

Pasquale Pantalone,
La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi,
prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali
secondo il diritto amministrativo,
Napoli, Editoriale scientifica, 2023

Recensione di Gino Scaccia*

Il libro di Pasquale Pantalone *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri* si raccomanda alla lettura per la rilevanza dei temi che fa oggetto di indagine, ma anche – e direi soprattutto – per la scelta dell’angolo visuale. L’Autore analizza i fenomeni di trasformazione giuridica indotti dalla crisi pandemica da Covid-19, che, secondo il suo condivisibile giudizio, ha provocato “la più ampia, prolungata e generalizzata interferenza” nella storia repubblicana “su una moltitudine di situazioni soggettive costituzionalmente protette” (pag. 14); e lo fa da un punto di vista originale. Direi anzi dal punto di osservazione più scomodo e politicamente meno appagante, meno à la page.

Pantalone non si pone, infatti, nella prospettiva “dei limiti costituzionali all’ingerenza della pubblica autorità nei diritti e nelle libertà fondamentali in vicende emergenziali” (pag. 14). Non si diffonde su un tema su cui sono stati versati letteralmente fiumi d’inchiostro e che l’Autore, nelle note bibliografiche, mostra di aver ben presente. Piuttosto, si colloca *dal punto di vista* (come si legge nel titolo) dei doveri. Più precisamente, la monografia fa oggetto di analitica disamina “la peculiare indole delle situazioni giuridiche in cui versano i soggetti dell’ordinamento nelle situazioni di crisi” (pag. 14) acute come quella pandemica. Pasquale Pantalone non si unisce, dunque, alla nutrita schiera degli studiosi che hanno insistito sulle libertà conculcate in epoca di Covid per concluderne, talvolta con argomentazioni cariche di *pathos* e di aggettivazioni intonate al parossismo, che Governi di ogni colore avrebbero volto a loro beneficio lo stato di emergenza prodotto dalla pandemia mondiale per strutturare e rafforzare forme di controllo politico e sociale di tono autoritario. L’Autore non

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Universitas Mercatorum.

segue questo sentiero assai battuto e raccoglie una sfida giuridicamente più ambiziosa. Si chiede, in particolare, se la categoria giuridica del diritto soggettivo “isolatamente considerata, possa cogliere con sufficiente completezza il flessibile e variegato spettro di attributi, comportamenti e interessi collegati alla peculiare ‘postura’ dei soggetti dell’ordinamento di fronte a una così grave crisi ordinamentale” (pag. 14). Questo è l’oggetto dell’indagine: lo studio del Covid attraverso il prisma dei doveri giuridici, con l’obiettivo di verificare se la teorizzazione tradizionale dei diritti sia adeguata a esprimere le dimensioni di doverosità, responsabilità e solidarietà che hanno impregnato le posizioni giuridiche coinvolte dalle politiche finalizzate al contrasto della pandemia.

Come è proprio di uno studioso di diritto amministrativo, i doveri a cui Pantalone si applica sono tanto quelli dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, quanto quelli che gravano sulla pubblica amministrazione rispetto ai destinatari dell’azione pubblica, nell’ambito di un rapporto che va dismettendo la matrice imperativa di un tempo e va facendosi sempre più orizzontale. Sotto questo riguardo la monografia di Pantalone è dunque anche un utile strumento per lo studio del potere pubblico.

Il punto d’avvio della riflessione è nella constatazione che la crisi pandemica è stata fattore di innesco e detonatore di ulteriori crisi, economiche e sociali, e, in un ordine di riflessioni ancor più ampio, che il Covid ha imposto una battuta d’arresto alle dinamiche della globalizzazione economica, che apparivano solo pochi anni fa inarrestabili. Questo imponente fenomeno, che ha sottoposto a uno stato di tensione il sistema delle libertà e dei bilanciamenti costituzionali, diventa il terreno sul quale si impianta una più larga e comprensiva indagine sull’evoluzione della dogmatica giuridica, che conduce alla proposta di costruire un vero e proprio settore del diritto, dall’Autore definito “diritto delle responsabilità intergenerazionali”. Si tratta di una porzione del tessuto ordinamentale che, muovendo dall’art. 9 della Costituzione e dal riconoscimento dell’interesse delle generazioni future con riguardo all’ambiente e alla sostenibilità ambientale, si estende anche ad ulteriori ambiti di crisi e li riconduce a una comune chiave interpretativa.

Per accreditare questo sforzo ricostruttivo, Pantalone deve anzitutto superare la principale insidia teorica connessa al riconoscimento dei cosiddetti diritti delle generazioni future; insidia che consiste precipuamente

nella difficoltà di dare valore normativo concreto – e non meramente ottativo – a “presunti diritti in capo a soggetti non ancora identificabili” perché non venuti ad esistenza. Pantalone risolve il problema definendo queste posizioni secondo la visuale prospettica del dovere. Le ricava e le ritaglia dal dovere incombente sulle generazioni attuali, e – nell’ambito specifico della tutela ambientale di cui all’art. 9 Cost. – sulla Repubblica in tutte le sue articolazioni, di “assumere scelte responsabili” a beneficio e per la preservazione delle condizioni di vita dei posteri (pag. 149).

I ‘diritti’ delle generazioni future, così configurati, non rilevano quindi come posizioni giuridiche autonome, autosufficienti, ma si possono piuttosto definire come l’effetto riflesso di doveri solidaristicamente gravanti sui decisori pubblici; ed è, questo, un passaggio del massimo rilievo teorico. Se ben intendo il pensiero dell’Autore, infatti, questo vuol dire che l’interesse delle generazioni future si de-soggettivizza, si qualifica come interesse pubblico generale e indivisibile, che orienta e condiziona l’esercizio della discrezionalità politica o amministrativa. Le posizioni di interesse riferibili alla figura del “diritto delle generazioni future” sono ricondotte in questo modo alla loro più plausibile e meno problematica dimensione giuridica. Dismettono la veste individual-soggettiva, non rivendicano una proiezione giurisdizionale immediata e quindi non pongono i problemi di legittimazione attiva e passiva connessi alla rappresentanza di interessi privi di un centro di imputazione unitario e soprattutto attuale. In ultima analisi, e sinteticamente, rilevano alla stregua di interessi – ormai dotati di pregio costituzionale – che legislatore e autorità amministrative sono tenuti a valutare nell’assumere le loro scelte, contemperandoli e bilanciandoli con altri, variegati interessi di analogo rango giuridico formale. Più che potersi sanzionare la violazione dei diritti delle generazioni future, dunque, potrà formare oggetto di sindacato la totale pretermissione o l’insufficiente valorizzazione in sede di istruttoria del pregiudizio che scelte attuali possono produrre sulle generazioni future, limitandone irragionevolmente e sproporzionatamente gli orizzonti di azione. Un sindacato di tal genere, specie se riferito alla legge, non potrà che essere svolto nelle forme di un debole controllo esterno di non manifesta irragionevolezza, che soltanto in ipotesi macroscopiche e quasi auto-evidenti potrà condurre a un annullamento. La prassi applicativa, del resto, non mancherà di offrire alla giurisprudenza l’occasione per circostanziare, concretizzandolo, un paradigma di controllo al momento simile a una pagina bianca, e per

tale via contribuirà a dare un più puntuale contenuto a un interesse che – nel solco della proposta di Pantalone – potremmo declinare come un dovere di contenuto negativo posto a carico dei decisori pubblici: quello di non compiere scelte dissipatrici.

Proseguendo nell'analisi del volume, merita una segnalazione il capitolo dedicato all'applicazione del paradigma solidarista alle tematiche ambientali. In esso l'Autore, aderendo a un orientamento diffuso in una parte della dottrina giuspubblicistica (in particolare, si v. F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2, 2002, 215 ss.), nega che possa configurarsi un vero e proprio diritto soggettivo all'ambiente, e piuttosto considera la tutela dell'ambiente e della biodiversità come contenuti di un dovere inderogabile di solidarietà che si raccorda alla proclamazione dell'art. 2 Cost., arricchendola di virtualità interpretative inedite. Questo dovere si declina, a sua volta, in variegati *munera*, che, ai diversi livelli di governo, prescrivono di conformare l'azione pubblica (ma anche l'attività di impresa) ai principi di precauzione, prevenzione e mitigazione dei danni. Punto di riferimento e di sintesi teorica di questa concezione è il principio dello sviluppo sostenibile, che si può oggi saldamente ancorare alle nuove formulazioni degli art. 9 e 41 della Costituzione, nella parte in cui l'ambiente viene configurato come vincolo genetico e, al contempo, limite esterno all'attività di intrapresa economica.

In questa concettualizzazione dell'ambiente come bene da preservare per le generazioni future mi pare possibile cogliere un legame con studi innovativi sulla giustificazione dei diritti degli Stati sui propri territori (il riferimento è in particolare a David Miller, *Territorial Rights, Concept and Justification*, in *Political studies*, Volume 60, Issue 2, June 2012). La tutela della natura e dell'ambiente quali “fondamenti naturali della vita” (come recita l'art. 20 a del *Grundgesetz* tedesco) modificano, in effetti, l'immagine costituzionale del territorio, legandolo intimamente alle popolazioni che lo abitano e ai diritti collettivi indivisibili di queste di disporre per le generazioni a venire delle risorse che il territorio offre. L'esercizio di diritti sovrani sul territorio può trovare così giustificazione soltanto in quanto lo Stato si configuri “come il rappresentante legittimo della popolazione” insediata su quella data porzione di terra (così il menzionato Miller). In altri termini, nella logica della preservazione delle generazioni future, il territorio cessa di rappresentare l'oggetto di un capriccioso e arbitrario

diritto dominicale e diventa piuttosto un bene amministrato dallo Stato in rappresentanza e per conto delle comunità ivi insediate. Da oggetto di apprensione e di dominio, la terra si converte in fonte di responsabilità, da preservare nell'interesse e a beneficio delle popolazioni future, come farebbe un buon saggio amministratore (o se si vuole, secondo un lessico civilistico ormai *demodé*, un buon padre di famiglia).

Questo paradigma legale, che Pantalone propone come cifra interpretativa della questione climatica e ambientale, può essere applicato anche alle crisi sanitarie. Per mostrare l'utilità di questo approccio metodico l'Autore ricostruisce con precisione i doveri di matrice solidaristica che hanno caratterizzato il contesto istituzionale, normativo e giurisprudenziale "al tempo del Covid" e applica il paradigma della responsabilità intergenerazionale alle politiche e alle decisioni assunte in sede nazionale e internazionale per affrontare la crisi pandemica. In questa direzione, il paragrafo terzo del secondo capitolo è dedicato a un'ampia rassegna delle strategie e delle azioni intraprese per fronteggiare la pandemia, ponendo in rilievo le differenze fra le crisi sanitarie storicamente attestate (dalla peste di memoria manzoniana all'influenza 'spagnola') e l'emergenza Covid, che per il suo carattere autenticamente globale, ha coinvolto organizzazioni internazionali e centri normativi extra-statali. Ciò ha richiesto un intenso lavoro di coordinamento sovranazionale delle misure di contenimento e contrasto della pandemia e l'impiego di strumenti di *soft law*, per l'assenza di un centro di produzione normativa globale che potesse disporre di meccanismi coercitivi. L'assenza di cogenza giuridica delle raccomandazioni dell'OMS e delle corrispondenti istituzioni dell'Unione europea ha pregiudicato l'efficacia dei meccanismi di coordinamento internazionale anche nell'adozione di misure di profilassi; e la sovranità statale è tornata prepotentemente a far sentire la sua voce. Ancor prima che il fragore della guerra guerreggiata in Ucraina – e ora in Medio Oriente – lo rendesse lampante all'universo mondo, si è materializzata quella 'rivincita della geografia' che Robert D. Kaplan aveva preconizzato in un profondissimo volume (*The Revenge of Geography: What the Map Tells Us About Coming Conflicts and the Battle Against Fate*, Random House, 2013) in cui si avvertiva che lo spazio senza barriere e confini, lo spazio isomorfo della globalizzazione stava per essere lacerato da nuove linee di faglia, dal risorgere di una sovranità statale frettolosamente liquidata come un relitto storico. Kaplan non poteva immaginarlo, ma il Covid è stato il fattore di

innesco della rinascita della statualità sovrana: le organizzazioni statali si sono mostrate difatti più efficaci delle organizzazioni internazionali nella gestione della crisi pandemica, potendo disporre dei tradizionali arnesi del potere, dell'*hard law* in contrapposizione al forse troppo celebrato *soft law* globale. In questo generale contesto – sia detto *per incidens* – l'Unione europea ha rappresentato una felice eccezione, giacché, per molti osservatori inaspettatamente, ha agito in modo compatto, mettendo in campo imponenti misure di sostegno economico per mitigare l'impatto delle restrizioni sulle economie nazionali: aiuti di Stato, flessibilità nelle politiche di bilancio, supporto finanziario straordinario e programmi per la transizione ecologica e digitale.

Se però dovessimo indicare un ambito nel quale più aspra è stata la disputa politica e sociale – oltre che giuridica – tra sfere di autonomia individuale e vincoli solidaristici, non faremmo fatica a individuarlo nella vaccinazione. Una misura che non si è tradotta in un obbligo generalizzato, ma ha assunto carattere prescrittivo solo per determinate categorie di lavoratori e operatori pubblici e con efficacia limitata nel tempo. L'applicazione del principio di precauzione e il diverso operare del dovere di solidarietà danno fondamento e giustificazione, secondo Pantalone, alle diverse figure in cui si è articolato il cosiddetto obbligo vaccinale.

Il principio di precauzione, fatto oggetto di una lettura 'controintuitiva' da parte della giurisprudenza amministrativa (e in particolare dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 7045/2021), ha legittimato come doverosa una misura che oggettivamente espone al rischio di salute il singolo, in considerazione del fatto che il rischio di pregiudizio per la salute individuale sarebbe stato molto più basso di quello che avrebbe dovuto correre la collettività in caso di mancata somministrazione del vaccino. La precauzione – afferma Pantalone – è stata illuminata in questo caso dal principio di solidarietà (o più prosaicamente potrebbe dirsi da un'analisi costi/benefici fondata sulla minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi). E sempre "applicando in modo sistematico e progressivo i principi del diritto delle responsabilità intergenerazionali" (pag. 204), possono essere debitamente spiegati i gradi diversi di intensità delle misure anti-Covid: dall'obbligo giuridico di vaccinazione per alcune categorie di lavoratori alla "spinta gentile", per il caso del 'green pass base', fino alla previsione di un onere in senso proprio per il 'green pass rafforzato'.

La polemica sui vaccini, come noto, ha trovato una composizione

definitiva in sede giuridica con le pronunce del giudice costituzionale, ma nella riflessione dell'Autore il dovere di vaccinarsi costituisce il banco di prova per confrontare la legittimità delle diverse modalità di intervento pubblico sul piano dell'impatto sulle scelte individuali con le quali perseguire l'obiettivo di interesse della massima copertura vaccinale. Raccomandazioni, "spinte gentili", oneri e obblighi indiretti si sono avvicinati nella disciplina giuridica del Covid, e specificamente del *green pass*, cui è dedicato il paragrafo 5 del terzo capitolo.

In questi passaggi argomentativi del libro è forte e ben udibile l'eco della ormai vasta riflessione scientifica e politica sul '*nudging*', che letteralmente può tradursi con "spinta". Si tratta di una modalità inedita di azione pubblica che postula una nuova concezione della pubblica amministrazione. Si basa difatti su una visione dell'autorità pubblica che dismette le vesti imperative e sanzionatorie tipiche di un rapporto verticale per collocarsi orizzontalmente al fianco dei cittadini, alla stregua di un saggio consigliere, e persuaderli all'osservanza di comportamenti utili alla realizzazione di obiettivi di interesse generale. Il *nudging* utilizza le scienze comportamentali per indurre i cittadini ad aderire spontaneamente a ciò che altrimenti dovrebbe assumere la forma di un obbligo in senso proprio. Ebbene, di questa nuova modalità di esercizio delle funzioni pubbliche, che si sta rivelando molto efficace – a stare alle sperimentazioni in corso specie nei paesi di cultura anglosassone – il *green pass* è stato l'emblema. Ha, infatti, consentito all'Italia di raggiungere livelli di vaccinazione fra i più alti a livello mondiale senza fare generalizzato ricorso a obblighi sanzionabili. Anche in questa modalità 'gentile' di persuasione, che peraltro nel caso del *green pass* rafforzato ha avuto effetti prossimi a un obbligo di vaccinazione indiretto per le condizionalità alle quali detto *pass* era soggetto, il principio di solidarietà gioca un ruolo centrale. Se infatti è limpido e chiaro il fondamento solidaristico dell'obbligo vaccinale, e simmetricamente, degli oneri gravanti sulla collettività per risarcire quanti siano danneggiati dalla vaccinazione, è ugualmente in ottica solidaristica che può essere letta la cooperazione spontanea, non coartata, ma consigliata e raccomandata, tra individuo e collettività per la tutela della salute. La differenza mi sembra possa cogliersi nel fatto che nel caso degli obblighi la sanzione è giuridica; nel *nudging* la sanzione è sociale, attiene alla reputazione e alle responsabilità che derivano in capo al singolo dall'appartenenza a una comunità con la quale si condividono interessi e diritti, ma anche e soprattutto doveri. La mancata adesione ai comportamenti che, sulla base delle evidenze scientifiche, meglio

rispondono al fine comune della salute pubblica – questa la scommessa del *nudging* – dovrebbe suscitare nella comunità di riferimento un giudizio negativo su chi si mostra indisponibile a sostenere gli oneri derivanti dalla vita associata, e incidere, in definitiva, sulla sua dignità sociale, per come viene stimata non già, verticalmente, dall'autorità pubblica, ma, orizzontalmente, dai consociati.

E veniamo così alle conclusioni, che mi paiono così stilizzabili. Secondo l'Autore il diritto delle responsabilità intergenerazionali funge da “rete di contenimento” per ridurre la probabilità di contagio e di esondazione da una crisi a un'altra. Ne consegue che “L'utilizzo combinato e progressivo dei principi di precauzione, prevenzione, correzione in via prioritaria del danno alla fonte e responsabilità comune ma differenziata, suggerisce una più ampia implementazione del *risk management* come criterio generale e costante di azione” (si v. le pagine 208-209). Abbracciare il principio della solidarietà fra generazioni dovrebbe, dunque, portare in primo piano “gli strumenti della pianificazione e della programmazione”, il “continuo monitoraggio e un periodico aggiornamento delle misure adottate, in relazione al contesto di riferimento e alle acquisizioni scientifiche disponibili, spingendo i decisori pubblici (*in primis* la politica) a non cedere a logiche di breve periodo e ad assumere un approccio adattativo, sistemico e resiliente per il governo dei problemi intergenerazionali della modernità” (si v. pag. 209). In ultima analisi il paradigma delle responsabilità intergenerazionali potrebbe contribuire a incrementare i livelli di resilienza presenti nei sistemi istituzionali, sociali ed economici, lungo un percorso di transizione non immediato, esposto a continui adattamenti al fine di perseguire “l'obiettivo costituzionale della sostenibilità”, via necessaria “per assicurare la continuità della specie umana sul pianeta”.

Robert Musil, che fu bibliotecario al Politecnico di Vienna, nel suo capolavoro *Der Mann ohne Eigenschaften* fa dire al responsabile della biblioteca di Corte che il segreto di tutti i bravi bibliotecari è non leggere mai, dei libri loro affidati, nient'altro che il titolo e l'indice. Ebbene, la monografia di Pasquale Pantalone non è adatta al bibliotecario di Musil. È da leggere, al contrario, ben oltre il titolo e l'indice: in primo luogo, perché non ha dimensioni enciclopediche e mostra di dar più peso alla qualità del ragionamento che alla quantità e al dettaglio entomologico delle informazioni rese. Inoltre, perché si focalizza sulla ricostruzione critica senza cedere alla pura, verbosa didascalia, con un tono asciutto che nulla toglie alla profondità dell'analisi.