

La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali: prime note*

di Filippo Vari

SOMMARIO: 1. Le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali per il contenimento della pandemia. – 2. La Costituzione repubblicana e la salute collettiva. – 3. Come valutare la proporzionalità delle misure adottate. – 4. Uno sguardo sul futuro.

1. *Le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali per il contenimento della pandemia*

La pandemia di Coronavirus 19 ha rappresentato, insieme all'emergenza terroristica, la sfida più grande per la Costituzione italiana dalla sua entrata in vigore.

Nel nostro ordinamento la protezione dei diritti fondamentali, negli ultimi due anni, è stata sottoposta a un durissimo *stress test*, per mutuare un'immagine dal mondo dell'economia. Con soddisfazione si può affermare che, ancora una volta, la Carta fondamentale, nella parte iniziale sui Principi fondamentali e nella Parte prima dedicata ai "Diritti e doveri dei cittadini", ha dimostrato una straordinaria attualità.

In questa sede è impossibile ripercorrere analiticamente tutte le limitazioni ai diritti fondamentali imposte dall'esigenza di contenere la pandemia.¹ Esse sono, oltretutto, note, facendo parte della esperienza vissuta da tutti noi dal marzo 2020: si pensi al primo *lockdown*, caratterizzato da fortissime limitazioni alla libertà di circolazione, con la possibilità di uscire dal proprio domicilio solo per necessità, motivi di salute o di lavoro; dalle misure restrittive della libertà di riunione, con il divieto di assembramenti; dalle restrizioni alla libertà religiosa, con la partecipazione alle celebrazioni liturgiche preclusa ai fedeli; dal restringimento della libertà d'iniziativa economica, con la chiusura o la forte limitazione di una serie di attività commerciali. Si ricordi, inoltre, il c.d. coprifuoco dello scorso anno, cioè la restrizione di nuovo alla libertà di circolazione oltre una certa ora, con le eccezioni sopra richiamate in relazione al primo lockdown, e le conseguenti restrizioni a tutti gli altri diritti di libertà connessi alla circolazione (riunione, iniziativa economica, etc.).

Si è trattato di una serie di misure che hanno ristretto il godimento di diversi

*Questo lavoro è stato elaborato nell'ambito del PRIN "Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato", cui partecipata un'unità dell'Università Europea di Roma, diretta dalla prof.ssa Loredana N.E. Giani Maguire, e riprende l'intervento dell'autore in occasione del webinar *Pandemia e diritti fondamentali*, organizzato dalla Università Europea di Roma, il 28 gennaio 2022, al quale hanno partecipato i proff. Crisanti, Giani, Nicotra, Ricolfi, Validitara.

¹ Una trattazione più compiuta può essere rinvenuta in AA.VV., *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini, G. Scaccia, Torino, 2020.

diritti fondamentali in misura mai vista prima nella vita repubblicana e difficilmente immaginabile fino a due anni fa.²

2. *La Costituzione repubblicana e la salute collettiva*

Per offrire una valutazione di carattere generale sulla compatibilità di tali misure con la Costituzione repubblicana occorre, anzitutto, ricordare che quest'ultima, per garantire la salute collettiva, contiene una serie di clausole suscettibili di aprire ampie possibilità a restrizioni dei diritti fondamentali: dall'art. 16 Cost., che consente limitazioni alla libertà di circolazione per "fini di sanità", rientrando in tale fattispecie il contenimento delle epidemie e le emergenze determinate da pubbliche calamità, all'art. 17, che prevede limitazioni alla libertà di riunione "per comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica". Nel quadro costituzionale un ruolo fondamentale spetta, poi, all'art. 32 Cost. che, com'è noto, prevede che la salute è "fondamentale diritto dell'individuo" e, al tempo stesso "interesse della collettività", chiarendo che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" e che tale trattamento debba avvenire nei "limiti imposti dal rispetto della persona umana".

L'art. 32 Cost., per dirla con la giurisprudenza costituzionale, "postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività".³

3. *Come valutare la proporzionalità delle misure adottate*

Se si passa, poi, a fare una valutazione, sia pure qui limitata a un'analisi di carattere generale, in ordine alla proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali degli ultimi due anni, applicando uno schema utilizzato da tanti Tribunali costituzionali⁴ si può rilevare che, al di là delle singole e specifiche

² Cfr. al riguardo M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020, 45 s., il quale evidenzia che "la diffusione della pandemia in Italia ha portato [...] all'adozione di una serie di misure limitative dei diritti senza precedenti nella nostra storia costituzionale".

³ Corte costituzionale, sent. n. 5 del 2018, §. 8.2.1. del *Considerato in diritto*.

⁴ Nel 2013 M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*, Relazione per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, nel sito della Corte costituzionale, pag. 6 del dattiloscritto, evidenziava come fosse "del tutto estraneo all'esperienza italiana" l'affinamento "di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità, così diffuso in altre esperienze"; significativi passi avanti sono stati fatti, tuttavia, da allora dal giudice delle leggi italiano e per l'evoluzione più recente della giurisprudenza v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 127 ss.

previsioni, la drammaticità della situazione ha legittimato misure molto incisive.

Dove si fonda la legittimazione di tali misure? Anzitutto sui beni che esse miravano a salvaguardare. Va, infatti, ricordato che lo scopo principale del primo lockdown del marzo 2020 e di quello dell'autunno/inverno successivo è stato di proteggere non solo la salute, ma anche la vita delle persone e, più in generale, la tenuta complessiva dell'ordinamento, la pace sociale o, per dirla più semplicemente, ma anche più precisamente, l'ordine pubblico:⁵ quando, infatti, si rischia il collasso degli ospedali, si versa in una situazione nella quale le istituzioni e, più in generale, l'ordinamento rischiano di non essere più in grado di garantire la "ordinata convivenza civile".⁶

Ravvisata, così, la legittimità dei fini perseguiti con le restrizioni imposte per il contenimento della pandemia, occorre domandarsi se i mezzi stabiliti fossero coerenti tali fini. In proposito, depongono in senso positivo le considerazioni di tanti scienziati, a partire da quelli presenti nel Comitato tecnico scientifico, sul quale peraltro ci sarebbe molto da dire, come pure i risultati che le misure di contenimento della pandemia hanno prodotto e, al contrario, gli effetti determinati dal loro allentamento, sempre connesso a un aumento del numero di contagi.

Quanto, poi, alla esistenza di mezzi meno invasivi per far fronte all'emergenza, sicuramente nel primo *lockdown* si è scontata un'eccessiva rigidità delle misure, come ha dimostrato l'esperienza dello inverno scorso, in cui non si è giunti a imporre una chiusura generalizzata come quella dell'anno precedente. Il pur necessario primo *lockdown* del 2020 avrebbe potuto avvenire in forme più leggere, come ci dimostra anche l'esperienza comparatistica.⁷ Si pensi ai diversi Paesi europei, in cui era possibile uscire di casa per attività fisica senza particolari restrizioni, presenti invece nel nostro Stato. Purtroppo la scarsa conoscenza delle caratteristiche del virus e la difficile situazione italiana già nel momento in cui si sono imposte le prime restrizioni ha spinto per decisioni rigidissime, anziché ricercare strade meno dure per raggiungere il medesimo risultato. In questo contesto non si possono non stigmatizzare i limiti alla libertà d'informazione,

⁵ In proposito sia consentito il rinvio a F. VARI, F. PIERGENTILI, "To no other end, but the... Safety, and public good of the People": le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di Covid-19, in *Rivista AIC*, 1/2021, 331 ss.

⁶ Nella quale si sostanzia il concetto di ordine pubblico: così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 127.

Al riguardo A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in www.giustiziasieme.it, nota che, nel contenimento della pandemia di Covid 19, "è in gioco – piaccia, o no, dobbiamo averne piena consapevolezza – la sopravvivenza stessa della Costituzione, nell'insieme dei valori fondamentali in essa positivizzati e nelle norme che vi danno voce e svolgimento, e, con essa, della società e dello Stato al quale tutti apparteniamo".

⁷ Un utilissimo strumento per la comparazione è il sito <https://www.comparativecovidlaw.it/>. Cfr., inoltre, i contributi nel volume AA.VV., *Pandemocracy in Europe. Power, Parliaments and People in Times of COVID-19*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2022.

soprattutto, ma non solo, della comunità scientifica, quanto ai dati disaggregati relativi alla pandemia. In nome della *privacy*, le amministrazioni pubbliche hanno deciso di non fornire, diversamente da quanto avviene in altri Paesi, dati più precisi sullo sviluppo della pandemia, che avrebbero consentito un miglior controllo sulla proporzionalità delle misure e, in particolare, sulla coerenza tra i fini posti dal legislatore e gli strumenti prescelti, come pure sull'esistenza di rimedi meno invasivi per il raggiungimento dei fini sopra esposti.

Infine, quanto alla “proporzionalità in senso stretto”, anche sotto tale profilo si può sollevare qualche perplessità o critica in riferimento a singole restrizioni, come ad es. la durata dei divieti di celebrazioni religiose che si è protratto addirittura oltre il termine per la ripresa di alcune attività certamente più pericolose;⁸ ma in linea generale è difficile sostenere l'irragionevolezza delle restrizioni ai diritti fondamentali di cui si è detto, anche alla luce del difficile e complesso quadro pandemico e delle finalità che esse si proponevano.

4. *Uno sguardo sul futuro*

Se questo è un rapido quadro di quanto avvenuto in passato, e senza poter in questa sede soffermarsi su profili più legati alla teoria delle fonti del diritto – sui quali ci sarebbe anche molto da riflettere⁹ – occorre interrogarsi sul futuro. Un futuro nel quale la scienza insegna che nel breve periodo non riusciremo a liberarci del Sars COV2 e, anzi, dovremo abituarci a convivere con il virus.

A tal proposito si può affermare, sempre in linea generale, che la compatibilità con la Costituzione delle decisioni che assumerà il legislatore dipende dall'impatto dello stesso morbo. Siamo, infatti, di fronte a un caso in cui il fatto incide fortemente, in maniera determinata, sulla valutazione della normativa:¹⁰ se il COVID si riducesse, come speriamo tutti, a un'influenza, verrebbero meno le ragioni sopra esposte che hanno legittimato la restrizione a tanti diritti fondamentali negli ultimi due anni.

Se viceversa, come è oggi e come sembra probabile, il virus continuasse a mantenere, oltre che una grande diffusione, una significativa letalità, rimarrebbe aperta la possibilità di ricorrere a misure restrittive del godimento dei diritti fon-

⁸ Importanti considerazioni, invece, in relazione al diritto di difesa in M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo*, in *Sistema penale*, 2021, su Internet all'indirizzo <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/bontempelli-emergenza-covid-ragionevole-durata-processo-penale>.

⁹ Al riguardo v. quanto meno M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum in onore di Pasquale Costanzo*, nonché in *Rivista AIC*, 2020, 109 ss.; I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021.

¹⁰ Cfr. in proposito A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione*, cit.

damentali. In questa prospettiva, pare senz'altro da condividere l'autorevole proposta di migliorare significativamente il sistema di tracciamento,¹¹ ricorrendo agli strumenti digitali. In altra sede abbiamo provato a esporre le ragioni per le quali la Costituzione può tollerare un sistema di tracciamento dei contatti in assenza del consenso dell'interessato, sia pure con la certezza assoluta che i dati siano utilizzati solo al fine di contenere la pandemia.¹² Inoltre, nella seconda ipotesi, sarebbe ben possibile ricorrere allo strumento della vaccinazione obbligatoria. Essa, infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale, anche recente, sarebbe legittima alle seguenti condizioni: "se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato".¹³ La presenza di queste tre condizioni legittima, dunque, il legislatore a prevedere un obbligo vaccinale per arginare la pandemia.

Al di là di singole soluzioni da proporre, peraltro, dalla Costituzione sembrerebbe potersi trarre anche un metodo, il cui rispetto dovrebbe essere foriero di profonde conseguenze per l'organizzazione sociale.

La Corte costituzionale, in una notissima decisione di quasi dieci anni fa, ha ricordato che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri"; altrimenti "si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".¹⁴

Questo passaggio della giurisprudenza costituzionale ha avuto grande fortuna nel dibattito pubblico e scientifico. Esso, tuttavia, come tutti i passaggi delle sentenze, necessita di essere contestualizzato. Come nota autorevole dottrina, infatti, la dignità, pur essendo un diritto fondamentale, si sottrae al bilanciamento.¹⁵ Lo stesso dovrebbe accadere, però, per la vita, che la stessa Corte costituzionale riconosce come primo di tutti i diritti, in quanto presupposto per il godimento di tutti gli altri.¹⁶

¹¹ Autorevolmente lanciata dal prof. Crisanti e dal prof. Ricolfi

¹² Sia consentito il rinvio a F. VARI, F. PIERGENTILI, "To no other end, but the... Safety, and publick good of the People", cit., 328 ss.

¹³ Corte cost., sent. n. 5 del 2018, §. 8.2.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 85 del 2013, §. 9 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Cfr. A. RUGGERI, *Appunti per uno studio della dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 3 ss. Ivi dottrina sul punto.

¹⁶ Al riguardo sia consentito il rinvio a F. VARI, F. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 7 ss.

Non si possono porre sullo stesso piano la vita delle persone e diritti fondamentali, pur importantissimi, come ad es. quello all'istruzione. Perché è vero che i giovani hanno diritto ad andare a scuola e a ricevere istruzione. Ma è altrettanto vero che ciò non può avvenire a scapito della loro vita – anche se grazie a Dio i casi di effettivo rischio dei minori sembrano rarissimi e collegati alla presenza di altre malattie – di quella dei membri delle loro famiglie, di quella dei docenti e del personale scolastico. E allora come se ne esce? Si può garantire, ad es., l'istruzione senza mettere a repentaglio la vita? Certo, ma ciò richiede, sin da oggi, una profonda riorganizzazione della nostra società. Dalla Costituzione ovviamente non si possono trarre le indicazioni specifiche e le soluzioni che spetta individuare, invece, al legislatore e, dunque, alla politica, con l'aiuto della scienza. Ma dalla Carta fondamentale può trarsi un metodo. E cioè quello di porre al centro delle scelte e delle decisioni pubbliche l'uomo,¹⁷ “pietra d'angolo della Costituzione”, come ebbe a definirlo Giorgio La Pira.¹⁸ L'uomo non astratto, in una situazione pre-pandemica che tutti vorremmo ritornasse, ma nessuno può realizzare; ma, per riprendere, adattandola, una nota espressione di Burdeau, “l'homme situé”,¹⁹ nella contemporaneità della pandemia, con i suoi bisogni, ai quali si aggiungono oggi grandi paure.

Che vuol dire in concreto? Vuol dire che, nell'ipotesi del perdurare di una significativa pericolosità del virus, le autorità politiche sono chiamate a esplorare

Pur non condividendo l'impossibilità di bilanciare il diritto alla vita, A. RUGGERI, *Il referendum sull'art. 579 cp: inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in AA. VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 cp*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, 2022, disponibile su Internet all'indirizzo <http://www.amicuscuriae.it/wp-content/uploads/2022/01/volume-intero-Amicus-Curiae-2021.pdf>, 194 ricorda come la vita è “un diritto, anzi il primo dei diritti fondamentali (non già nel senso che si ha il diritto di venire al mondo bensì nell'altro che, una volta venuti alla luce, si ha il diritto di restarvi, perlomeno fino a quando è possibile), dal momento che senza di essa non sarebbero neppure immaginabili i restanti”. Nella giurisprudenza costituzionale v., in particolare, Corte cost., sentt. n. 223 del 1996, n. 35 del 1997 e, più recentemente, ord. n. 207 del 2018, sent. n. 42 del 2019, nonché, da ultimo, sent. n. 50 del 2022. Su quest'ultima v. A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2022, 464 ss.

¹⁷ Cfr. sul tema A. LOIODICE, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni extraordinamentali*, Bari, 2000, 34, per il quale poiché “la Costituzione ha fatto una precisa opzione; ha posto al centro del sistema giuridico costituzionale il riconoscimento dell'uomo, della persona umana con la sua dignità”, “laddove si commette l'errore antropologico di collocare, non l'uomo, ma altra entità nel punto focale delle iniziative, delle azioni e delle decisioni, lì si commette anche un errore giuridico”.

¹⁸ G. LA PIRA, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, 1981 s., disponibile su Internet, nel sito della Camera dei deputati.

¹⁹ Su tale concetto v. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2011, disponibile su Internet all'indirizzo https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/Relazione_prof_Luciani.pdf, pag. 19, nt. 61; V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 23.

tutte le strade per proteggere l'uomo e il suo diritto alla vita – che è la ragione prima della loro stessa esistenza²⁰ – e al contempo assicurargli il godimento dei diritti fondamentali. E allora, ancora più in concreto? Vuol dire che si può addirittura giungere a configurare, come evidenziato da Antonio Ruggeri,²¹ un dovere per il Parlamento di ricorrere all'obbligo vaccinale, se utile per il singolo e per la comunità, secondo quanto innanzi evidenziato. Vuol dire utilizzare tecniche di tracciamento digitale dei contatti, sul modello delle democrazie, non delle autocratie, asiatiche. Vuol dire rendere più flessibile la Pubblica amministrazione e, in particolare, servizi come quello scolastico e quello sanitario. Ma possibile che, in epoca di pandemia, debba continuare il rigido schema per cui i bambini delle elementari debbano stare da orario fisso almeno 30 ore settimanali a scuola senza possibilità di concordare tra famiglie e scuole forme di flessibilità che alleggeriscano le strutture e i servizi, lasciandoli più fruibili per coloro che realmente ne hanno bisogno? Si pensi, poi, alla lentezza con cui si procede nelle classi all'installazione di sistemi di areazione che consentano di limitare i contagi tra gli studenti.²²

E che dire del sistema sanitario, nel quale si è dimostrata, sia pure con virtuose eccezioni, l'inadeguatezza del sistema dei medici di base, ancora pagati forfettariamente per iscritti e non a prestazione, come invece in altri Paesi dell'UE, e senza un effettivo controllo degli ordini sull'adeguatezza degli studi medici e delle strumentazioni utilizzate?

Si tratta ovviamente solo di alcune proposte che, però, s'ispirano al metodo sopra indicato. Nella speranza che, seguendo questo metodo, in futuro, noi, i nostri figli, i nostri nipoti non vedremo più le scene cui abbiamo assistito due anni fa. In fondo, come si notava acutamente a commento di questo periodo, nell'ordinario, quando non ci sono emergenze, nel nostro Paese si è abituati a organizzarsi e a superare con creatività le difficoltà. Quando, però, arriva la crisi la differenza la fa non soltanto il cuore delle persone, aspetto per il quale l'Italia, fieramente, ha dato e dà grandi esempi. Ma lo fa anche l'organizzazione di un Paese. E per essa è fondamentale rispettare il metodo sopra indicato: l'uomo prima di tutto.

²⁰ Al riguardo cfr. già T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, 1651, cap. 14: “*The motive, and end for which this renouncing, and transferring of Right is introduced, is nothing else but the security of a mans person, in his life, and in the means of so preserving life, as not to be weary of it*”; J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1690, Essay Two, §. 131: “*But though Men when they enter into Society, give up the Equality, Liberty, and Executive Power they had in the State of Nature, into the bands of the Society, to be so far disposed of by the Legislative, as the good of the Society shall require; yet it being only with an intention in every one the better to preserve himself his Liberty and Property*”.

²¹ Al riguardo v. A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto*, cit.

²² Cfr. al sul tema L. RICOLFI, *Aerazione a scuola, per battere il Covid la ricetta è semplice ma l'Italia si ostina a ignorarla*, in *Repubblica*, 19 febbraio 2022, disponibile su Internet.