erogavano beni di prima necessità), sia successivamente (a titolo esemplificativo, si pensi a quelle attività che *di fatto* hanno subito maggiormente gli effetti della pandemia, come, ad esempio, il turismo o a quelle attività che sono state colpite da maggiori restrizioni, quale, ad esempio, il settore della ristorazione). È qui che la libertà di iniziativa economica s'incontra e scontra con il diritto del lavoro (tutelato ex art. 1 e 4 Cost.): così la catena di disuguaglianze si infittisce.

---

<sup>88</sup> G. GALLETTA, *Gli obiettivi economici e sanitari sono davvero divergenti*, in *ggpconsulting.eu*, 17/05/2020: l'Autore illustra il pensiero di studiosi di diverse Università europee (T. Assenza, F. Collard, M. Dupaigne, P. Fève, C. Hellwig, S. Kankanamge and N. Werquin, 2020) i quali affermano la sussistenza di due fasi della pandemia: nella prima fase occorre agire "a martello", chiudendo le attività economiche, in una seconda "a danza", calibrando aperture e chiusure. Si ricorda qui che la fase 2 del contenimento dell'emergenza epidemiologica è iniziata il 18 maggio 2020.

<sup>89</sup> Negli ultimi anni, a causa della diminuzione dei finanziamenti pubblici, la sanità privata ha avuto un incremento notevole, con il risultato che le famiglie meno abbienti hanno limitato le spese sanitarie per motivi economici. Per la consultazione dei dati si vedano: *Disequità e consumi sanitari privati*, nonché *Finanziamento pubblico in ritirata, disuguaglianze di spesa sanitaria e disavanzi in crescita*, 27 gennaio 2021, in *www.quotidianosanità*.

<sup>90</sup> Si veda: *Allarme prevenzione: nel 2020 due italiani su tre (63%) hanno evitato visite e controlli*, in *Panorama della Sanità*, 25/01/2021.

<sup>91</sup> M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Rivista AIC* fasc. n. 4/2020.

La pandemia ha, difatti, evidenziato “vecchie disuguaglianze”: vi sono delle forme di lavoro che, inevitabilmente, sono maggiormente esposte all’andamento dell’economia e che necessitano, da tempo, di tutele effettive e proporzionate, se non addirittura di nuove forme di tutela. Ne ha poi create di nuove: si pensi ai lavoratori che hanno potuto esercitare lo *smart working*<sup>92</sup> (tutelando, in tal modo, il diritto alla salute) e i lavoratori che, invece, non hanno potuto farlo<sup>93</sup>.

La pandemia si è rivelata, in questo modo, un vero e proprio moltiplicatore di disuguaglianze: inserendosi nei vuoti di tutela<sup>94</sup>. Dunque, quanto ha inciso sul sistema Paese, nel lungo periodo, la netta prevalenza per la salute pubblica?

Il diritto alla cultura (ex art. 9 Cost), diritto che in dottrina è stato definito parte integrante del “diritto alla bellezza”<sup>95</sup>, ha subito una fortissima limitazione. Questo diritto è stato ritenuto un diritto “sacrificabile”, anche nelle fasi successive al *lockdown*. Occorre sottolineare come, anche questo diritto, si leghi fortemente al diritto al lavoro e al diritto all’iniziativa economica<sup>96</sup>: i teatri, i cinema, non sono soltanto diritti “da fruire”, ma diritti “da offrire”. Chiudere i teatri, chiudere i cinema, non significa – soltanto- limitare attività “ricreative” (e culturali), ma significa incidere sull’intero ciclo produttivo di quel settore. Pertanto, dietro il diritto “alla bellezza”, c’è il diritto di milioni di persone al lavoro, c’è la tutela della libertà economica<sup>97</sup>.

Quanto “alle disuguaglianze del futuro”, non si possono tralasciare i danni che la limitazione del diritto all’istruzione (tutelato ex art. 34 Cost.) ha generato e genererà, avendo ripercussioni sullo “sviluppo della personalità” (tutelato ex art. 2 Cost.). L’istruzione è stata gestita, in una prima fase, attraverso la sospensione completa dell’attività in presenza, e, in una seconda fase, in modalità alternate (in presenza per la scuola materna e primaria in modalità telematica per le scuole medie, superiori e per le università). La vera disuguaglianza, durante la pandemia, è generata dal fatto che il diritto all’istruzione si è integrato con il “diritto di accesso ad Internet”, una disuguaglianza che si sostanzia nel *digital divide*: tra chi può avere accesso all’istruzione telematica e chi ne è tagliato fuori<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> Lo stesso *smart working* ha inciso, poi, negativamente sulla condizione femminile. Si veda: *UN Secretary-General's policy brief: The impact of COVID-19 on women*.

<sup>93</sup> Nascono anche nuovi diritti, si pensi all’importanza che ha assunto il “diritto alla disconnessione” nello stato d’emergenza, si veda: A. PICARONE, *Il diritto alla disconnessione nello smart working, questioni pratiche e possibili tutele*, in *www.astridonline*, fasc. n. 16/ 2020.

<sup>94</sup> M. FRANZINI, *Il Covid-19 e le disuguaglianze economiche*, in *Questione Giustizia*, fasc. n. 8/2020.

<sup>95</sup> M.A. CABIDDU, “Diritto alla bellezza”, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, pp. 367-385. L’Autrice specifica come in Costituzione è tutelato il “diritto delle bellezze” (beni culturali, paesaggio, natura) e la promozione della cultura (p. 370).

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 371: «[...] art. 41 e 42, che impongono al legislatore di considerare il rilievo sociale dei beni e delle attività (economiche) al fine della configurazione del regime giuridico più idoneo».

<sup>97</sup> La limitazione di questi diritti, oltre a far emergere nuove disuguaglianze, nel lungo periodo comporta anche un vero e proprio danno al sistema Paese: si pensi ai danni della *Covid Economy* intesa quale “opportunità” generata dalla pandemia per le infiltrazioni delle organizzazioni criminali nell’economia. R. SAVIANO, “Il contagio mafioso: così la criminalità sfrutta l’epidemia”, in *La Repubblica*, 24/08/2020.

<sup>98</sup> Mi sia consentito rinviare ad un mio contributo, F. CERQUOZZI, *Diritto di accesso ad Internet e Costituzione, Ius in Itinere*, 24/10/2020.

Oltre alle disuguaglianze citate, emerge un'altra disuguaglianza: quella di metodo. L'opinione pubblica, spesso, non ha contestato tanto l'*an* -ovvero, l'adozione di misure restrittive- quanto il *quomodo* -il bilanciamento ineguale che è stato fatto tra i diversi diritti che sono entrati in bilanciamento con il diritto alla salute.

Spesso si è fatto riferimento al diritto all'estrinsecazione della libertà di culto pubblico: questo diritto, nella prima fase emergenziale, ha subito una forte limitazione; successivamente, ha trovato una sua ri-espansione nel rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza pandemica. Questo è, quindi, un esempio lampante di come un diritto, a seconda del contesto emergenziale, possa essere "modulato".

Durante il *lockdown*, lo Stato ha deciso di sospendere le celebrazioni, compiendo una scelta molto discussa in dottrina: taluni<sup>99</sup> (in particolare canonisti) vi hanno ravvisato una violazione non solo dell'art. 19 Cost., ma anche dell'art. 7 Cost. – quale principio fondamentale che sancisce la separazione tra Stato e Chiesa e la regolazione pattizia delle materie comuni-, tal'altri<sup>100</sup> hanno ritenuto tale limitazione ragionevole, perché, esattamente come gli altri principi fondamentali, tale diritto è stata limitato a favore della tutela del diritto alla salute.

Con l'uscita dalla prima fase e la graduale ripresa delle attività produttive e sociali, anche la libertà di culto pubblico è stata gradualmente ripristinata; un "ripristinato" che non è stato uguale per tutti i diritti. Con la c.d. la "seconda ondata", infatti, non c'è stata corrispondenza tra la nuova restrizione delle attività economiche ed una nuova restrizione della libertà di culto pubblico. Non solo: anche le attività economiche -tra loro- hanno subito un trattamento diversificato.

Pertanto, se è vero che ogni diritto, durante l'emergenza sanitaria, deve ritrarsi per dare la giusta rilevanza al diritto alla salute pubblica, è anche vero che tutti questi diritti non hanno subito la stessa limitazione, giungendo ad un equilibrio distonico.

A fronte di questo breve *excursus*, occorre sottolineare due questioni: l'una riguarda il rispetto del nucleo duro dei principi limitati, l'altra la necessità, in un ordinamento a Costituzione pluralista, di ripristinare il prima possibile un bilanciamento sistemico e non contestuale.

È stato rispettato il nucleo duro dei diritti limitati? Non è semplice definire il nucleo duro di ciascun diritto; si può, però, provare a ragionare su un

---

<sup>99</sup> Parte della dottrina ha sottolineato, anche durante lo stato d'emergenza, la necessaria bilateralità degli accordi Stato-Chiesa, condannando la "decisione unilaterale" dello Stato di sospendere le celebrazioni, perché lesiva della sovranità della Chiesa. Si vedano, ad esempio: N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, fasc. n. 7 del 2020, p. 32; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid 19, la libertà di culto ed i rapporti Stato – Chiesa*, in *federalismi.it*, 15/02/ 2020; V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato Chiesa e Pluralismo confessionale*, fasc. n. 8 del 2020; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, fasc. n. 1/2020. Nello specifico, A. Licastro argomenta come la *ratio* della normativa dello stato d'emergenza si basi sulla "*salus corporum*", per evidenziare il contrasto con la "*salus animarum*" del principio cardine e fine ultimo dell'ordinamento canonico.

<sup>100</sup> Si vedano, ad esempio, G.M. CAPORALE, L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di COVID-19. Una questione di diritto internazionale*, in *federalismi.it*, 20/05/2020, p. 12 , ove viene sottolineato come, a mitigare la limitazione dell'esercizio di culto durante la prima fase dello stato d'emergenza, sia stata la possibilità di fruire delle cerimonie religiose mediante la televisione e i *social media*.

diritto che è l'ipostasi fondamentale dell'economia, ovvero il diritto al lavoro.

Il diritto alla salute pubblica prevale in quanto presupposto del bene vita, e questo è un assunto fondamentale di tutto lo stato d'emergenza. Ragioniamo, però, sui presupposti del bene vita. Non è forse vero che, il diritto al lavoro possa essere considerato anch'esso, presupposto del bene vita? (Si pensi ai casi estremi, ovvero quando il lavoratore subordinato/autonomo non abbia ricevuto sufficienti e tempestive tutele). D'altra parte, la centralità del lavoro è funzionale all'intera architettura costituzionale, è presente negli articoli 1, 4, 35, 36, 37, 38, 46 Cost. ed ha una triplice estrinsecazione: quale principio antropologico (in quanto "*tratto tipico della condizione umana*"), in senso etico (quale "*espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale*") e, infine, in senso economico (in quanto decisivo, anzi "*unico fattore di produzione*")<sup>101</sup>. Pertanto, se è vero che il nucleo duro del diritto al lavoro è stato comunque tutelato attraverso l'erogazione di equi ristori o attraverso l'utilizzo di ammortizzatori sociali, occorrerebbe indagare sulla tempestività di queste forme compensative, vagliandone la tutela effettiva.

Se è vero che il diritto alla salute è l'unico che in Costituzione è definito esplicitamente come fondamentale<sup>102</sup>, è anche vero che il diritto al lavoro è fondamento dell'intera "Repubblica": per questo la salvezza della "*salus rei publicae*" diventa inefficace se, al contempo, non si preserva il diritto al lavoro.

Ma c'è di più: il diritto al lavoro può ben essere considerato come presupposto del bene vita per un'altra ragione. Nelle odierne democrazie pluraliste, il diritto alla vita non è l'assicurazione della mera sopravvivenza, esso diventa un diritto corredato da un nucleo essenziale e incompressibile di diritti, configurandosi come garanzia di una vita dignitosa<sup>103</sup>. Il diritto alla vita così configurato esprime l'essenza delle liberaldemocrazie perché attraverso esso si sviluppa la persona umana<sup>104</sup>. Dietro il diritto all'istruzione, il diritto alla cultura, il diritto del lavoro e la tutela dell'economia, c'è la dignità della persona, nonché l'esistenza stessa del sistema Paese (della Repubblica).

A conclusione, più che optare per una netta dicotomia tra tutela sistemica (nel periodo ordinario) e tutela contestuale (nel periodo emergenziale), si può diversamente argomentare come, nello stesso stato d'emergenza, si possa prima optare per una tutela contestuale -dettata da un bilanciamento di breve periodo - per poi ripristinare una tutela armonica,

---

<sup>101</sup> M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, cit., 2013 ss.; le espressioni si trovano pp. 2023, 2024 e 2027.

<sup>102</sup> A titolo esemplificativo si rimanda a V. TAMBURRINI, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell'interesse della collettività alla salute*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA, *Emergenza Covid-19*, cit., pp. 127-133.

<sup>103</sup> Si veda, in tal senso il c.d. "Caso Cappato", sul punto, mi sia consentito rimandare a F. CERQUOZZI, *Caso Cappato, la sentenza Corte costituzionale 242 del 2019 sulla punibilità dell'aiuto al suicidio e il diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Ius in Itinere*, 17/01/2020.

<sup>104</sup> D. DE LUNGO, *Il "lato oscuro" del bilanciamento. Note sulla tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà individuali in tempo di pandemia*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 117-126, spec. p. 121.

sistemica, dettata da esigenze di lungo periodo. È indubbio che la tutela alla salute, quale diretta estrinsecazione del bene vita, prevalga sugli altri diritti costituzionali, ma si sottolinea come tutti i diritti siano incastonati in una precisa architettura costituzionale: non rispettare quest'architettura significa creare disuguaglianze. Ogni limitazione, difatti, comporta sacrifici, accentua disuguaglianze; pertanto, anche in uno stato d'emergenza occorre agire non solo nell'ottica di breve periodo, ma in un bilanciamento di lungo periodo, che tenga anche conto anche della responsabilità intergenerazionale<sup>105</sup>.

La temporaneità si rivela, dunque, non una mera categoria dogmatica unitaria che consente la delimitazione dell'emergenza *ratione temporis*, essa è anche un vero e proprio strumento di ragionevolezza: il tempo, infatti, consente di percepire in modo diverso la limitazione dei diritti fondamentali, formulando un nuovo equilibrio che si allontana dal costituzionalismo precauzionale, al fine di ristabilire un armonico componimento dei diritti fondamentali, condizione essenziale per una democrazia pluralista.

### **3. La seconda fase dell'emergenza pandemica: le misure utilizzate per contrastare la diffusione**

#### **3.1. La compatibilità costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie nella giurisprudenza costituzionale**

Il questo secondo periodo dell'emergenza pandemica, le misure adottate dal Governo per contrastare la diffusione del virus, quali la vaccinazione (obbligatoria o fortemente raccomandata) ed il *green pass* (Certificazione verde Covid-19) , hanno consentito un diverso equilibrio tra i diritti fondamentali.

Queste misure, tuttavia, hanno provocato diverse perplessità in dottrina sia per quanto concerne l'introduzione di un obbligo vaccinale durante l'emergenza pandemica, sia, soprattutto, sull'introduzione di un obbligo di vaccinazione indiretta. Si procederà dapprima ad illustrare la compatibilità costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie nel periodo ordinario; poi si passerà ad analizzare la questione dell' obbligatorietà diretta o indiretta durante il periodo emergenziale; infine, si proverà ad operare, *ex post*, un ragionamento complessivo sulla scelta da seguire in un ordinamento democratico a Costituzione pluralista.

La questione della compatibilità costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie è stata discussa già nel periodo ordinario in un'importante sentenza della Corte costituzionale, la n. 5 del 2018. La sentenza *de qua* ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Veneto nei confronti del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante "*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*" che ha

---

<sup>105</sup> Per uno sguardo completo sul tema della responsabilità intergenerazionale, si rimanda a: R. BIFULCO, *Diritto e Generazioni Future, Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2013.

esteso<sup>106</sup> il numero dei vaccini obbligatori per i minori di 16 anni, prevedendo, in caso di mancato adempimento, sanzioni amministrative pecuniarie ed il divieto di accesso ai servizi educativi per l'infanzia<sup>107</sup>. Con questa sentenza la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sul tema delle vaccinazioni obbligatorie che negli ultimi anni è stato tanto contestato dall'opinione pubblica<sup>108</sup>. Tale contestazione si muove sullo sfondo di una mancata fiducia nella scienza, che ha avuto quali conseguenze la paura per possibili effetti collaterali dei vaccini, nonché la postulazione di eventuali speculazioni economiche che si celerebbero nel fenomeno delle vaccinazioni di massa<sup>109</sup>.

La Corte ha posto alla base della pronuncia la salute pubblica, tutelata ex art. 32 Cost. quale interesse della collettività, e lo ha fatto «valorizzando la scienza»<sup>110</sup>. I presupposti di «necessità ed urgenza» che hanno legittimato l'emanazione del decreto-legge<sup>111</sup> hanno avuto quale giustificazione dati statistici e scientifici: l'intervento da parte del legislatore è stato reso necessario dal fatto che dal 2013, in Italia, è stato registrato un calo della copertura vaccinale sotto la soglia del 95%, soglia stabilita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità per garantire l'immunità di gregge (*HIT Herd Immunity Threshold*). I dati statistici segnalavano, contemporaneamente, un'incidenza di malattie infettive (come il morbillo e la rosolia) anche in fasce d'età diverse da quelle classiche. Questi presupposti di necessità ed urgenza sono stati contestati dalla regione Veneto, adducendo la mancanza di «interesse collettivo», in quanto le vaccinazioni effettuate sarebbero state sufficienti a garantire l'immunità: la soglia del 95%, difatti, non sarebbe una «soglia critica»<sup>112</sup>, ma una «soglia ottimale»<sup>113</sup>, quindi «arbitraria»<sup>114</sup>; pertanto, il decreto-legge sarebbe stato emanato in assenza di una reale emergenza sanitaria tale da giustificare l'intervento del Governo, quale, ad esempio, l'esigenza di contenere un'epidemia.

La sentenza *de qua* lascia spazio a diverse riflessioni. In primo luogo, emerge il fatto che, in un tempo ordinario, la forma per tutelare la salute

---

<sup>106</sup> Con il decreto-legge le vaccinazioni classificate come obbligatorie sono passate da 4 (poliomielite, difterite, tetano ed epatite B) a 12 e comprendono pertosse; *Haemophilus influenzae* tipo b; meningococcico B; meningococcico C; morbillo; rosolia; parotite e varicella. Quando è stato convertito in legge 31 luglio 2017, n. 1191 c'è stata la riduzione del numero di vaccinazioni obbligatorie da dodici a dieci.

<sup>107</sup> Le quattro questioni sollevate (tutte dichiarate inammissibili) riguardavano: la mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza previsti dal decreto; il bilanciamento non equilibrato tra il diritto alla salute (individuale e collettiva) ed il diritto alla autodeterminazione individuale; la grave ingerenza dello stato nelle competenze regionali; la mancata copertura dei maggiori oneri finanziari conseguenti a tale obbligo.

<sup>108</sup> F. ROSIELLO, E. D'OCA, *Vaccinations and the movement of antivaccers*, in *European Journal of Public Health*, Volume 30, Issue Supplement\_5, September 2020.

<sup>109</sup> C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Quaderni costituzionali*, 12/04/2018, p. 1.

<sup>110</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>111</sup> D.l. , 7 giugno 2017, n. 73. Nel preambolo viene fatto riferimento alla «straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica e di assicurare il costante mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale»; all'art. 1 viene ribadito: «Al fine di assicurare la tutela della salute pubblica ed il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale, nonché di garantire il rispetto degli obblighi assunti a livello europeo ed internazionale[...].».

<sup>112</sup> Corte cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 5, § 1.2. del «*Ritenuto in fatto*».

<sup>113</sup> Corte cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 5, *cit.*

<sup>114</sup> Corte cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 5, *cit.*

pubblica sia stata il decreto-legge; in secondo luogo, emerge il fatto che il presupposto giustificativo di tale emergenza, non sia stata un'epidemia in atto, ma la prevenzione (della/e epidemia/e). Infine, non si può non sottolineare l'importanza che i dati scientifici hanno avuto in tutta la vicenda, guidando il legislatore non soltanto dal punto di vista contenutistico, ma anche sulla valutazione dell'opportunità dell'intervento e sulla scelta della fonte<sup>115</sup>.

L'obbligatorietà della vaccinazione è, dunque, pienamente compatibile con la Costituzione se il legislatore, basandosi su dati scientifici, lo ritiene opportuno. Prima della pandemia, il legislatore è intervenuto quattro volte per stabilire l'obbligatorietà di alcune vaccinazioni: con la l. 6 giugno 1939, n. 891 per la vaccinazione antidifterica, con la l. 5 marzo 1963, n. 292 per la vaccinazione antitetanica; con la l. 4 febbraio 1966, n. 51, per la vaccinazione antipoliomielitica e, infine, con la l. 27 maggio 1991, n. 165, per la vaccinazione contro l'epatite virale B.

Il fondamento della compatibilità delle vaccinazioni obbligatorie con lo stato democratico è rinvenibile nella tutela della salute pubblica ex art. 32 Cost, la quale consente la configurabilità di trattamenti sanitari obbligatori, purchè questi siano assistiti da plurime garanzie<sup>116</sup>. La prima garanzia, di natura procedurale, consiste nella riserva di legge; la seconda garanzia è, invece, di carattere sostanziale: l'articolo 32 precisa, infatti, che « la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Le vaccinazioni obbligatorie rientrano, infatti, nella macroarea dei trattamenti sanitari obbligatori<sup>117</sup>: sono un atto medico e giuridico, la cui obbligatorietà deriva da una valutazione d'urgenza, ma rimane comunque un'ingerenza nell'ambito della sfera individuale che è tollerata dal sistema costituzionale soltanto quale *extrema ratio*<sup>118</sup>.

Pertanto, se il bilanciamento tra salute pubblica e diritto alla salute individuale sembrerebbe far prevalere, in un contesto ordinario, l'interesse

---

<sup>115</sup> Così come sottolineato da: A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico- statistiche*, in *Consulta online*, 5/05/ 2018, cit. p. 87.; l'Autore sottolinea come «il fatto tecnico-scientifico si imponga al legislatore non solo come vincolo contenutistico, ma anche come elemento che condiziona altri due aspetti: la valutazione sull'opportunità dell'intervento e la scelta della fonte».

<sup>116</sup> Un trattamento sanitario obbligatorio per essere legittimo deve: formalmente, essere previsto dalla legge ed essere determinato (la dottrina costituzionalista si divide sul considerare tale riserva assoluta o relativa); avere quale finalità la tutela della salute (individuale e collettiva); contenutisticamente avere quale limite il diritto alla salute individuale e della dignità umana: non deve essere pregiudizievole per il soggetto che lo subisce, al di là delle conseguenze accettabili. Sul punto, si veda A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Rassegna Quaderni Costituzionali*, 2/2020, p. 775- 837, spec.779 ss.. I. CIOLLI, *I Trattamenti Sanitari Obbligatori e il paziente con problemi psichici. Profili costituzionali*, in *Rivista Amministrazione in cammino*, p. 3.

<sup>117</sup> Se è vero che le vaccinazioni obbligatorie rientrano a pieno titolo tra i trattamenti sanitari obbligatori è anche vero che costituiscono una forma peculiare degli stessi, diversa da quella prevista ex art. 33-34-35 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833. L'obbligatorietà può essere, difatti, espletata attraverso l'uso della forza (coercizione diretta) o attraverso la previsione di sanzioni a carico del soggetto inadempiente (coercizione indiretta), ed è quest'ultimo il caso dell'obbligo vaccinale. Inoltre, le vaccinazioni obbligatorie intendono prevenire l'insorgenza di malattie infettive nel soggetto sottoposto e la diffusione tra la popolazione.

<sup>118</sup> Normalmente, gli accertamenti sanitari sono volontari proprio in virtù del diritto all'autodeterminazione terapeutica (o libertà di cura). Questo diritto di ultima generazione, che si fa rinvenire negli art. 13 cost e 32 co. 2 Cost., si basa su una nuova concezione del rapporto medico-paziente-istituzioni e che trova il punto d'incontro nel "consenso informato", una logica che si scontra con l'obbligatorietà: per questo, i trattamenti sanitari obbligatori sono un'"eccezione alla regola", in caso di motivata necessità ed urgenza, qualora sussista il rifiuto del trattamento da parte del soggetto che deve ricevere assistenza.

pubblico, ciò dovrebbe avvenire - a maggior ragione- in un contesto emergenziale.

La *ratio* sottesa a tale bilanciamento è, difatti, rafforzata dal fatto che l'emergenza sanitaria ha comportato un enorme sacrificio dei diritti fondamentali e la previsione dell'obbligatorietà del vaccino avrebbe permesso un superamento più veloce dello stesso stato d'emergenza, con conseguente ri-espansione di tutti i diritti fondamentali che hanno subito una limitazione.

Nel bilanciare i diritti fondamentali, il legislatore deve seguire il criterio esplicitato dalla Corte costituzionale nel caso Ilva: un diritto fondamentale dinanzi ad un altro diritto fondamentale può soccombere, ma non nel suo contenuto essenziale<sup>119</sup>, pertanto, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie la tutela della salute pubblica incontra il suo limite nel nucleo duro del diritto all'autodeterminazione individuale e nel diritto alla salute individuale. Quanto al diritto all'autodeterminazione individuale (o libertà di cura)<sup>120</sup>, nell'indeterminatezza in cui rilevare il contenuto minimo dell'autodeterminazione individuale, appare significativa la differenza tra obbligo e forte raccomandazione: la seconda, infatti, sembrerebbe la più idonea a preservare questo nucleo minimo.

Quanto al diritto alla salute individuale, esso assume rilievo nel caso in cui sussistano effetti collaterali. I confini della tutela della salute pubblica sono stati individuati dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 307 del 1990, ove ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 4 del 1966, n. 51 (sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica), nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, un'equa indennità «per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica». Senza la previsione di un indennizzo, infatti, verrebbe «sacrificato il contenuto minimale del diritto alla salute»<sup>121</sup>.

In una recente sentenza<sup>122</sup> la Corte costituzionale ha riconosciuto l'equo indennizzo anche per le vaccinazioni raccomandate, quale contrappeso al sacrificio individuale: ha, così, legato la *ratio* dell'indennizzo non all'obbligatorietà del trattamento, ma allo spirito di solidarietà di chi si sottopone ad un trattamento sanitario per la tutela della salute pubblica, quale adempimento del dovere di solidarietà<sup>123</sup> (dovere connaturato dalla reciprocità fra individuo e società)<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> Corte cost. sent. 9 aprile 2013, n. 85, § 9 del "*Considerato in diritto*": «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».

<sup>120</sup> Talvolta tale diritto è stato espresso nella formula dell'"*obiezione di coscienza*", una formula tendenzialmente esclusa dalla dottrina, perché l'obiezione di coscienza si configurerebbe a fronte del diritto di culto, non a fronte della sola contrarietà alla scienza: M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione, in Stato Chiese e Pluralismo Confessionale*, fasc. n. 7 del 2020.

<sup>121</sup> Corte cost. sent. 9 aprile 2013, n. 85, *cit.*

<sup>122</sup> Corte cost., sent. 23 giugno 2020, n. 118.

<sup>123</sup> Corte cost. sent. 23 giugno 2020, n. 118, *cit.* §3.4 del "*Considerato in diritto*": «La ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede quindi nel fatto che questi si sia sottoposto ad un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario

La Corte costituzionale riconosce, quindi, il diritto alla salute individuale quale limite della tutela della salute pubblica, al tempo stesso, però, ritiene sufficiente porre quale contrappeso al sacrificio individuale un mero "equo indennizzo". Il "rischio zero", difatti, non esiste, per questo deve essere fornita adeguata informazione dei possibili effetti collaterali (in una lingua comprensibile al soggetto passivo) ed un equo ristoro.

### 3.2. L'obbligo per categorie ed il *green pass* (certificazione verde Covid 19). Il "dovere di solidarietà" tra obbligatorietà diretta ed indiretta

Le diverse soluzioni paventate/utilizzate al fine di prevenire il rischio del contagio (obbligo *erga omnes*, raccomandazione, obbligo per categorie, obbligo di fatto) hanno quale presupposto giustificativo «l'adempimento del dovere inderogabile di solidarietà sociale»<sup>125</sup>, senza il quale saremmo dinanzi ad una concezione arcaica di libertà, una libertà assoluta: l'anticamera del *bellum omnium contra omnes*<sup>126</sup>.

Pur essendo stato astrattamente possibile prevedere un obbligo *erga-omnes*, purchè ne fosse rispettata la forma (riserva di legge), questo non è stato adottato.

La seconda fase dell'emergenza sanitaria è stata, così, scandita in tre momenti: un primo momento in cui è stato introdotto l'obbligo per determinate categorie (gli esercenti le professioni sanitarie)<sup>127</sup> con una contestuale forte raccomandazione per il resto della popolazione; un secondo momento in cui è stato introdotto lo strumento del *green pass* (certificato verde Covid 19) e, infine, un terzo momento in cui è stato introdotto l'obbligo vaccinale per gli *over 50*.

L'obbligo per categorie<sup>128</sup> altro non è che la soluzione intermedia tra l'obbligo generale e la raccomandazione: a tal fine si è scelto di obbligare soltanto alcune categorie ritenute esposte ad un più elevato rischio di contagio<sup>129</sup>. Se ad un primo momento l'obbligo per categorie sembrerebbe

---

(obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale».

<sup>124</sup> Corte cost. sent. 23 giugno 2020, n. 118, *cit.* § 2 del "Considerato in diritto": «Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'impostazione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito». Ed ancora: «finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

<sup>125</sup> L. PEDULLA, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale*, *cit.* p. 1.

<sup>126</sup> G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, in *Il Manifesto*, 28/07/2021.

<sup>127</sup> Obbligo introdotto con il d.l. 44/2021, convertito, senza sostanziali modificazioni, con la l. 76/2021.

<sup>128</sup> D. MINERVA, *Vaccino Covid: deve essere obbligatorio*, in *La Repubblica.it*, 28/12/2020.

<sup>129</sup> A proposito dell'obbligo per categorie, si può far riferimento ad una prospettiva simile rispetto alla vaccinazione *anti Sars cov 2*, avvenuta con il vaccino antiinfluenzale. Un'ordinanza della Regione Lazio per il vaccino antiinfluenzale prevedeva l'obbligatorietà per determinate categorie, un'obbligatorietà su cui il Tar del Lazio si è espresso negativamente. L'ordinanza prevedeva l'obbligo sanzionato per gli operatori sanitari con il divieto di avere accesso presso i rispettivi luoghi di lavoro, per le persone sopra i 65 anni il divieto di frequentare luoghi di rischio. Tuttavia, la *ratio* sottesa a tale annullamento è stata l'incompetenza della Regione a prevedere tale disposizione, in quanto materia di esclusiva competenza statale.

comportare una lesione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., ad una lettura più attenta tale obbligo supera facilmente il vaglio di costituzionalità: l'art. 3 Cost., infatti, prescrive un'uguaglianza sostanziale (non formale) e tale uguaglianza si realizza proprio trattando situazioni diverse in modo diverso<sup>130</sup>.

La scelta che, almeno in un primo momento, ha indotto a preferire un obbligo per categorie è stata l'insufficiente disponibilità di dosi vaccinali per consentire una vaccinazione di massa, tanto che in luogo dell' "obbligo vaccinale" si faceva frequentemente riferimento al "diritto a vaccinarsi"<sup>131</sup>. Successivamente, invece, le ragioni che hanno fatto sì che non si procedesse ad un obbligo generalizzato sono state principalmente due: l'una riguardante l'opportunità di procedere all'obbligo vaccinale soltanto come *extrema ratio*; l'altra, la volontà di sottrarsi ad una responsabilità per danni rilevanti dalla somministrazione del vaccino (essendo per tale eventualità previsto un equo indennizzo)<sup>132</sup>. Non sembrerebbe rilevante, invece, la motivazione inerente alla modalità di immissione in commercio del vaccino: difatti, pur essendo stata adottata la procedura di immissione al commercio condizionata (prevista a livello europeo), questa non è una procedura *extra ordinem* creata al fine di fronteggiare l'epidemia da *Sars cov 2*, ma, semplicemente, una procedura più veloce<sup>133</sup>.

Più discussa, invece, è stata l'adozione del *green pass* (Certificato verde Covid-19)<sup>134</sup> introdotto, in Italia, con il d. l. n. 52/2021, in parte modificato con il d.l. n. 65/2021<sup>135</sup> e, successivamente, con il d.l. del 23 luglio 2021, n. 105.

Il *green pass* semplice (certificazione comprovante: lo stato di avvenuta vaccinazione contro il *Sars-cov 2*, l'avvenuta guarigione dall'infezione da *Sars-cov 2*, l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus *Sars cov 2*)<sup>136</sup>, successivamente, è stato sostituito con il c.d. "*green pass rafforzato*", rilasciato soltanto ai vaccinati o guariti, previsto dal d.l. 30 dicembre 2021, n. 229.

Lo strumento del *green pass* è stato molto discusso in dottrina, in quanto obbligo indiretto avente quale finalità la vaccinazione di massa. L'adozione del *green pass* si inserisce, così, nel cuore di tutte le questioni teoriche -

<sup>130</sup> F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3/ 2017.

<sup>131</sup> R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid 19)*, in *Questione giustizia*, 6/09/2021, p. 1.

<sup>132</sup> *Ivi*, p. 4.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 5; nonché I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questione giustizia*, 2021, 3/03/2021.

<sup>134</sup> C. BERTOLINO, *Certificato verde Covid- 19 tra libertà ed uguaglianza*, in *federalismi.it*, fasc. n. 15/2021, pubblicato il 16/06/21, l'Autrice (p. 20) ha sottolineato che la non omogeneità delle soluzioni adottate dai diversi Stati membri dell'Unione europea ha quale conseguenza il venir meno di una pietra miliare dell'ordinamento sovranazionale: la libertà di circolazione degli individui.

<sup>135</sup>Ex. art. 14 del D.L. 65 del 18 maggio 2021 si è estesa la possibilità di ottenere il certificato verde anche a seguito di una sola dose di vaccinazione (per i vaccini che richiedono due dosi – *Vaxzevria (AstraZeneca)*, *Comirnaty (Pfizer)* e *Spikevax (Moderna)*-, la certificazione è generata dal dodicesimo giorno dopo la somministrazione ed è valida a partire dal quindicesimo giorno fino alla seconda dose); inoltre, è mutata la validità del certificato, che non più di 6 mesi, bensì di 9. Su questo punto occorrerebbe chiedersi quanto, in realtà, sia "certificabile" la durata dell'immunizzazione, senza una previa verifica sulla quantità di anticorpi prodotta dalla singola persona.

<sup>136</sup> Una vera e propria "patente d'immunità", sul punto, si veda: G. DEL BELLO, *Patente d'immunità, a cosa serve davvero?* In *Repubblica.it*, 21/04/2020; L. PEDULLA, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale* (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte costituzionale) in *Quaderni costituzionali*, 11/09/2018.

ma anche assolutamente pratiche- scaturenti dalla necessaria *gestio* dell'emergenza sanitaria: il bilanciamento tra il diritto alla salute pubblica e gli altri diritti costituzionalmente garantiti.

Un orientamento dottrinale<sup>137</sup> ha ritenuto tale strumento un presupposto essenziale per il godimento degli altri diritti costituzionalmente garantiti: il *green pass* avrebbe, infatti, impedito il ricorso ad un secondo *lockdown* nazionale.

Un altro orientamento dottrinale<sup>138</sup>, invece, lo ha ritenuto lesivo dei diritti costituzionalmente garantiti, ponendo l'accento sul carattere discriminatorio del godimento degli stessi. Tale strumento è stato definito, in tal senso, come una vera e propria patente di immunità che ha consentito l'esercizio dell'«elementare libertà di circolazione»<sup>139</sup> e degli altri diritti fondamentali (come, ad esempio, il diritto al lavoro), ciò, in particolare, quando la certificazione è stata resa obbligatoria per l'accesso a determinati servizi e attività<sup>140</sup> anche in "zona bianca".

Non si può, in questa sede, far riferimento a tutti i diritti che hanno subito una restrizione con l'adozione del *green pass*, se ne ricorderanno alcuni: il diritto alla circolazione, il diritto al lavoro, il diritto di voto (per i parlamentari).

Il diritto alla circolazione ha subito nuovamente, in questa seconda fase, una restrizione molto forte; la restrizione, però, non è più un provvedimento emanato nei confronti di tutti i cittadini come durante il *lockdown*, ma un provvedimento automatico come conseguenza di una scelta individuale: al di là, difatti, della quarantena preventiva o dell'isolamento fiduciario, il cittadino, a seguito della scelta di non vaccinarsi o di non essere sottoposto ad un tampone, ha subito una forte limitazione della libertà di circolazione. Come si è esplicitato, il diritto alla circolazione può subire limitazioni per "motivi di sanità o di sicurezza", a condizione che siano stabilite in via generale e tramite una legge<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> Si vedano, G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, in *Il Manifesto*, 28/07/2021; R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione*, cit., p. 9

<sup>138</sup> Forte e netta è stata la posizione di M. CACCIARI e G. AGAMBEN, *A proposito del decreto sul "green pass"* in *Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*, 26/07/2021, (*iisf.it*) «È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, anche di quelle che hanno scelto di non essere vaccinate». Secondo questo orientamento, il *green pass*, quale strumento a tutela della salute pubblica, non sarebbe incostituzionale di per sé, ma lo diventa nel momento in cui costituisce un obbligo di fatto ed un fattore discriminante nei confronti del cittadino e del lavoratore.

<sup>139</sup> C. BERTOLINO, *op.cit.*, p.1.

<sup>140</sup> Ex art. 3 co. 1 del Decreto-Legge n. 23 luglio 2021, n. 105: «A far data dal 6 agosto 2021, è consentito in zona bianca esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi Covid-19, di cui all'articolo 9, comma 2, l'accesso ai seguenti servizi e attività: l'accesso ai seguenti servizi e attività: a) servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio, di cui all'articolo 4, per il consumo al tavolo, al chiuso; b) spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi, di cui all'articolo 5; c) musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre, di cui all'articolo 5-bis; d) piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all'interno di strutture ricettive, di cui all'articolo 6, limitatamente alle attività al chiuso; e) sagre e fiere, convegni e congressi di cui all'articolo 7; f) centri termali, parchi tematici e di divertimento; g) centri culturali, centri sociali e ricreativi, di cui all'articolo 8-bis, comma 1, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l'infanzia, compresi i centri estivi, e le relative attività di ristorazione; h) attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò, di cui all'articolo 8-ter; i) concorsi pubblici ».

<sup>141</sup> Circa il carattere di tale riserva, se la dottrina è concorde nel considerarla una riserva rinforzata, vi sono discrasie tra chi la considera relativa e chi assoluta. Sul primo orientamento dottrinale, si veda: M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960; sul secondo orientamento dottrinale, si veda, invece, G. DEMURO, *Art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 377 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 2002, p. 283.

L'introduzione è avvenuta tramite decreto-legge, in questo modo è soddisfatta almeno la c.d. riserva di atto; per quanto concerne, invece, la generalità, occorre far riferimento all'interpretazione che di essa viene data dalla Corte costituzionale, la quale specifica che la generalità va interpretata nel senso che «le autorità non possono porre limiti contro una determinata persona o contro determinate categorie: non nel senso che non si [possano] adottare provvedimenti contro singoli o contro gruppi, ma nel senso che non si [possano] stabilire illegittime discriminazioni contro i singoli o contro gruppi»<sup>142</sup>.

Occorre, poi, porre particolare attenzione alla definizione di "luoghi di rischio"<sup>143</sup> e valutare se l'accesso a determinati servizi e attività non abbia costituito un obbligo di fatto per l'accesso ai più elementari diritti costituzionalmente garantiti. Tuttavia, una valutazione di questo tipo, oltre a non essere determinabile a priori, risulta essere oltremodo scivolosa, in quanto, nel bilanciamento con la salute pubblica – presupposto del bene vita- ogni diritto sembrerebbe soccombere.

Se complesso è valutare la ragionevolezza e la proporzionalità della soccombenza del diritto alla circolazione rispetto alla tutela della salute pubblica, ancor di più lo diventa quando il diritto che si scontra con la tutela della salute pubblica è il diritto al lavoro. In questo caso, il *green pass* si configura come un vero e proprio onere, in quanto la vaccinazione, in taluni casi, costituisce un requisito essenziale per l'esercizio della professione<sup>144</sup>, similmente a quanto avviene per l'obbligo per categorie. In taluni casi, infatti, si fa riferimento non tanto alla limitazione in ordine al godimento di alcuni servizi, ma alla possibilità di esercitare l'attività lavorativa. Il non essere in possesso del *green pass* è stato considerato "assenza ingiustificata" con conseguente sospensione dal lavoro ed interruzione della retribuzione<sup>145</sup>.

Un'ulteriore occasione per analizzare il *green pass* si è presentata durante l'elezione del Presidente della Repubblica, quando alcuni parlamentari hanno lamentato la lesione del diritto di voto sia per quanto concernevano le disposizioni inerenti all'isolamento fiduciario e la quarantena preventiva, sia l'impossibilità di fatto di non recarsi al seggio in quanto non possessori

---

<sup>142</sup> Corte cost., sent. 30 giugno 1964, n. 68, §2 del "Considerato in diritto".

<sup>143</sup> In Francia, il *green pass*, ha ricevuto l'approvazione definitiva del Parlamento (il 25 luglio 2021), dal 9 agosto 2021 era previsto per l'ingresso nei bar, caffè, ristoranti, aerei, treni e autobus, nonché a studi medici e centri commerciali. Il 5 agosto il *Conseil constitutionnel* lo ha convalidato e ha dichiarato la costituzionalità anche dell'obbligo per gli operatori sanitari di vaccinarsi contro il Covid-19, giustificato come "Il legislatore ha perseguito l'obiettivo del valore costituzionale della tutela della salute". Al contrario, l'isolamento obbligatorio di 10 giorni per chiunque fosse risultato positivo al Covid-19 è stato ritenuto non "necessario, opportuno e proporzionato", in quanto privazione della libertà "senza una decisione individuale basata su una valutazione dell'autorità amministrativa o giudiziaria"; è stata, inoltre, respinta la possibilità del datore di lavoro di interrompere anticipatamente un contratto a tempo determinato per chi ne fosse privo (*Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021*) ([conseil-constitutionnel.fr](https://www.conseil-constitutionnel.fr)).

<sup>144</sup> Così, R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid 19)*, in *Questione giustizia*, 6/09/2021, p. 6. L'esempio cui si fa riferimento riguarda il personale docente: viene specificato che, spesso, la differenza tra obbligo ed onere in alcuni casi risulta molto sfumata. Si precisa, inoltre, che la figura giuridica dell'onere è stata utilizzata al fine di spingere ad effettuare il vaccino senza (o prima di) imporlo con l'obbligo, in tal modo valorizzando la qualificazione costituzionale del trattamento obbligatorio quale *extrema ratio*.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

del *green pass* rafforzato. Per ovviare al primo problema è stato fatto ricorso ad una deroga *ad hoc*, per il secondo problema no<sup>146</sup>.

I parlamentari isolani, privi di questa certificazione, hanno proposto ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato, lamentando la manifesta violazione delle prerogative costituzionali dei parlamentari. In particolare, affermavano che la disposizione succitata impediva loro di partecipare ai lavori parlamentari - e quindi anche all'elezione del Presidente della Repubblica - stante la concreta impossibilità di lasciare le isole senza ricorrere al trasporto pubblico, per questo ne chiedevano anche la sospensione cautelare. La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile, ritenendo non sussistente alcuna manifesta violazione delle prerogative costituzionali dei parlamentari e assorbendo l'istanza di sospensione cautelare. Così si legge nel comunicato della Corte costituzionale del 19 gennaio 2022: «La disposizione oggetto del conflitto regola infatti le condizioni di accesso al trasporto pubblico valide per l'intera collettività e non riguarda attribuzioni specifiche di deputati o senatori, incise in via fattuale e di riflesso; attribuzioni il cui esercizio deve essere garantito dai competenti organi delle Camere, nel rispetto della legislazione vigente».

Non sembra, quindi, ravvisarsi una lesione della legittimità del *green pass* in ordine alla generalità della norma, ma permangono perplessità circa le conseguenze pratiche dell'adozione di tale strumento.

A conclusione si ritiene che aver introdotto il *green pass* se da una parte ha valorizzato la responsabilità individuale ed il dovere di solidarietà, principi fondamentali in uno Stato democratico pluralista; dall'altra ha certamente creato delle situazioni paradossali di fatto poco conciliabili con una visione sistemica e pluralista dell'ordinamento costituzionale.

### **3.3. Spunti di riflessione: l'obbligo vaccinale come ottimo paretiano**

Con la dichiarazione dello stato d'emergenza, lo Stato sembrerebbe aver assunto, anche se temporaneamente, una modalità paternalistica, una modalità tipica dell'Ottocento (*mutatis mutandis*) in cui i governanti ponevano in essere una politica che, pur tendendo con sollecitudine paterna al progresso e al benessere dei governati, non li considerava, però, capaci di perseguire tali fini in modo autonomo. Al fine di poter esprimere meglio tale concetto, sembrerebbe consono il paragone con lo "status di minore": così come il minore è incapace d'agire fino al compimento del diciottesimo anno d'età (ex art. 2 c.c.), il cittadino è posto nella condizione minorata di "incapace d'agire" (*mutatis mutandis*) fino al superamento dello stato d'emergenza. È proprio a fronte di tale presunta incapacità, che lo Stato (tramite il potere esecutivo di esso) ha assunto, temporaneamente, poteri *extra-ordinari* ponendo sotto "tutela" il

---

<sup>146</sup>Ex art. 1, co.2, del d.l. 229/2021 era consentito l'accesso e l'utilizzo dei mezzi di trasporto soltanto ai possessori del *green pass* rafforzato.

cittadino e assumendo su di sé il compito di adottare le scelte che opina adeguate al fine del superamento del periodo emergenziale: a tal fine, lo Stato avrebbe potuto introdurre l'obbligo vaccinale<sup>147</sup>, bilanciando efficacemente la tutela della salute pubblica con la tutela dell'economia.

Un'efficiente gestione della pandemia avrebbe dovuto comportare un'estensione generalizzata dell'obbligo vaccinale. L'obbligo vaccinale generalizzato avrebbe comportato, infatti, un risultato efficiente, in quanto avrebbe garantito un pieno superamento dello stato d'emergenza. Se, difatti, la tutela della salute pubblica è presupposto giustificativo e fine cui lo stato d'emergenza tende, l'obbligo vaccinale sembrerebbe la misura più efficace rapida e coerente.

Potremmo spingerci sino a teorizzare una situazione di ottimo paretiano<sup>148</sup> per l'intero sistema ordinamentale: attraverso l'obbligo vaccinale generalizzato, si sarebbe potuto superare lo stato d'emergenza, in tal modo la condizione in cui tutti i cittadini sono vaccinati sarebbe una situazione pareto-efficiente, ossia «una situazione ove non è possibile aumentare -a parità di risorse- il livello di utilità di un individuo senza ridurre l'utilità dell'altro».

Infatti, se la vaccinazione totale della popolazione avrebbe comportato una situazione di vantaggio per tutti, sia in termini di salute pubblica, sia in termini di superamento dello stato d'emergenza, una popolazione vaccinata parzialmente ha comportato, invece, un discostamento dall'ottimo paretiano postulato, in quanto, a fronte di un miglioramento della posizione di alcuni (in riferimento ad eventuali conseguenze negative per la salute individuale o in riferimento alla "libertà di cura") se ne è riscontrato un peggioramento per l'intera collettività (sia in termini di salute pubblica, sia in termini di prolungamento dello stato d'emergenza e degli inevitabili *vulnera* che lo stesso reca allo stato di diritto).

Al contrario, si è blandamente preferito optare per una campagna vaccinale di responsabilizzazione del cittadino, privilegiando, quindi, la *moral suasion* e l'obbligo indiretto all'obbligo diretto.

Tuttavia, queste due modalità stridono con il ricorso allo stato d'emergenza: la *moral suasion* perché contraddice la sproporzione di poteri che da tale dichiarazione l'esecutivo ha attratto a sé e l'obbligo indiretto perché si discosta dalla modalità paternalistica dello stato d'emergenza, facendo capovolgere la responsabilità, che lo Stato dovrebbe assumere su di sé, sul cittadino stesso.

Se da una parte, almeno per quanto concerne la *moral suasion*, la scelta effettuata ha avuto il pregio di valorizzare - perlomeno sulla carta- il principio democratico, suggerendo una responsabilizzazione del cittadino a fronte del dovere di solidarietà (ascrivibile all'art. 2 Cost.), dall'altra

---

<sup>147</sup>Ciò è stato sottolineato dai costituzionalisti Sabino Cassese e Giovanni Maria Flick, in un'intervista, cui si rimanda: L. FAZZO, *Il "sì" dei costituzionalisti, il pass per andare al bar non limita alcuna libertà. Cassese e Flick: l'interesse collettivo alla salute giustifica la compressione delle scelte dei singoli*, in *Il Giornale.it*, 14/07/21.

<sup>148</sup>«Un'allocazione delle risorse è efficiente se non è possibile aumentare il benessere (l'utilità) di almeno un individuo senza dover ridurre il benessere (l'utilità) di almeno un altro individuo». In particolare, un ottimo paretiano corrisponde ad una situazione nella quale «il surplus di tutti gli operatori è massimo (ossia, una situazione ove non è possibile aumentare- a parità di risorse- il livello di utilità di un individuo senza ridurre l'utilità dell'altro». Per un approfondimento, si veda. G. CHIRICHELLO, *Microeconomia di base*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 329- 331.

sembrerebbe non essere coerente con l'approccio adottato dallo Stato con la dichiarazione stessa dello stato d'emergenza.

#### **4. La fine dello stato d'emergenza: il lascito dell'esperienza pandemica sui diritti costituzionali e le proposte di intervento pro futuro**

##### **4.1. Il progressivo ritorno alla normalità**

«Una volta, le membra dell'uomo, constatando che lo stomaco se ne stava ozioso [ad attendere cibo], ruppero con lui gli accordi e cospirarono tra loro, decidendo che le mani non portassero cibo alla bocca, né che, portandolo, la bocca lo accettasse, né che i denti lo confezionassero a dovere. Ma mentre intendevano domare lo stomaco, a indebolirsi furono anche loro stesse, e il corpo intero giunse a deperimento estremo. Da qui apparve che l'ufficio dello stomaco non è quello di un pigro, ma che, una volta accolti, distribuisce i cibi per tutte le sue membra. E quindi tornarono in amicizia con lui. Così senato e popolo, come fossero un unico corpo, con la discordia periscono, con la concordia rimangono in salute».

*(Apologo di Menenio Agrippa, Liv. II, 32).*

L'ultima fase è il periodo che inizia con il graduale rallentamento delle misure di prevenzione alla diffusione e che si estende anche dopo la fine dello stato di emergenza (fino a quando rimarrà in vigore anche soltanto una misura di contenimento e prevenzione al contagio di *Sars Cov 2*). Quest'ultima è la fase che rende tangibile il lascito della pandemia sui diritti costituzionali.

Il rallentamento delle misure è iniziato a febbraio 2022, quando, con il d.l. 4 febbraio 2022 n. 5, sono state modificate (in senso meno stringente) le regole per la gestione della crisi pandemica in ambito scolastico e per i visitatori stranieri in Italia e si è, inoltre, provveduto ad estendere la durata del *green pass* rilasciato dopo la terza dose.

Successivamente, con il d.l. 24 marzo, n. 24, vengono introdotte disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia, in conseguenza alla cessazione dello stato d'emergenza (avvenuta il 31 marzo 2022). Il provvedimento pone fine al sistema delle "zone colorate", stabilisce il ritorno al 100% della capienza dei locali pubblici all'aperto e al chiuso (dal 1° aprile), reitera l'obbligo di mascherine ffp2 negli ambienti al chiuso (quali i mezzi di trasporto e i luoghi dove si tengono spettacoli aperti al pubblico). Inoltre, statuisce che per accedere ai luoghi di lavoro è consentito il solo *green pass* base (anche per gli *over 50*) e che l'obbligo vaccinale con la sospensione dal lavoro (per gli esercenti le professioni sanitarie e i lavoratori negli ospedali

e nelle RSA, *hospice* e reparti di degenza degli ospedali) rimarrà in vigore fino al 31 dicembre 2022.

Sostanzialmente, dunque, e progressivamente, i diritti costituzionali stanno riacquistando il loro vigore, dimostrando un'elasticità che non deve confondersi con l'elasticità della Costituzione.

Certo, l'ordinamento costituzionale nel suo complesso non è rimasto indenne ad un evento di tal portata: l'elaborazione della categoria dello stato costituzionale democratico e pluralista, considerata l'approdo di un travagliato itinerario culturale iniziato da *Weimar*, si è dimostrata non sufficientemente preparata alla minaccia di una pandemia. Per questo diventa fondamentale uno studio sui limiti dello stato d'emergenza, al fine di comprendere i *vulnera* presenti dell'ordinamento ed intervenire *pro futuro*.

Il costituzionalismo precauzionale si è dimostrato un costituzionalismo miope, poco incline alla valorizzazione del pluralismo democratico.

Per illustrare quest'affermazione, si prenderà in prestito l'apologo di Menenio Agrippa, citato in esergo. Agrippa paragonò l'ordinamento sociale romano ad un corpo umano nel quale, come in tutti gli insiemi costituiti da parti interconnesse tra loro, gli organi sopravvivono solo se collaborano, diversamente, periscono. Conseguentemente, se le braccia (il popolo) si rifiutassero di lavorare, lo stomaco (il Senato) non riceverebbe cibo ma, in tal caso, ben presto tutto il corpo, comprese le braccia, deperirebbe per mancanza di nutrimento.

Così, allo stesso modo, potremmo dire per la democrazia pluralista: essa è un insieme di diritti interconnessi, e soltanto un bilanciamento sistemico di tutti gli interessi in gioco rende vitale la democrazia, senza questa interconnessione il corpo (la democrazia) deperirebbe.

Pertanto, a lungo termine, il costituzionalismo precauzionale comporterebbe un vero svuotamento della democrazia. Da ciò emerge che diventa fondamentale delimitare lo stato d'emergenza con un limite ultimo ed invalicabile.

#### **4.2. Superare il limite temporale: verso un termine "determinabile"**

«Quando qualcuno (Silla prima, Cesare poi) ha pensato di estendere lo stato di emergenza e si fece confermare oltre il tempo i pieni poteri, ecco che la dittatura da "commissaria" si fece "sovrana", e la Repubblica capitolò. Ancora oggi è questa la sfida più grande. Se infatti adesso sopportiamo limitazioni di libertà disposte in piena e solitaria responsabilità dal Governo *pro tempore* in carica, lo facciamo per necessità, avendo ad esso trasferito di fatto i poteri sovrani. Consapevoli però che, se dopo aver sconfitto il terribile e invisibile nemico, non si dovesse tornare alla normalità, rischieremmo di precipitare nel buio della Repubblica».

(G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*)<sup>149</sup>

Lo stato d'emergenza è stato prorogato numerose volte, in particolare è stato superato il limite che la legge prevedeva come limite ultimo e invalicabile<sup>150</sup>: l'articolo 24 co. 3 del d. lgs. n. 1 del 2018 (Codice Protezione Civile) prescrive, infatti, che «la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi»). Come è stato possibile, quindi, prorogarlo ulteriormente?

La temporaneità è una condizione essenziale di legittimazione dello stato d'emergenza in un ordinamento democratico, per questo aver consentito la proroga del termine dello stato d'emergenza oltre il termine espressamente stabilito dalla legge, seppur per un termine breve, deve far riflettere lo studioso di diritto costituzionale. Astrattamente ragionando, infatti, per tal via potrebbe lo stato d'emergenza divenire perpetuo?

Non si può non ricordare come, durante lo stato d'emergenza, l'ordinamento subisca un'alterazione dei due pilastri portanti del costituzionalismo moderno: divisione dei poteri e garanzia dei diritti (pur posto che la Costituzione, in tale periodo, non è sospesa né possa esserlo).

Dal lato dei poteri, il Governo assume un ruolo decisivo a scapito del Parlamento e, dal lato dei diritti, non si può non tener presente come la tutela della salute pubblica si irradi nell'ordinamento<sup>151</sup>, provocando uno sbilanciamento che si ripercuote su tutti gli altri diritti costituzionalmente garantiti. Soltanto stabilire un termine fisso ed invalicabile potrebbe in potenza – e né è certo che lo possa – determinare una ri-espansione elastica degli stessi.

Ida Angela Nicotra sottolinea, appunto, come l'emergenza sia una condizione «anomala e grave ma essenzialmente temporanea»<sup>152</sup> e che la deroga all'ordinario svolgimento costituzionale possa avvenire soltanto se previsto per un termine a breve durata.

Ne consegue che «essa legittima sì misure insolite ma le stesse perdono legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo»<sup>153</sup>. Per questo devono essere predisposti confini ben precisi<sup>154</sup>: il limite ultimo non può avere una durata superiore al fenomeno straordinario, terminato il quale riacquista efficacia il sistema ordinamentale ordinario<sup>155</sup>. Pur aderendo al concetto che precede, è compito di chi scrive porre un'ineludibile domanda: come garantire in via effettuale questo automatismo ri-espansivo?

---

<sup>149</sup> G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., p. V.

<sup>150</sup> Limite coincidente con il 31 gennaio 2022.

<sup>151</sup> M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 11/03/2020.

<sup>152</sup> I. A. NICOTRA, *op.cit.*, p. 140.

<sup>153</sup> *Ibidem*

<sup>154</sup> *Ibidem*

<sup>155</sup> *Ibidem*.

Consequenziale a tale impostazione è che una non cessazione dell'evento straordinario possa, di per sé, giustificare una proroga dello stato d'emergenza. In questo modo, a garanzia della "temporaneità", si sta assumendo un termine *determinabile*, non fisso.

Altra dottrina<sup>156</sup> ha fatto leva su come lo stato d'emergenza epidemiologico debba fare i conti con una «temporaneità non definibile»<sup>157</sup>, di lunga durata, per questo non definibile a priori.

Sembra, quindi, farsi strada l'idea che, in luogo di un termine fisso e determinato *ex ante*, sia sufficiente che questo termine sia "determinabile" di volta in volta: ciò significherebbe che, per rispettare la temporaneità quale condizione essenziale della legalità dello stato d'emergenza, sarebbe sufficiente revocare quest'ultimo non appena sia cessata -di fatto- la situazione emergenziale<sup>158</sup>. Questo significherebbe ricorrere ad un costituzionalismo precauzionale, correndo il pericolo di far assurgere la necessità a fonte automa del diritto (se si aderisce alla tesi per la quale lo stato d'emergenza non faccia ricorso alla necessità come fonte del diritto)<sup>159</sup> o di non riuscire a circoscrivere la necessità (se si aderisce all'opposta tesi che ravvisa la necessità a fonte dello stato d'emergenza ma raccomanda di delimitarla in via perentoria)<sup>160</sup>.

Si procederà analizzando le diverse strade percorribili che avrebbero consentito un aggiramento del limite ultimo dello stato d'emergenza, illustrando i *vulnera* di tutela dell'ordinamento democratico durante lo stato d'emergenza per poter, infine, proporre delle proposte di modifica al fine di rendere più solido l'ordinamento costituzionale.

La dottrina ha ragionato, infatti, sulle possibili strade che avrebbero potuto consentire una "proroga" *latu sensu* della situazione emergenziale: una prima, concernente la possibilità di dichiarare *ex novo* lo stato d'emergenza; una seconda, concernente la possibilità di ricorrere ad una modifica del termine ultimo previsto dalla legge; la terza (quella che è stata effettivamente adottata) quella di estenderlo attraverso un decreto-legge<sup>161</sup>.

La prima strada è certamente paradossale, ma non è possibile escluderla a priori: persistendo il presupposto giustificativo (l'emergenza pandemica) dichiarare *ex novo* lo stato d'emergenza avrebbe consentito non soltanto di aggirare l'ostacolo del termine ultimo, ma anche quello di non coinvolgere il Parlamento in tale scelta. Questa strada è certamente la più fallace, in quanto è molto semplice far cadere tale tesi: essa sarebbe, infatti, contraria alla *ratio legis* della disciplina dello stato d'emergenza (il termine ultimo è previsto proprio per impedire che il presupposto giustificativo possa perpetuarsi oltre il termine consentito). Nonostante sia

---

<sup>156</sup> È la c.d. "emergenza duratura", si veda F. BOCCHINI, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos* fasc. n. 2/2021.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Accademia Nazionale dei Lincei: *Problemi di ordine costituzionale determinati dall'emergenza della pandemia da Covid-19. Documento della Commissione Covid-19*, 16 giugno 2020.

<sup>159</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

<sup>160</sup> G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.

<sup>161</sup> La quarta strada (l'unica senza problemi di compatibilità con l'ordinamento democratico e che, pertanto, non verrà analizzata in questo saggio) consisteva nel ricorrere all'uso del decreto-legge non per prorogare lo stato d'emergenza ma per prorogare soltanto le singole norme di contenimento della pandemia.

assente un'espressa indicazione nella legge volta ad impedire una dichiarazione *ex novo*- vagliando lo spirito della legge, tale soluzione sembrerebbe ad esso contraria, e sarebbe corroborata anche dalla previsione dell'articolo 26 dello stesso Codice di protezione civile, il quale prevede espressamente il ripristino del precedente ordine sospeso, una necessità cui provvedere almeno 30 giorni prima dalla scadenza dello stato d'emergenza nazionale.

La seconda strada è, invece, meno paradossale. La possibilità di ricorrere ad una modifica del termine ultimo previsto dalla legge è, difatti, una strada astrattamente possibile sia perché le leggi di rango ordinario possono essere sostituite nel tempo (*lex posterior derogat priori*) sia perché, di fatto, tale eventualità è stata già percorsa (originariamente, la legge 225/1992, all'art. 5 co.1 bis, prevedeva che la durata della dichiarazione dello stato d'emergenza non potesse superare i 180 giorni, e che fosse prorogabile per non più di 180 giorni; questa disposizione è stata modificata nel 2018, con l'entrata in vigore del Codice di Protezione civile che ha esteso al doppio la durata e la possibilità di proroga -12 mesi, prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi-). Percorrere questa strada avrebbe significato, infatti, modificare la norma sullo stato d'emergenza durante lo stato d'emergenza. Una norma in corso d'opera, dunque.

La terza strada, quella che poi è stata percorsa, è stata prorogare direttamente lo stato d'emergenza attraverso il decreto-legge. Questa soluzione si avvicina molto alla seconda, in quanto si applica il criterio della successione delle leggi nel tempo, ma se ne distanzia perché il coinvolgimento del Parlamento avviene soltanto in un secondo momento.

Il primo *vulnus* che emerge dalla normativa del Codice civile è l'assenza del Parlamento sia per la proclamazione dello stato d'emergenza, sia per le successive proroghe. Prevedere il necessario coinvolgimento del Parlamento diventa, durante l'emergenza, il mezzo per poter riequilibrare l'accentramento dei poteri che l'esecutivo attrae a sé per disposizione di legge: garantire che il Parlamento rimanga il necessario interlocutore del Governo, in un'ottica sinergica e non solo subordinatamente collaborativa, diviene la modalità che assicura il rispetto della c.d. "legalità dei periodi eccezionali", perché rappresenta l'approvazione del popolo che, attraverso i suoi rappresentanti, viene reso partecipe delle decisioni prese in deroga all'ordinario svolgimento della vita costituzionale dell'ordinamento.

Tale coinvolgimento è corroborato dal fatto che un'autonomia normativa del potere esecutivo non è prevista costituzionalmente neanche dinanzi a situazioni emergenziali (es. decreto-legge ex art. 77 Cost., nonché art. 78 Cost. ove è il Parlamento a deliberare lo stato di guerra).

Il secondo *vulnus* è la possibilità di modificare il termine ultimo dello stato d'emergenza durante l'emergenza stessa. La riflessione che si vuole stimolare con questo contributo è la seguente: può la garanzia dell'ordine costituzionale democratico essere affidata ad una "decisione" – seppure affidata al Parlamento- durante l'emergenza stessa? L'ordinamento democratico lo sopporta? Quali anticorpi predispone per evitare che la proroga possa essere reiterata, se non *ad infinitum*, comunque oltre il

tempo sufficientemente necessario al superamento dell'emergenza? Ciò è particolarmente importante se si considera che il "rischio zero" non esiste. Occorre ragionare, difatti, sugli effetti che tale proroga potrebbe avere sull'intero ordinamento in futuro. L'esperienza *weimariana* e quella fascista ci rammentano che non bisogna mai distogliere lo sguardo dalla "temporaneità" nelle situazioni emergenziali, per questo le situazioni emergenziali dovrebbero avere un "limite ultimo massimo" prestabilito *ex ante*: per far sì che l'emergenza non si tramuti in ordinarietà.

Si procederà ora ad analizzare come le situazioni emergenziali siano disciplinate dalla Costituzione italiana: difatti, anche se lo stato d'emergenza non è disciplinato in Costituzione, si possono ricavare dalla stessa i principi generali da tenere in mente per disciplinare – e ricondurre a sistema- le situazioni emergenziali.

### 4.3. La temporaneità emergenziale nella Costituzione

In Costituzione, le situazioni di necessità ed urgenza sono sempre accompagnate da una temporalità ben definita *ex ante*, come si vedrà dagli art. 13.3, 21.4 e 77 Cost.<sup>162</sup>.

Si pensi, ad esempio, all'art. 13 Cost., in cui la «restrizione della libertà personale può avvenire soltanto con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria», laddove si ravvisi la necessità e l'urgenza di procedervi immediatamente (ex art. 13 co.3 Cost.), nei casi espressamente dettati dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. Le situazioni di necessità ed urgenza non impediscono di procedere in via derogatoria rispetto alla Costituzione stessa, ma tale vizio, poiché è vizio, deve essere sanato entro un tempo ben determinato *ex ante*, altrimenti la misura risulta priva di ogni effetto.

Allo stesso modo, l'art. 21 Cost. co. 3, laddove fa riferimento al sequestro della stampa periodica<sup>163</sup>, specifica che, qualora vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Anche in questo caso, se la convalida non avviene entro il tempo stabilito, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

---

<sup>162</sup> Ad avvalorare questa tesi di ricorrere agli articoli costituzionali che singolarmente fanno riferimento alle situazioni emergenziali è il pensiero di F. Colonna, il quale, affermò la volontà dei Costituenti di consentire la possibilità di interventi straordinari in caso di necessità ed urgenza senza inserire una specifica norma costituzionale che disciplini lo stato d'emergenza. F. COLONNA, *Stato di pericolo pubblico e sospensione dei diritti di libertà dei cittadini*, cit. , p. 263 ss. Sul dibattito costituente si può leggere chiaramente la volontà di ricondurre situazioni emergenziali al decreto-legge: Cfr. Atti Assemblea costituente seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, 2 giugno 1946 – 31 gennaio 1948, in [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it)

<sup>163</sup> Sequestro cui si può procedere «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili» (ex. art. 21. Co. 2 Cost.).

Analogamente è previsto un termine temporale nell'art. 77 Cost.: il Governo può adottare, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, ma questi devono essere presentati alle Camere il giorno stesso per la conversione (e se queste sono sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni). I decreti, inoltre, perdono efficacia sin dall'inizio (*ex tunc*), qualora non convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione.

L'unica eccezionalità che permette uno stravolgimento dell'ordinarietà costituzionale senza, al contempo, definirne il "termine ultimo" è la dichiarazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost.; tuttavia, quest'articolo non può essere preso in considerazione in quanto tra i costituenti<sup>164</sup> non trovò seguito la proposta di ricomprendere in tale articolo situazioni diverse da quelle dell'emergenza bellica<sup>165</sup>, quindi proprio in riferimento allo stato d'emergenza.

Dalla lettura del testo costituzionale risulta, dunque, non soltanto un forte legame tra la "necessità e l'urgenza" e la "temporaneità" di compressione, ma anche come tale temporaneità sia definita *ex ante*; inoltre, emerge come sia necessario che la deroga ai principi costituzionali permessa in Costituzione venga sanata attraverso quanto prescritto dalla Costituzione stessa. In particolar modo, tale sanatoria sia che avvenga nella forma della "convalida" (ex art. 13 o 21 Cost.) sia che avvenga nella forma della "conversione in legge" (art. 77 Cost) deve necessariamente avvenire ad opera del soggetto che l'ordinamento costituzionale pre-dispone essere il titolare di tale funzione nel tempo ordinario. Sarà, difatti, il giudice, in quanto naturale garante del rispetto dei diritti, a convalidare il "sequestro" (ex art. 13 e 21 Cost.) e sarà il Parlamento, soggetto costituzionalmente preposto all'attività legislativa, a convertire in legge il provvedimento provvisorio con forza di legge emanato dal Governo. Attraverso queste c.d. "sanatorie" viene assicurato il rispetto del costituzionalismo nella sua duplice funzione di garanzia dei diritti e separazione dei poteri e la Costituzione, nel prevederle, mostra come, nelle situazioni eccezionali, vada garantito -sempre e comunque- il ripristino dell'ordinarietà, e pertanto il rispetto del costituzionalismo, in un tempo prestabilito.

Non bisogna, dunque, distogliere lo sguardo dalla temporaneità: Massimo Luciani, con riferimento all'emergenza sanitaria, evidenzia come la temporaneità sia uno degli elementi che, per costante giurisprudenza costituzionale, vanno «inseriti nell'apprezzamento della legittimità o meno delle misure restrittive dei diritti»<sup>166</sup>.

#### **4.4. Conclusioni: proposte di intervento *pro futuro***

Si ritiene che, alla luce delle situazioni emergenziali disciplinate in Costituzione ed in analogia ad esse, dovrebbe essere previsto un termine ultimo oltre il quale la dichiarazione dello stato d'emergenza non possa

---

<sup>164</sup> In dottrina, si vedano B. CHERCHI, *op.cit.*, p. 1108 ss.; nonché M. PIAZZA, *op.cit.* p. 804 ss. .

<sup>165</sup> Ove è necessario, comunque, un coinvolgimento del Parlamento che delibera lo stato di guerra; ex art. 78 Cost.: «Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari».

<sup>166</sup> M. LUCIANI in F. DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto?* 2/04/2020, *Giustizia Insieme*,

essere ulteriormente prorogata. Si considera, infatti, che, seppure coinvolgere il Parlamento sia di gran lunga preferibile rispetto ad altre modalità che eludono il passaggio parlamentare, tale garanzia potrebbe comunque risultare insufficiente<sup>167</sup>.

Questo perché affidare ad una maggioranza parlamentare contingente il potere di decidere sul termine ultimo dello stato d'emergenza, stante le disfunzioni dell'ordinamento democratico che l'emergenza ha posto sotto i riflettori<sup>168</sup>, potrebbe non essere sufficiente a garantire che l'eccezionalità non si tramuti in ordinarietà.

Occorre operare dei *distinguo*: un conto è, difatti, affidare la modificabilità della norma che disciplina lo stato d'emergenza ad una maggioranza parlamentare non coinvolta nello stato d'emergenza; altro è, invece, affidare tale possibilità ad una maggioranza parlamentare che attraversa lo stato d'emergenza.

Se è innegabile che il Parlamento, in una democrazia parlamentare, sia espressione della sovranità popolare, si ritiene che una decisione così importante, che attiene alla "*Kompetenz- Kompetenz*" dello stato d'emergenza, debba essere sottratta alla disponibilità parlamentare ed essere attratta dalla sfera costituzionale.

Nel dibattito politico<sup>169</sup> e accademico si stanno susseguendo diverse proposte di modifica per regolare lo stato d'emergenza: tra queste, è stato proposto l'inserimento dello stato d'emergenza in Costituzione, analogamente a quanto previsto in Germania, in Francia o in Spagna<sup>170</sup>.

Non si può, in questo contesto, fornire una trattazione esauriente al riguardo, ma si sottolinea come certamente in futuro<sup>171</sup> sarà necessario occuparsi dei *vulnera* di tutela dell'ordinamento democratico, riscontrati nella disciplina attuale.

Circa l'inserimento o meno in Costituzione della disciplina dello Stato d'emergenza, si può ragionare sui pregi e sui difetti dell'una e dell'altra soluzione. L'utilizzo della legge ordinaria ha il pregio di non permettere che un'alterazione dell'equilibrio costituzionale avvenga in virtù dell'applicazione di una norma costituzionale: similmente a quanto avvenuto a *Weimar*, la norma sullo stato d'emergenza potrebbe irradiarsi su tutto l'ordinamento, sospendendolo. D'altra parte, però, disciplinarlo in legge ordinaria presenta un grave *vulnus*: quello di non sottrarre al principio della successione delle leggi nel tempo (*lex posterior derogat priori*) la delimitazione dello stato d'emergenza.

---

<sup>167</sup>Al riguardo, il 14 aprile 2021, la Commissione Affari costituzionali del Senato, con l'intento di rafforzare il ruolo del Parlamento nella gestione dell'epidemia, ha approvato un articolato che prevede l'istituzione di una speciale Commissione bicamerale per l'emergenza. Le funzioni del parlamento verrebbero, in questo modo, affidate ad una Commissione speciale composta da 1/10 dei parlamentari. Su questa, e sulle altre proposte di riforma per disciplinare l'emergenza in futuro si rimanda a M. D'ONOFRIO, *Il diritto nell'emergenza. Attualità e prospettive evolutive*, in *Ius in Itinere* 3/05/2021.

<sup>168</sup> Come, ad esempio, l'abuso della decretazione d'urgenza nel periodo ordinario: si veda, tra gli altri: S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n.2/2020, p. 531-557; spec. p. 532.

<sup>169</sup> È stato proposto dal partito Italia Viva.

<sup>170</sup> S. STAIANO, *op. cit.*, p. 536. L'Autore ha evidenziato come, in realtà, non bisognerebbe far riferimento a questi Paesi in quanto, nel contesto dell'emergenza attuale hanno agito attraverso la legislazione ordinaria, non riscontrandosi «nessuna applicazione delle clausole costituzionali eccezionali».

<sup>171</sup> Consapevoli che questi "correttivi" possano avvenire soltanto *pro futuro*, non essendo ragionevole introdurre delle modifiche costituzionali durante l'emergenza, sul punto S. STAIANO, *ibidem*.

Disciplinare il limite ultimo attraverso una legge ordinaria significa affidare al Parlamento, quindi ad una maggioranza contingente, la *Kompetenz-Kompetenz* dell'emergenza, ne consegue che esso ha la possibilità di modificare i limiti dello stato d'emergenza durante l'emergenza stessa. Ci si chiede: come può una maggioranza parlamentare che attraversa l'emergenza avere la serenità per poter legiferare sul contenimento dello stato d'emergenza?

Se si pensa, inoltre, che la disciplina attuale consente il non coinvolgimento del Parlamento, né per la dichiarazione dello Stato d'emergenza, né durante le successive proroghe, a cui si aggiunge la notoria perdita di centralità del Parlamento nell'ordinamento costituzionale anche nel periodo ordinario, si comprende come l'emergenza comporti un vero e proprio accentramento di poteri nell'esecutivo che lascia perplessi circa la vera *Kompetenz Kompetenz* dell'emergenza.

Uno squilibrio che la disciplina attuale accentua anche nei confronti del giudice di legittimità, laddove prevede, all'art. 24 co. 5<sup>172</sup> del Codice della protezione civile, che la deliberazione dello stato d'emergenza non possa essere sottoposta a controllo preventivo di legittimità.

L'assenza di un controllo preventivo di legittimità non è da sottovalutare, se si pensa anche che nell'ordinamento italiano non è previsto un sindacato preventivo di costituzionalità – come avviene in Francia, e come sia stato utilizzato proprio per verificare la possibilità di proroga<sup>173</sup>.

Dagli errori che hanno permesso l'instaurarsi del fascismo si è pensato di edificare la Repubblica su una Costituzione rigida, assistita da due organi di garanzia: il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale. Se non dagli errori, perlomeno dalle distonie che sono emerse durante questa emergenza sanitaria, sarà necessario provvedere, in futuro, con una rivisitazione della disciplina dello stato d'emergenza.

Sebbene l'ordinamento democratico sia tutelato dai garanti, in futuro sarà bene rafforzare queste tutele, prevedendo un loro intervento specifico proprio nella disciplina dello stato d'emergenza.

In primo luogo, sarà necessario porre il Parlamento in una posizione privilegiata, quale necessario interlocutore per l'instaurazione dello stato d'emergenza: sia che ciò sia realizzato attraverso una disposizione di legge, sia che ciò sia previsto nella stessa Costituzione. Prendendo come esempio le situazioni emergenziali disciplinate in Costituzione, si dovrà, inoltre, definire con maggior cura la disciplina dell'instaurazione e della cessazione dello stato d'emergenza.

Per l'instaurazione (nonché per le successive proroghe) appare necessario, alla luce di quest'analisi, prevedere un termine ultimo entro il quale il Parlamento debba "sanare" la dichiarazione dello Stato d'emergenza promulgata dal Governo e, laddove non concordasse sulla necessità di ricorrervi, possa invalidare con effetto *ex tunc* lo stato emergenziale.

---

<sup>172</sup> Ex art. 24 c. 5 del Codice della protezione civile: «le deliberazioni dello Stato di emergenza di rilievo nazionale non sono soggette al controllo preventivo di legittimità di cui all'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni».

<sup>173</sup> Sul punto, si veda in *dirittifondamentali.it: La Corte costituzionale francese sulla legge che autorizza la proroga dello stato di emergenza sanitaria e adotta diverse misure di gestione della crisi sanitaria, legge n. 2020-1379 del 14 novembre 2020 (Conseil Constitutioneel, sent. n. 2020-808 DC, del 13.11.2020)*.

Per la cessazione, invece, appare necessario stabilire in Costituzione un termine ultimo e inderogabile entro cui possa estendersi lo Stato d'emergenza.

Queste due precisazioni, se inserite a livello costituzionale, attuerebbero una duplice garanzia: quella di evitare abusi da parte del Governo nei confronti del Parlamento, nonché quella ulteriore di evitare che una maggioranza parlamentare contingente possa detenere la *Kompetenz-Kompetenz* sullo stato d'emergenza. Si noti bene però: una disciplina limitativa, volta soltanto a definire e rigidamente contenere lo stato d'emergenza, non a legittimarlo a livello costituzionale, per non incorrere ad una legittimazione più ampia dello stesso (collocandolo al vertice delle fonti).

Si è aperta questa trattazione con un monito del costituzionalista Gaetano Azzariti: quello di tornare alla normalità dopo aver sconfitto il comune nemico, pena il precipitarsi nel buio della Repubblica.

Ci si chiede: aver prorogato oltre il limite stabilito per legge lo stato d'emergenza non rappresenta un pericoloso precedente che ben potrebbe far precipitare in un buio giuridico la storia della Repubblica? «Lo stato di crisi non può essere fonte che legittima tutto»<sup>174</sup>. Occorre, infatti, tener bene in mente che «non possiamo pensare che sarà possibile rimuovere gli avvenimenti e che si possa tornare tranquillamente al mondo di prima, ma non possiamo però neppure accettare che l'emergenza si faccia regola»<sup>175</sup>: una regola che auto-legittimi se stessa. Uno stato d'emergenza che "oltre" la legge, perpetui se stesso.

#### **4.5. Esiste una responsabilità dello Stato per la gestione della pandemia?**

In primo luogo, occorre precisare che, al momento, non esiste una responsabilità dello Stato per la gestione della pandemia, si vuole, in questo contesto ragionare sull'eventuale possibilità di introdurla *pro futuro*, come istituto di controllo controdemocratico<sup>176</sup>.

Negli anni Novanta, è stata proposta in dottrina, in modo provocatorio, la responsabilità dello Stato per legislazione contraria a Costituzione<sup>177</sup>. Enzo Zoppo avvalorava la sua tesi sulla base dell'esistenza della responsabilità dello Stato per legislazione contraria all'ordinamento

---

<sup>174</sup> M. C. SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID- 19"*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. n. 3/2020.

<sup>175</sup> G. AZZARITI, *op. cit.*

<sup>176</sup> P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia, 2006 Edition du Seuil*, Parigi- Edizione italiana Castelvechi 2012. A fronte dell'erosione della fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche Pierre Rosanvallon contrappone una concezione e una funzione positiva della sfiducia: la controdemocrazia, una modalità di partecipazione che non è il contrario ma piuttosto il completamento della democrazia, attraverso la quale la società civile sorveglia e stimola le istituzioni. Una democrazia della sfiducia organizzata che si confronta con quella della legittimità elettorale. La controdemocrazia diventa parte integrante delle istituzioni e, attraverso una continua sorveglianza e correzione, ne prolunga ed estende l'efficacia.

<sup>177</sup> L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale del legislatore (muovendo dalle riflessioni di Enzo Roppo)*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

dell'Unione<sup>178</sup>. Secondo quest'ipotesi dottrinale, il soggetto danneggiato dalla legge incostituzionale sarebbe legittimato ad azionare dinanzi al giudice civile pretese di risarcimento del pregiudizio subito a causa dell'esercizio *contra ius* del potere legislativo Alessandro Pizzorusso<sup>179</sup>, nell'indagare sull'esistenza di tale responsabilità nell'ordinamento italiano, ha evidenziato come, in Francia, tale possibilità sia stata messa a fuoco ancora nel lontano 1938, nella sentenza del Consiglio di Stato *La Fleurette*<sup>180</sup>; mentre in Italia fatica (ancor oggi) ad esser messa in risalto, a causa dei parametri con cui confrontare la legge che tale responsabilità dovrebbe determinare. Inizia, così, a vagliare la configurabilità di una tale responsabilità, legandola all'art. 2043 c.c.: affinché di responsabilità si possa parlare, si deve far leva sulla "sussistenza di un danno"<sup>181</sup>, nonché sull'"ingiustizia dello stesso"<sup>182</sup>.

Il caso più noto della responsabilità per atti illegittimi è stato, in Italia, l'espropriazione per pubblica utilità (ex. art. 46, l. 25 giugno 1865): ben potendosi ravvisare -nel caso *de quo*- una violazione del principio di uguaglianza<sup>183</sup>. Ma nella valutazione più generale della responsabilità dello Stato, Alessandro Pizzorusso sottolinea che entrerebbero in gioco il più generale principio di legalità, nonché il principio democratico<sup>184</sup>.

Nonostante queste costruzioni, nel 2016<sup>185</sup> la Cassazione ha escluso l'esistenza di una tale responsabilità: tale questione, difatti, deve essere valutata nell'ambito dell'esercizio di separazione dei poteri, laddove il giudice, espressione del potere giudiziario, si troverebbe a sindacare su scelte operate dall'organo legislativo<sup>186</sup>. Tale principio, nella valutazione della Corte, risulta di preminente importanza anche a fronte della non effettività o della pienezza della tutela dei cittadini. Essa esclude, inoltre, eventuali analogie con la responsabilità dello Stato per legislazione

---

<sup>178</sup> La tesi della responsabilità dello Stato per violazione di atti legislativi poi successivamente dichiarati incostituzionali era stata già proposta in dottrina, si veda: L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1960.

<sup>179</sup>A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Il foro italiano*, Vol. 126, No. 9 (settembre 2003), p. 175 – 176 – 183 – 184.

<sup>180</sup> *Conseil d'État*, 14/01/ 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, in *Recueil Lebon*, 25.

<sup>181</sup> A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit. A. Pizzorusso ha spiegato come il merito di ammettere una tale responsabilità consistesse «nell'ammettere la possibilità di riconoscere come danno, in senso civilistico, le conseguenze sfavorevoli che un provvedimento legislativo può arrecare a taluni soggetti privati, anche se l'impossibilità di promuovere il controllo della sua costituzionalità ha certamente rappresentato una forte limitazione dei risultati così acquisiti».

<sup>182</sup> *Ivi*, p. 182.

<sup>183</sup> *Ibidem*.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> Cassazione civile, sezione III, sentenza 22/11/2016, n. 23730. Il caso trae origine dalla citazione in giudizio della ragione Marche (da parte dell'amministrazione fallimentare di una società) affinché l'autorità giudiziaria ne accertasse la responsabilità ai sensi dell'articolo 2043 c.c. e, per l'effetto, la condannasse al risarcimento del danno, per aver emanato legge regionale n. 25 del 2011, poi dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 307 del 2013. La domanda attorea veniva accolta in primo grado, con conseguente condanna della regione Marche al risarcimento del danno; in Appello la sentenza veniva, invece, riformata perché, pur ravvisando una responsabilità dell'ente regionale assimilabile a quella dello Stato per mancata, inesatta o tardiva trasposizione di direttive dell'UE, non sarebbe stato sussistente nel caso di specie un diritto tutelabile in giudizio. Avverso la sentenza di secondo grado proponeva ricorso per Cassazione l'amministrazione fallimentare sulla base di sei motivi di ricorso, ed in particolare perché la Corte d'Appello, sebbene avesse ravvisato la sussistenza di una responsabilità legislativa della regione Marche, avrebbe poi motivato illogicamente circa l'inapplicabilità del disposto dell'art. 28 Cost. alla fattispecie concreta.

<sup>186</sup> Una scelta giurisprudenziale di tipo diverso, infatti, finirebbe - di fatto - per porre dei pericolosi limiti al legislatore, che si troverebbe in buona sostanza a svolgere un'attività che non sarebbe più realmente libera nei fini, laddove lo Stato fosse tenuto a risarcire i danni patiti dai singoli per effetto degli atti normativi da esso adottati.

contraria all'ordinamento dell'Unione europea, in quanto tale responsabilità ha valore "esterno"<sup>187</sup> a fronte del non rispetto di un obbligo derivante da un ente superiore, e quindi, non "interno" al fine del risarcimento dei cittadini. La Cassazione aderisce, quindi, alla dottrina più estrema che ravvisa nella configurazione di una tale responsabilità una violazione del fine dell'attività legislativa.

Ma la valorizzazione del principio di separazione dei poteri ha senso nell'ambito della funzionalità fisiologica dell'ordinamento, non nell'eventualità in cui, patologicamente, si esca da tale fisiologia: ne dà un esempio A. Poulou, con riferimento alla sindacabilità delle scelte legislative quando queste siano state effettuate in "attuazione" delle misure di *austerità*<sup>188</sup>. In questo caso, difatti, perché salvaguardare il solo principio di separazione dei poteri a scapito del principio democratico? Lo stesso ragionamento si potrebbe effettuare, *mutatis mutandis*, per la gestione dello stato d'emergenza, a maggior ragione in virtù del fatto che lo stato d'emergenza è di per sé un'alterazione dell'equilibrio costituzionale, anche se consentita a livello normativo al fine della conservazione dello stesso.

A proposito della proroga cui si è fatto ampiamente riferimento, occorre chiedersi: lo Stato, ha vigilato a sufficienza affinché il superamento dello stato d'emergenza avvenisse prontamente e nel minor sacrificio possibile di tutti i diritti costituzionali in gioco? E soprattutto, l'ordinamento possiede gli anticorpi per poter reagire nei confronti di un'eventuale lesione del principio democratico?

In questo senso, si può imputare allo Stato (complessivamente inteso) per condotta omissiva, una *culpa in vigilando* (art. 2048 e 2051 c.c.) o, quantomeno, una *culpa in organizzando* (art. 2043 cc), similmente a quanto avviene nel diritto privato in capo a coloro che sono tenuti alla sorveglianza di determinate persone reputate non in grado di ritenersi pienamente conto delle proprie azioni?

In fondo, lo Stato dovrebbe avere un "dovere di vigilanza", un dovere di vigilanza *extra-ordinario* che ha assunto contestualmente all'assunzione *extra-ordinaria* dei poteri di emergenza.

Sul piano civilistico si è fatto riferimento alla responsabilità extracontrattuale, si potrebbe, però, ragionare anche di responsabilità contrattuale. Con la proclamazione dello stato d'emergenza, lo Stato ha assunto su di sé l'intera gestione della pandemia, in una sorta di contratto stipulato con i cittadini al fine di raggiungimento di un determinato scopo:

---

<sup>187</sup> M. CAPUTO, *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste*, Nota a Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 23730 del 22/11/2016, Est. Di Amato, in *iurisprudenzia.it*. Al riguardo, in questo caso si giustifica in virtù della *primauté* del diritto comunitario su quello italiano, nonché del principio di leale collaborazione tra Stati membri, per cui la condotta dello Stato italiano può essere considerata *non iure* soltanto sul piano sovranazionale, ma non su quello interno.

<sup>188</sup> A. POULOU, *Risposte giudiziarie alle misure di austerità: il caso della Grecia*, in C. MARGIOTTA (a cura di), *Europa: diritto della crisi e crisi del diritto*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 139- 161. L'Autrice analizza il complesso rapporto della distribuzione dei compiti tra organi costituzionali (Corti e Parlamenti) in ordine alla sindacabilità delle scelte del Parlamento, attuate per ottemperare all'obbligo di attuazione delle misure di *austerità*. A tal proposito, l'Autrice afferma: «Questa regola generale di distribuzione dei compiti tra organi costituzionali- Corti e Parlamenti- trova tuttavia applicazione quando l'ordinamento democratico funziona correttamente. Nondimeno, si può sostenere che, durante la crisi dell'Eurozona, l'equilibrio tra i diversi organi costituzionali si sia alterato in maniera significativa. Le politiche sociali attuate nel rispetto delle condizioni di assistenza finanziaria sono state sottratte al dibattito pubblico e allo scrutinio parlamentare» (p. 156).

il superamento dell'emergenza. In questo caso, si potrebbe configurare una violazione della responsabilità contrattuale (configurabile ex art. 1218 c.c.) conseguente all'inadempimento di un'obbligazione assunta (superamento della pandemia)? Lo Stato, prorogando oltre il tempo previsto dalla legge lo stato d'emergenza, non ha già, di per sé, violato il principio democratico che sopporta la configurazione dello stato d'emergenza soltanto entro limiti ben definiti *ex ante*?

Si è visto che, facendo riferimento ad un'eventuale configurabilità di una responsabilità statale a fronte della gestione della pandemia, l'indagine si è svolta sul piano del diritto civile. Perché, allora, non far ricorso direttamente al diritto costituzionale? In realtà, la stessa Costituzione è un contratto ("*pactum consociationis*") tra Stato e cittadini e, a fronte di un'eventuale non rispetto di questo patto fondamentale, si dovrebbe ricorrere in primo luogo ai garanti della Costituzione e, quale *extrema ratio*, all'invocazione del terribile potere costituente. Per questo, sarebbe auspicabile disciplinare, almeno *pro-futuro*, una "*responsabilità dello Stato per violazione della Costituzione*", nel rispetto e per la difesa del principio democratico, in questo modo, difatti, si configurerebbe un rimedio interno al sistema ordinamentale e si immaginano già i cultori di diritto processuale ragionare di rapidi strumenti dell'urgenza da approntare al fine di assicurarne una garanzia previa; piuttosto che di una postuma, ed eventuale, risarcitorietà.

Si deve concludere che la costituzionalità di ciascuna misura adottata durante lo stato d'emergenza debba necessariamente essere valutata all'interno di una visione olistica<sup>189</sup>, che tenga conto dell'intera gestione della pandemia (ed in caso altresì della condotta dei suoi gestori), e che abbia come fine il superamento dell'emergenza sanitaria, nel più breve tempo possibile e nella migliore salvaguardia dello Stato costituzionale e democratico. Per questo l'obbligo vaccinale (accertata la disponibilità delle dosi), a parere di chi scrive, sarebbe stata la strada più coerente; al contrario, l'adozione del *green pass*, una misura non pienamente efficiente.

A conclusione, non si può non ammettere che l'emergenza sia diventata un valido punto di partenza per ragionare su come intervenire *pro futuro*, a tutela dell'ordinamento democratico. La pandemia da *Covid-19* ci ha colti alla sprovvista, ma ci ha fatto conoscere - e riconoscere - le fragilità del sistema e ci ha posto davanti al necessario compito, non disertabile, che ne deriva: quello di intervenire in futuro, nella direzione del massimo consolidamento della democrazia.

---

<sup>189</sup> Ed è proprio la visione olistica che ci porta a ragionare oltre lo Stato italiano, sul piano internazionale: si potrebbe configurare, a tutela della salute pubblica, una responsabilità statale di eventuali Stati esteri per la diffusione della pandemia? Segnalo, per una attenta valutazione del conflitto tra *jus imperii* e diritto alla salute, un articolo cui ho avuto l'onore di contribuire: S. ADAMO, *L'eterno conflitto tra Jus imperii e tutela del diritto alla salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, fasc. n. 1/2021.