



# *Costituzionalismo.it*

Fascicolo 1 | 2021

**L'art. 32 nella pandemia:  
sbilanciamento di un diritto  
o “recrudescenza” di un dovere?**

di Federica Grandi

EDITORIALE SCIENTIFICA

# L'ART. 32 NELLA PANDEMIA: SBILANCIAMENTO DI UN DIRITTO O "RECRUDESCENZA" DI UN DOVERE?

*Federica Grandi*

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico

«Sapienza» Università di Roma

SOMMARIO. 1. INTRODUZIONE: E SE L'APPARENTE SBILANCIAMENTO DEL DIRITTO FOSSE "RECRUDESCENZA" DEL DOVERE?; 2. LO SBILANCIAMENTO IN FAVORE DEL DIRITTO ALLA SALUTE NELL'EMERGENZA: «FU VERA GLORIA?»; 3. IL DIRITTO ALLA SALUTE ALLA PROVA DEL BILANCIAMENTO CON ALTRI DIRITTI O INTERESSI DI PARI RANGO; 4. I PLURIMI BILANCIAMENTI NELL'ART. 32 COST.; 5. L'INTERESSE COLLETTIVO ALLA SALUTE: DALLE VACCINAZIONI OBBLIGATORIE ALL'EMERGENZA PANDEMICA: 5.1. IL DATO SCIENTIFICO NELLA DETERMINAZIONE DELLA PROPORZIONALITÀ DELL'OBBLIGO; 5.2. LA PROPORZIONALITÀ DECLINATA IN PREVENZIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA; 5.3. LA DIMENSIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA; 6. L'EMERGENZA SANITARIA COME TEMPO DEI DOVERI: 6.1. LA VALENZA GARANTISTICA DEI DOVERI NELL'EMERGENZA; 7. CONCLUSIONI: RECRUDESCENZE DEI DOVERI E NUOVE FIORITURE DEI DIRITTI.

*“Colla teoria dei diritti possiamo insorgere e rovesciare gli ostacoli; ma non fondare forte e durevole l'armonia di tutti gli elementi che compongono la Nazione [...]. Si tratta dunque di trovare un principio educatore superiore a siffatta teoria che guidi gli uomini al meglio, che insegni loro la costanza del sacrificio, che li vincoli ai loro fratelli senza farli dipendenti dall'idea d'un solo o dalla forza di tutti. E questo principio è il DOVERE”.*

G. MAZZINI, *Dei doveri dell'uomo*, in *Scritti politici*, a cura di T. Grandi e A. Comba, Torino, 1972, 847.

## **1. Introduzione: e se l'apparente sbilanciamento del diritto e fosse "recrudescenza" del dovere?**

La pandemia da coronavirus SARS-CoV-2 o, più semplicemente, il Covid-19 che ha travolto dapprima l'Asia orientale, poi l'Europa e successivamente le Americhe e così tutto il mondo, ha messo a dura prova la vita di ognuno noi, il concetto di "benessere", la possibilità

di programmare la propria vita, di potersi spostare e tanto altro ancora. Questa devastazione della “normalità” come l’avevamo conosciuta fino a ieri, si è imposta ovviamente come una sfida di portata epocale per gli ordinamenti a livello globale – e anzitutto per lo stato democratico – non solo in termini di gestione del presente, ma anche di progettazione del futuro.

È sotto gli occhi di tutti, difatti, la necessità di riorganizzare i sistemi sanitari – giacché la pandemia in corso potrebbe non essere l’ultima e dunque è necessario attrezzarsi con risposte efficaci di carattere preventivo, ma anche repressivo, facendo tesoro delle criticità dell’oggi – ovvero l’urgenza di agire sul piano ambientale per evitare o limitare lo scoppio di simili pandemie. Nondimeno, il governo del “dopo-pandemia” chiama pure a una risposta altrettanto vigorosa a livello economico e sociale, che impone di ripensare i modelli di sviluppo, non solo per le ricadute sul tessuto sociale della crisi pandemica in sé, ma anche in considerazione del rapporto dell’uomo con la biosfera nella prospettiva del sistema di produzione.

L’auspicio che la pandemia in corso sia l’occasione per un nuovo inizio nei predetti termini appare condivisibile in primo luogo per l’Italia, tra i Paesi in cui le conseguenze del virus si sono fatte sentire prima e con effetti importanti anzitutto dal punto di vista sanitario e, quindi, da quello sociale ed economico<sup>1</sup>, come peraltro ricordato dal

---

<sup>1</sup> Come si può leggere nel Rapporto ISTAT 2020: «L’Italia è uno dei Paesi più precocemente e intensamente coinvolti. Nel momento in cui si redige questo testo, i contagi nel nostro Paese sono oltre 234 mila e i decessi hanno superato le 33 mila unità [...] A maggio 2020, il quadro clinico in lento ma costante miglioramento ha permesso l’avvio della cosiddetta fase 2 della gestione della malattia, eppure il bilancio delle vittime rimane tragico, con un significativo eccesso di mortalità rispetto all’atteso. A ciò si aggiunga che il numero dei decessi che sono direttamente o indirettamente imputabili al virus è sicuramente sottostimato. In questo conteggio vengono infatti considerati unicamente i decessi avvenuti tra i casi di COVID-19 diagnosticati, mentre non sono inclusi tutti i decessi per coronavirus che hanno riguardato individui non sottoposti a tampone. Mancano all’appello dei morti per questa pandemia, anche tutti gli esiti fatali di patologie diverse che si sarebbero potuti evitare o ritardare se la necessità di riallocare risorse materiali e umane del sistema sanitario verso l’assistenza COVID-19 non avesse portato all’interruzione di importanti percorsi assistenziali e terapeutici. Se inoltre, si amplia lo sguardo ad altri esiti di salute, l’impatto rischia di divenire ancora più oneroso, giacché è molto probabile che l’esperienza di malattia possa aver, più o meno parzialmente, compromesso la funzionalità futura del sistema immunitario»: ISTAT, *Rapporto annuale 2020 – La situazione del paese*, ISTAT 2020, p. 79, consultabile sul *sito istituzionale dell’ISTAT*.

Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, lo scorso 29 gennaio, al termine delle consultazioni successive alla crisi di governo e prima di conferire l'incarico al Prof. Mario Draghi: «Come è evidente le tre emergenze sanitaria, sociale, economica, richiedono immediati provvedimenti di governo. È doveroso quindi dar vita presto ad un Governo con un adeguato sostegno parlamentare per non lasciare il nostro Paese esposto agli eventi in questo momento così decisivo per la sua sorte»<sup>2</sup>.

A partire da questo rilievo – ossia che, a causa della pandemia, il nostro Paese vive un momento decisivo della sua storia – il presente scritto vuole confutare l'idea che l'ordinamento interno stia rispondendo con la logica dei diritti e, segnatamente, con lo sbilanciamento del diritto fondamentale alla salute rispetto a tutti gli altri diritti costituzionali, per tentare di percorrere un'altra “pista investigativa” che conduce ai doveri costituzionali.

Il “preteso” primato del diritto alla salute sugli altri diritti costituzionali, d'altronde, ha suscitato reazioni contrastanti: in estrema sintesi, taluni hanno valutato positivamente questa tendenza, nel convincimento che la tutela della salute e, dunque, della vita sono un “valore” che costituisce il presupposto per l'esercizio e l'effettività degli altri diritti<sup>3</sup>; tal altri hanno guardato con estrema diffidenza a questa attitudine scorgendovi il pericolo di una deriva autoritaria<sup>4</sup>.

A noi pare, invece, che come sempre accade quando c'è da difendere una «nazione» – parafrasando Giuseppe Mazzini – da minacce letali per la sua sopravvivenza<sup>5</sup>, si assiste alla “recrudescenza” di quel male

<sup>2</sup> S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni*, 29 gennaio 2021, consultabile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica.

<sup>3</sup> D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Consulta online*, 30 aprile 2020, p. 2 s.

<sup>4</sup> Cfr. A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2020; G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierli la voglia di libertà?*, ne *Il Dubbio*, 4 aprile 2020, consultabile dal sito ufficiale dell'Associazione ex Parlamentari della Repubblica.

<sup>5</sup> Ci si riferisce al brano di cui Mazzini osserva «ponete giunta una di quelle solenni crisi che minacciano la vita di una nazione, ed esigono il sacrificio attivo di tutti i suoi figli – un'invasione straniera, un tentativo rivolto a conculcare la legge dello Stato per sostituire l'usurpazione di uno solo; una rivoluzione da compirsi a beneficio d'una classe oltraggiata – chiederete ai cittadini, in nome dei diritti, di affrontare il martirio? Non è primo fra tutti i diritti il diritto alla vita? Avete insegnato all'uomo che la

necessario che sono i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale consacrati dall'art. 2 Cost. assieme ai diritti inviolabili.

Si badi, però, il termine recrudescenza non viene usato nella sua accezione più comune che descrive «l'aggravarsi di un male che sembrava in via di miglioramento» o «il ripresentarsi, dopo un periodo di stasi o di attenuazione, di un fatto, di un fenomeno negativo», ma secondo il linguaggio specialistico della botanica nel quale con il medesimo termine si intende il «fenomeno per cui dall'asse di un'infiorescenza, dopo la maturazione dei frutti, si origina un nuovo asse con foglie e fiori»<sup>6</sup>. Proprio perché è più frequente ritenere che dai doveri come dalla recrudescenza non si possa ricavare nulla di buono, nel presente scritto si è voluto adottare il significato del vocabolo nella scienza botanica come metafora per rappresentare che, quando è in giuoco la sorte di una comunità politica, proprio la recrudescenza dei doveri costituzionali permette all'ordinamento di far rifiorire i diritti, anche più belli di prima<sup>7</sup>.

## 2. Lo sbilanciamento in favore del diritto alla salute nell'emergenza: «Fu vera gloria?»

L'idea diffusa nel dibattito pubblico è che il “filo rosso” che lega la legislazione della pandemia sia il riconoscimento da parte del decisore politico di «un primato su tutti gli altri diritti costituzionali»<sup>8</sup> del “valore” della vita e della salute. Come a dire che nel momento in cui è prioritario assicurare la conservazione dell'effettività dell'ordinamento per ragioni di ordine sanitario, giacché la minaccia al diritto alla vita «rischia di far crollare come un castello di sabbia, e per sempre, tutti i diritti, dalle libertà individuali al diritto al lavoro, a quello all'istru-

---

società non era costituita se non col fine d'assicurarli i *suoi* diritti; ed or gli chiedete di sacrificarli tutti – di soffrire e *morire* per la salvezza della nazione – pel progresso d'una classe di cittadini alla quale non lo legano forse né gli affetti né le abitudini. No; ei calcherà freddamente i pericoli e le probabilità di successo e trarrà da quel calcolo norma alle azioni»: G. MAZZINI, *I sistemi e la democrazia: pensieri*, in G. GALASSO (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Giuseppe Mazzini*, Bologna, 1961, p. 99.

<sup>6</sup> Così: T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, V, Torino, 2000, p. 441.

<sup>7</sup> Cfr. G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. II ss.

<sup>8</sup> M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti nel Mar pandemico*, in *Questione Giustizia.it*.

zione alle libertà economiche»<sup>9</sup>, il diritto alla salute si trasforma in un diritto “tiranno” rispetto agli altri, o meglio in un “valore” meta-positivo che orienta e piega tutti gli altri diritti e che non può essere con essi bilanciato.

Già in passato, a muovere dalla presenza dell’aggettivo «*fondamentale*» nel solo art. 32 Cost., autorevolissima dottrina ha sostenuto la prevalenza del diritto individuale e dell’interesse collettivo alla salute su tutti gli altri diritti e interessi consacrati nel Testo costituzionale<sup>10</sup>. Simile collocazione dell’art. 32, tuttavia, parrebbe anzitutto stridere con la necessità di procedere nell’interpretazione costituzionale a «*una valutazione sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*» (cfr. sent. n. 264 del 2012); senza contare poi le difficoltà che si porrebbero laddove la contrapposizione fosse tra due soggetti richiedenti entrambi tutela in nome dello stesso valore della salute<sup>11</sup>. Il conflitto in questione, in effetti, sarebbe irriducibile se l’ordinamento non scegliesse quale interesse ritenere prevalente – sebbene non in maniera «*totale ed assoluta*», ossia negando agli altri interessi in giuoco «*adeguata protezione*»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Così P. RIDOLA, *Intervento*, 9 maggio 2020, p. 3, consultabile sul *sito ufficiale dell’associazione italiadecide*.

<sup>10</sup> P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2008, pp. 6 ss.; si vd. pure: D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta...*, cit., *passim*.

<sup>11</sup> Un esempio emblematico in tal senso appare essere la vicenda dell’aborto, nella quale, come si è recentemente osservato, «la portata delle garanzie accordate dall’ordinamento giuridico alla vita prenatale [...] non p[uò] non coesistere e conciliarsi con quella spettante anzitutto a colei (la madre) da cui dipende la soddisfazione di ogni aspettativa del concepito. La declinazione del tema in termini di scontro tra istanze inconciliabili, dominate da impostazioni etiche irriducibili a qualsiasi confronto, non soltanto rende impossibile la definizione di regole giuridiche finalizzate alla coesistenza di visioni anche molto distanti, ma contribuisce a confondere i piani di analisi, spingendo, non di rado, a strumentalizzazioni della stessa normazione giuridica, così eretta a garante di univoche concezioni sul valore della vita e degli interessi ai quali ciascun ordinamento ritiene di dover accordare preminente tutela»: M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, pp. 52 s.

<sup>12</sup> Sul punto si veda la sent. n. 27 del 1975 dove la Corte chiarisce che «*l’art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la ‘protezione della maternità’ e, più in generale, l’art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*». Pur tuttavia, ritiene di dover censurare l’allora disciplina penale dell’aborto, giacché «*l’interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costi-*

Tornano alla mente, quindi, le considerazioni schmittiane sulla “filosofia dei valori”, nelle quali non si fa mistero che la fondazione dei concetti giuridici su una base meta-positiva non appare dare garanzie in punto di condivisione dei relativi contenuti, giacché «i valori, ancorché possano essere ritenuti alti e sacri, in quanto valori valgono sempre solo per qualcosa o per qualcuno [...] Ogni valore è quindi un valore di posizione»<sup>13</sup>. Posto che «Nessuno può valutare senza svalutare, rivalutare e valorizzare. Chi pone i valori si è in tal modo già contrapposto ai non-valori»<sup>14</sup>, ne segue che «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non-valore in quanto tale»<sup>15</sup>. La “filosofia dei valori”, in ultima analisi, postula la tirannia di quest’ultimi, giacché «quando si tratta di imporre il valore supremo nessun prezzo è troppo alto»<sup>16</sup>. Ciò però non appare compatibile con lo Stato costituzionale di diritto caratterizzato dalla «possibilità di fondare e salvaguardare le nostre società plurali, garantendo le diversità di ciascuno» grazie alla convivenza di principi non neutrali<sup>17</sup>.

---

*tuzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione», concludendo dunque che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare»: cfr. A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 4.*

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, p. 52. Vi è un’aggressività «connaturata alla struttura tetico-ponente (theitisch-setzerisch) del valore, e continua a essere prodotta dalla concreta attuazione del valore. Anche con la distinzione tra diritto fondato sui valori (*Wertrecht*) e diritto fondato sulle norme (*Satzrecht*) non viene superata, ma piuttosto accentuata. L’ambivalenza dei valori fa sì che diventi sempre più virulenta non appena i valori in quanto tali vengono fatti valere da uomini concreti nei confronti di altri uomini altrettanto concreti»: *ivi*, pp. 56 s.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 59.

<sup>15</sup> *Iv.*, p. 60.

<sup>16</sup> *Iv.*, p. 65.

<sup>17</sup> G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 45. Sempre lo stesso A. in altro luogo osserva che nelle democrazie pluraliste la disomogeneità sociale «presuppone almeno la condivisione da parte di ciascuno del *pactum consociationis*», configurando la Costituzione come «fattore d’integrazione sociale e politica» e dunque l’adesione ai principi fondativi contenuti nella stessa come il veicolo attraverso il quale il ‘diritto di tanti’ possa farsi ‘diritto di tutti’: IDEM, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 86. In altre parole, le Costituzioni del pluralismo «non sono più chiamate a riflettere l’universo coerente e compatto della società borghese, ma a ‘costruire’ la trama unificante di un tessuto sociale pluralistico

Se la democrazia è conflitto<sup>18</sup>, pertanto, nel momento in cui il valore entra nell'ordinamento non potrà fare altro che piegarsi alla mediazione del legislatore «tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori»<sup>19</sup>. In altre parole, se esistono più diritti fondamentali i valori (metagiuridici) saranno positivizzati dall'ordinamento unicamente sotto la specie dei principi, con la conseguenza che «il valore non si sottrae al bilanciamento con gli altri e questo bilanciamento (cioè la composizione *pratica* fra i principi) avviene secondo i paradigmi (contenutistici e procedurali) che ciascun ordinamento ha definito»<sup>20</sup>. Di conseguenza, neppure valori generalmente considerati «fondativi» – e dunque «metavalori» si sottraggono al bilanciamento: «la vita è eccezionalmente sacrificabile (anche dopo l'abrogazione dell'art. 27, comma 4, resta pur sempre in vigore l'art. 52 Cost.); la dignità umana (ammesso, ma tutt'altro che concesso, che si sia d'accordo sul suo concreto contenuto) lo è addirittura ordinariamente (visto che la Costituzione stessa prevede e legittima la detenzione)»<sup>21</sup>.

Chi ritiene invece che esistano dei valori fondativi in rapporto di anteriorità logica e storica con gli altri diritti fondamentali<sup>22</sup>, diversa-

---

ed anzi percorso da forti antagonismi». La regolazione del conflitto, quindi, non può esaurirsi nelle «regole decisionali della c.d. 'democrazia procedurale'» il cui rendimento è largamente condizionato dall'omogeneità sociale della comunità di riferimento. La regolazione del conflitto «comporta altresì la posizione di tavole di valori e di orientamenti fondamentali della convivenza organizzata» all'interno della Costituzione che «può esprimere un livello di unificazione politica, a condizione che essa assuma i connotati più comprensivi di una funzione di *integrazione*» in senso smendiano: P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 110.

<sup>18</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, pp. 9 ss.

<sup>19</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., p. 67.

<sup>20</sup> M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti...*, cit.; cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 33.

<sup>21</sup> M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti...*, cit. Diversamente, G. SILVESTRI, (*Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007*, accessibile dal sito ufficiale dell'Associazione dei costituzionalisti italiani) ritiene: «la Repubblica può chiedere, in casi estremi, ai cittadini anche il sacrificio della vita (come nel caso di guerra difensiva, l'unica ammessa dalla Costituzione italiana: art. 52 Cost.: la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino), ma non quello della dignità. Se si toglie la dignità ad una persona si infligge alla stessa una pena più grave della morte»; nello stesso senso anche: A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 4.

<sup>22</sup> Si vd., tra gli altri, P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in A. PI-

mente, è persuaso che i predetti valori debbano prendere il posto della stessa sovranità popolare<sup>23</sup>. Con riguardo specifico al meta-valore della dignità umana, in particolare, si ritiene che la lettera del primo articolo della Legge fondamentale tedesca del 1949 o del primo articolo della Costituzione portoghese del 1976 dimostrino che «lo stesso popolo sovrano non possiede il potere giuridicamente fondato di intaccare la dignità della persona»<sup>24</sup> e per l'effetto (la dignità) non può essere considerata bilanciabile «in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati»<sup>25</sup>.

Quanto a quest'ultimo rilievo, sia consentito sommessamente osservare, a mo' di esempio – su un tema estremamente vasto che meriterebbe una trattazione molto più estesa che purtroppo non può essere svolta in questa sede – che anche il giudice costituzionale di ordinamenti dove la “fondatività” della dignità umana trova espressa menzione in Costituzione ha ritenuto bilanciabile il meta-valore in parola con gli altri diritti fondamentali<sup>26</sup>.

---

SANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, II, Milano, 2007, pp. 1357 ss.; A. RUGGERI, *Appunti...*, cit., pp. 4 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit.

<sup>23</sup> P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, ora in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, pp. 7 ss.

<sup>24</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit. In senso contrario, autorevolissima dottrina, già nei primi anni di vigore della Costituzione italiana, osserva che nel testo costituzionale l'affermazione dell'eguaglianza non ha un presupposto giusnaturalistico o meglio non rinvia «a una concezione del diritto naturale negante in genere la esistenza di uomini schiavi, inferiori, diseguali per natura o per nascita, e negante corrispondentemente la conformità a natura di determinate diseguaglianze storicamente esistenti». Se la sovranità appartiene al popolo difatti tutto il diritto è fondato esclusivamente sulla volontà popolare. I limiti all'esercizio della sovranità, d'altronde, in forza dell'art. 1 cpv. Cost. («La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione») hanno un fondamento positivo e non naturale: C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 22.

<sup>25</sup> Così: G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11., e ancor prima: IDEM, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit.

<sup>26</sup> Sebbene l'art. 1 della Costituzione del Portogallo fondi la Repubblica sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare, proprio il giudice costituzionale portoghese in materia di procreazione medicalmente assistita ha considerato tra i termini del bilanciamento la stessa dignità umana: «*A possível lesão da tutela reflexa da*

Quanto invece all'assunto che il valore fondativo in parola precede logicamente e storicamente le scelte collettive<sup>27</sup>, l'affermazione che la dignità consiste anzitutto nel «riconoscimento dell'antiorità dell'uomo rispetto allo Stato», possedendo «un plusvalore, in quanto è il cuore del principio personalista, che, assieme a quello egualitario, sorregge il grande edificio del costituzionalismo contemporaneo»<sup>28</sup>, appare ricondurre (la dignità) all'interno di un paradigma delimitato socialmente e storicamente<sup>29</sup>. In altre parole, il collegamento con il principio personalista rende la dignità in parola un concetto tutt'altro che sfuggente e variabile in ragione della sensibilità dell'interprete<sup>30</sup>,

---

*dignidade humana que o rastreio genético do embrião pode representar, neste condicionalismo, tem, por conseguinte, como contraponto a realização do direito à protecção da saúde em relação a um terceiro que se encontra em perigo de vida e, nesses termos, a solução legislativa corresponde, em última análise, ao cumprimento por parte do Estado do direito à protecção da saúde na sua vertente positiva, enquanto destinada a assegurar a adopção de medidas que visem a prevenção e o tratamento de doenças (artigo 64.º, n.º 1, da Constituição).*

*Dentro do regime jurídico definido pela lei, a alegada «instrumentalização» do embrião mostra-se assim justificada pela prevalência de outros valores constitucionalmente tutelados, também eles de natureza eminentemente pessoal, o que desde logo exclui que o controlo genético do embrião possa ser considerado como lesivo do princípio da dignidade da pessoa humana»: acórdão n. 101/2009.*

<sup>27</sup> Peraltro, a tale proposito, sia consentito ricordare le riflessioni di risalente dottrina: in «un regime nel quale si riconosce al cittadino, ad ogni cittadino, la capacità di creare il diritto, e nel quale si vuole che chi governa consideri il suddito come un potenziale governante; e che non vi siano duci e seguaci; e che sia riconosciuta a tutti i cittadini capaci di curare i propri interessi la capacità di collaborare al comune destino... un tale regime non afferma solo il principio della pari dignità di ogni cittadino, ma della sovrana dignità di tutti i cittadini»: C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, cit., p. 9.

<sup>28</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit. Cfr., recentemente: A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, p. 6, la quale sottolinea altresì il legame della dignità della persona con il principio solidaristico; sul punto si vd. nella giurisprudenza costituzionale: sentt. n. 161 del 1985 e n. 561 del 1987.

<sup>29</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, pp. 126 s.

<sup>30</sup> Osserva a tal proposito G. SILVESTRI (*L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 11): «sono state avanzate riserve sull'utilizzo pratico del concetto di dignità, in quanto potrebbe dare giustificazione ad interventi conformativi sul modo di vita dei cittadini, secondo l'ideologia dello Stato etico. [...] Essa è invece criterio di misura della compatibilità dei bilanciamenti, continuamente operati dal legislatore e dai giudici, con il quadro costituzionale complessivo. Sarebbe necessario, in occasione di ogni operazione di bilanciamento, chiedersi se il risultato

diradando il sospetto che essa possa «diventare uno strumento per imporre modelli valoriali di comportamento»<sup>31</sup>, posto che della dignità non esiste un significato astratto onnicondiviso<sup>32</sup>, a maggior ragione in una società multiculturale<sup>33</sup>. Senza contare che il fatto stesso di qualificare la dignità nella prospettiva di un principio “posto” dal Costituente sembrerebbe già provare che il valore meta-positivo in parola viene “modellato” dalla sovranità popolare e, di conseguenza, non può persistere ad essa<sup>34</sup>. E ciò, pure se quello stesso valore costituisce “la spiegazione storico-etica dei diritti costituzionali (fondamentali)”, giacché è sempre nella scelta di positivizzare un diritto che ne va individuato il fondamento<sup>35</sup>.

D'altra parte, anche il dato testuale persuade che i Costituenti preferirono richiamarsi non a «una dignità astratta, ma [... a un concetto di] dignità sociale che si qualifica nella dimensione delle relazioni sociali delle persone»<sup>36</sup>. La locuzione «*dignità umana*», difatti, ricorre solo nel co. 2 dell'art. 41 Cost. intendendo con essa l'insieme «dei diritti individuali potenzialmente contrapposti agli interessi della pro-

---

incide negativamente sulla dignità della persona, oppure se rimane intatta la sua consistenza». Sul nesso tra diritti inviolabili e dignità della persona si vd.: Corte cost. sent. nn. 26 e 188 del 1999; nonché n. 293 del 2000;

<sup>31</sup> F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p. 609.

<sup>32</sup> Per approfondimenti sulle diverse concezioni del lemma “dignità umana” si rinvia per tutti a: S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biogiuridico e biopolitico. Linee ricostruttive*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019 – Special Issue, pp. 61 ss.

<sup>33</sup> Si pensi al velo islamico, da taluni inteso quale veicolo di oppressione della dignità della donna; mentre altri, all'opposto, lo ritengono strumento di affermazione della sua dignità in quanto simbolo religioso (vd., tra gli altri: A. COSSIRI, *Francia: il rapporto Gerin-Raoult sul velo islamico riaccende il dibattito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 febbraio 2010; nonché E.C. RAFFIOTTA, *Appunti per una ricerca sulle nuove esigenze di tutela della persona nella società multiculturale*, nella stessa rivista, 13 novembre 2012.

<sup>34</sup> Osserva M. LUCIANI (*Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, p. 1062) che: «Dire (come fa l'art. 1, § 1, del Grundgesetz) che la dignità è intangibile, in effetti, non significa granché, se non si fa riferimento agli altri dati costituzionali che riempiono di contenuto quel precetto».

<sup>35</sup> *Ivi*, pp. 1059 s.

<sup>36</sup> G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 168, corsivo nostro.

duzione»<sup>37</sup>. Nello stesso senso, poi, pare doversi leggere l'art. 36 Cost. che parametrizza la legittimità del sinallagma che lega datore di lavoro e lavoratore alla possibilità di assicurare a quest'ultimo e alla sua famiglia «un'esistenza libera e dignitosa». Ma ancor più esplicitamente ciò è confermato dall'art. 3 Cost., che individua il primo e più moderno contenuto dell'eguaglianza formale nella «*pari dignità sociale*»<sup>38</sup>, la quale peraltro è alla base della realizzazione dell'eguaglianza sostanziale e della libertà delle persone.

In conclusione, pare potersi affermare che il valore della dignità umana che la Costituzione vuole proteggere non può che risultare dalle disposizioni che si rivolgono al singolo (ovviamente anche all'interno delle formazioni sociali) e ai suoi interessi, mentre la dignità sociale costituisce a un tempo l'«obiettivo della norma costituzionale» e lo «strumento normativo che consente di perseguirlo»<sup>39</sup>.

Già queste rapidissime notazioni sul tema del valore meta-positivo della dignità umana trasmettono la sensazione della difficoltà di rinvenire il fondamento costituzionale della «rotta» della legislazione dell'emergenza in un «valore» meta-positivo, pretesamente oggettivo, che avrebbe in sorte di essere considerato sovraordinato a tutti gli altri e, per l'effetto, non bilanciabile con i restanti valori in giuoco, giacché non vi sarebbe in Costituzione la possibilità di scorgere simili meta-valori.

A muovere dall'idea che i Costituenti non hanno riconosciuto diritti preesistenti, ma hanno volontariamente stabilito che talune situa-

<sup>37</sup> M. LUCIANI (*Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, cit., p. 1066).

<sup>38</sup> G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, pp. 1089 ss. Nella giurisprudenza costituzionale sul «principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazione legislative basate su condizioni personali e sociali» si vd. sent. n. 494 del 2002. Parte della dottrina (A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, cit., pp. 12 s.) ha rilevato che se alla luce dell'art. 41, co. 2 e dell'art. 36 Cost. la dimensione socio-economica appare essere il tratto caratterizzante della dignità sociale «nell'ambito del secondo comma dell'articolo 3, invece, l'implicito richiamo alla dimensione sociale della dignità umana è più profondo, poiché il riferimento ai fattori socio-economici della disuguaglianza è qui prevalentemente strumentale, nel senso che ha lo scopo di individuare gli ostacoli alla piena realizzazione della persona umana anzitutto nella sua dignità di *politikòn zôon* della costituenda comunità repubblicana».

<sup>39</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 202.

zioni giuridiche avessero un certo trattamento<sup>40</sup>, l'unico diritto testualmente qualificato come «fondamentale» pare condividere la sorte di ogni altro diritto inviolabile, perché l'uno come gli altri godono della stessa protezione nel livello costituzionale<sup>41</sup>.

Più diffusamente, tornando alle previsioni sulla salute, vale la considerazione generale che i diritti fondamentali sono decisivi «per la costruzione dell'identità dei loro titolari», ma che allo stesso tempo sono tali perché «fondano l'ordine di una comunità politica»<sup>42</sup>. Dunque, per assicurare la convivenza tra il primo e il secondo profilo, compatibilmente con quello che è l'equilibrio tra autorità e libertà in cui si sostanzia la nostra forma di stato, è necessario intendersi anzitutto sui contenuti precipui di un diritto fondamentale. *Rectius*: una volta che si ritenga che tutte le situazioni giuridiche di tono costituzionale possono entrare nel bilanciamento il problema diviene intendere le tecniche con le quali i diritti fondamentali sono posti.

A tal proposito, dunque, la nostra Costituzione parrebbe rifiutare un'unica gerarchia generale dei valori costituzionali – ovviamente positivizzati – individuando plurime gerarchie settoriali nei diversi «campi di attività»<sup>43</sup> delimitati dallo stesso Testo costituzionale: si pensi al buon costume, che è principio sovraordinato nell'ambito della manifestazione del pensiero; o all'utilità sociale in riferimento all'attività economica, etc.

Per quanto attiene specificamente al bene della salute, i «*motivi di sanità*» o di «*incolumità pubblica*» sono espressamente individuati quali limiti – ovviamente sindacabili – al godimento della libertà domiciliare, a quella di circolazione e a quella di riunione nelle rispettive previsioni che le consacrano a livello costituzionale. Il medesimo paradigma, inoltre, pare applicabile anche a ulteriori diritti costituzionali il cui esercizio presuppone una riunione: come accade in taluni casi per il godimento della libertà religiosa (si pensi alla professione del culto); ovvero del diritto all'istruzione; o ancora del diritto al lavoro<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Sul punto si rinvia a: M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, cit. p. 1055.

<sup>41</sup> ID., *Salute: 1) Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, p. 3.

<sup>42</sup> ID., *Positività, metapositività e parapositività...*, cit., p. 1065.

<sup>43</sup> A. BALDASSARRE, *Ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, p. 296.

<sup>44</sup> Cfr. V. TAMBURRINI, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pande-*

In altre ipotesi, invece, la tutela del bene della salute «insieme variegato di posizioni giuridiche soggettive»<sup>45</sup> che rende l'art. 32 «indiscutibilmente uno dei più complessi da esaminare, interpretare e applicare»<sup>46</sup>, riceve altro trattamento come si sta per vedere.

### 3. Il diritto alla salute alla prova del bilanciamento con altri diritti o interessi di pari rango

Con riferimento specifico alle tutele previste per il bene della salute individuale, si deve anzitutto rilevare che «se il primo comma dell'art. 32 è alla base di un diritto di prestazione, il secondo comma dell'art. 32 Cost., contiene, anche se non si esaurisce in un vero e proprio diritto di libertà, che potremmo definire in termini di 'libertà di scelta terapeutica', comprendente a sua volta vari aspetti e sfaccettature»<sup>47</sup>. Proprio tale struttura dell'art. 32 Cost. rende di immediata evidenza che «tra diritti sociali e diritti classici di libertà vi è una discontinuità storica, ma non ontologica e probabilmente neppure logica»<sup>48</sup>. Ad ogni modo, posto che tutti i diritti fondamentali, senza eccezioni – e quindi anche i diritti classici di libertà – possiedono «una struttura variegata, che oscilla tra la pienezza del diritto soggettivo alle più tenui forme dell'interesse legittimo»<sup>49</sup>, a seconda della fattispecie concreta con cui

---

*mia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell'interesse della collettività alla salute*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, p. 34.

<sup>45</sup> M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2012, p. 455.

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

<sup>47</sup> *Ib.*

<sup>48</sup> M. LUCIANI, *Salute: I) Diritto alla salute.*, cit., p. 4.

<sup>49</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 29; così L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 2512 s. Parte della dottrina ha sostenuto che è difficile individuare un concetto di diritto sociale precisamente distinguibile a livello strutturale da quello di libertà o da quello di diritto politico, di conseguenza è più corretto parlare, all'interno dei diritti fondamentali, di diritti di difesa (*Abwehrrechte*), diritti a prestazione (*Leistungsrechte*) o a percepire parte di un utile sociale (*Teilhaberechte*), nonché diritti di partecipazione (*Teilnahmerechte*): così M. LUCIANI, *Lanterna Magika*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1-2/2018, p. 646, richiamando H.-J. PAPIER, C. KRÖNKE, *Grundkurs öffentliches Recht. 2: Grundrechte*, Müller, 2015, 2<sup>a</sup> ed., p. 16.

di volta in volta ci si confronta, sarà possibile individuare il contenuto specifico del diritto alla salute tra le plurime situazioni soggettive in cui esso può sostanziarsi.

Tra i beni giuridici tutelati dal diritto di cui all'art. 32 vi è anzitutto – *“ratione temporis”* – l'integrità psico-fisica, una libertà negativa, la quale non necessita dell'intervento del legislatore o della pubblica amministrazione per la sua operatività, che si sostanzia nella pretesa di astensione da condotte pregiudizievoli da parte di soggetti terzi, nell'ambito di un rapporto privato o di natura pubblica<sup>50</sup>. Il diritto all'integrità psico-fisica è stato altresì declinato in termini di diritto all'«ambiente salubre»<sup>51</sup>, in forza del raccordo dell'art. 32 con l'art. 9 della Costituzione che esprime un interesse obiettivo costituzionalmente qualificato alla protezione dell'ambiente<sup>52</sup>. Il passaggio dall'in-

<sup>50</sup> Sul riconoscimento del diritto alla salute come diritto soggettivo fondamentale e assoluto: Cass. civ., Sez. Un., 21 marzo 1973, n. 796; Id., 6 ottobre 1979, n. 5172; nonché Corte cost. sentt. n. 88 del 1979; n. 184 del 1986, n. 559 del 1987, n. 202 del 1991.

<sup>51</sup> La giurisprudenza civile ha configurato il «diritto all'ambiente salubre» come «diritto soggettivo», anzi come «diritto assoluto» a partire dagli artt. 2 e 32 Cost. in forza dei quali la «protezione della salute assiste l'uomo non (solo) in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie comunità – familiare, abitativa, di lavoro, di studio ed altre – nelle quali si svolge la sua personalità. Accentuandosi il carattere di inerenza alla persona e di socialità del bene protetto, si rende manifesto che la protezione non si limita all'incolumità fisica dell'uomo, supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti e così fatto specifico bersaglio di azioni aggressive, ma è diretta ad assicurare all'uno la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica, alle dette comunità senza che ciò costituisca pericolo per la sua salute. La protezione si estende cioè alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute»: così Cass. Civ., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172. In riferimento a questo indirizzo è stato osservato (P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020), che la salute si esprime non solo in termini strettamente sanitari, ma anche di «comportament[a], social[i] e ambiental[i]». Anche il giudice costituzionale, in forza anzitutto dei precetti costituzionali di cui agli artt. 9 e 32 Cost., ha individuato nell'ambiente un «elemento determinativo della qualità della vita», sottolineando che «La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti [...] per cui esso assurge a valore primario ed assoluto»: sent. n. 641 del 1987; si vd pure, sent. n. 80 del 1988; n. 324 del 1989; n. 437 del 1991 e n. 54 del 1994.

<sup>52</sup> Il concetto che viene in rilievo è quello di «ambiente ecologico» che si riferisce a un «fatto di mutua aggressione tra l'uomo e la natura», idoneo a mettere a rischio pro-

teresse costituzionalmente rilevante al diritto fondamentale individuale è avvenuto con il tempo e difatti «nella coscienza della società civile [...] la salute del singolo ed il suo ambiente vitale sono oggi considerati tanto strettamente legati, da essere vissuti quasi come due facce della stessa medaglia»<sup>53</sup>.

Il diritto a un ambiente salubre è quindi a tutti gli effetti una delle tutele in cui si specifica l'art. 32 Cost.<sup>54</sup>.

Proprio da una vicenda scrutinata dalla Corte costituzionale, che ha visto contrapporsi il diritto all'ambiente salubre al diritto al lavoro e all'interesse costituzionale al mantenimento dei livelli occupazionali, possono trarsi indicazioni persuasive in punto di rapporto tra art. 32 Cost. e altri diritti e/o interessi di tono costituzionale. Si tratta segnatamente degli arresti contenuti nella sent. n. 85 del 2013 ripresi, poi, nella successiva sent. n. 58 del 2018<sup>55</sup>. In particolare, il Giudice costituzionale ha chiarito che in una siffatta situazione, il legislatore è tenuto a

---

prio la salute-psicofisica dell'uomo: M.S. GIANNINI, «Ambiente» saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, pp. 23 ss.; sul punto, si vd. pure, tra i molti: G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, pp. 1121 ss.; nonché P. LOMBARDI, *I profili giuridici della nozione dell'ambiente: aspetti problematici*, in *Foro Amm.*, 2002, pp. 764 ss.

<sup>53</sup> A tal proposito, in riferimento ai rischi del fumo passivo, è stato affermato che «la tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, ambiente e di lavoro che non pongono a rischio questo suo bene essenziale» (sent. n. 399 del 1996); oppure riguardo alla normativa antifumo introdotta dall'art. 15 della legge n. 3 del 2003 è stato chiarito che gli interventi sono orientati a garantire «la salubrità dell'ambiente atmosferico in determinati luoghi nei quali i singoli si trovano a dover trascorrere parte del loro tempo, per esigenze di lavoro, cura trasporto, svago e affinamento culturale» (sent. n. 361 del 2003).

<sup>54</sup> Nella sent. n. 127 del 1990 il Giudice delle leggi ha statuito, in particolare, che «il limite massimo di emissione inquinante, tenuto conto dei criteri sopra accennati, non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama».

<sup>55</sup> Cfr. D. MORANA (*Sulla fundamentalità perduta...*, cit., p. 2) la quale osserva che nelle due sentenze «pur pervenendo a soluzioni che, sul piano sostanziale, si discostano profondamente – e che forse tradiscono, proprio nella diversità delle soluzioni rinvenute, il segno di una auspicata evoluzione dello stesso approccio giurisprudenziale – le argomentazioni del Giudice delle leggi sono saldamente arroccate su una premessa interpretativa: l'espressa fundamentalità del diritto alla salute non indica una posizione di primazia, non è in grado di orientare l'interprete, non consente di privilegiare la salute rispetto ad altri e concorrenti beni costituzionali... insomma, è sprovvista di autonomo significato normativo».

realizzare «un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione»<sup>56</sup>, giacché tutti i predetti diritti – e quindi anche quello alla salute nelle sue diverse forme – «si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 2013). A ben guardare, «Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati» (sent. n. 58 del 2018)<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Parte della dottrina, diversamente, ha ritenuto che nella pronuncia in questione sul criterio del bilanciamento sia prevalso «quello della sopportabile compressione» (M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della corte costituzionale sul caso Ilva (n.85/2013)*, in *federalismi.it*, n. 3/2014, p. 23), giacché «Tra i due valori in contrasto, salute e lavoro, sembra che solo quest'ultimo venga tutelato in modo pieno, integrale, attraverso l'autorizzazione a proseguire l'attività produttiva. Il diritto alla salute, invece, è destinato a sopportare rischi maggiori. Esso, infatti, dipende dall'effettivo risanamento dell'impianto e dell'area, che le norme vorrebbero costante e graduale. La Corte, per la verità, esclude espressamente il rischio che ciò non avvenga, o comunque dichiara ragionevole la reazione sanzionatoria in caso contrario» (*ib.*), nel momento in cui impone un percorso di risanamento ambientale, che se disatteso determinerebbe «precise responsabilità penali, civili e amministrative, che le autorità competenti sono chiamate a far valere secondo le procedure ordinarie» (sent. n. 85 del 2013). Eppure, pare doversi diversamente convenire che la questione viene ritenuta infondata dalla Corte «perché essa accorda alla norma impugnata un sufficiente livello di tutela dell'ambiente [...] la conformità di un'attività autorizzata alla relativa autorizzazione non può determinare alcuna illiceità se non per illegittimità dell'autorizzazione stessa» (L. GENINATTI DI SATÈ, «Caso Ilva»: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013, in *Forum Di Quaderni Costituzionali*, 16 maggio 2013, p. 6) ne consegue che la legittimità di un fenomeno disciplinato viene a coincidere con il giudizio sulla validità delle fonti che lo regolano. In sintesi: «ammettere la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte di ILVA S.p.A. non comporta, da parte del legislatore, la violazione del diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente perché il decreto-legge non autorizza un'attività dannosa, ma si limita a consentire un'attività che è lecita in quanto conforme all'atto amministrativo che lo autorizza» (*ib.*)

<sup>57</sup> Sempre nella stessa sent. n. 58 del 2018 la Corte ha specificato che «Non può

Ai nostri fini, poi, pare altrettanto interessante l'analisi della giurisprudenza costituzionale in riferimento al rapporto tra realizzazione del diritto alla salute e disponibilità finanziarie. Tra i contenuti dell'art. 32 Cost., difatti, vi è un diritto a ricevere le cure che obbliga i pubblici poteri a provvedere alla strutturazione di un apparato che permetta l'erogazione della prestazione in parola<sup>58</sup>, considerando altresì che il diritto alla salute «*ha assunto una configurazione legislativa che ne rispecchia la vocazione espansiva*» (sent. n. 309 del 1999).

Ebbene, in tale ambito il Giudice costituzionale è apparso incline a condizionare il contenuto della prestazione alle risorse disponibili<sup>59</sup>, dando una lettura "graduale" della relativa tutela nella giurisprudenza precedente all'istituzione del Sistema sanitario nazionale (più sempli-

---

*infatti ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco*». Nondimeno nella Relazione annuale sull'attività della Corte dell'anno 2019 – (*L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, p. 25, accessibile dal sito ufficiale della Corte costituzionale) – redatta in piena pandemia da Covid-19 tali indirizzi sono ribaditi dalla Presidente del Collegio: «La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustizia e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela 'sistemica e non frazionata' dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti».

<sup>58</sup> Cfr. sent. n. 13 del 2004. D'altronde «nello Stato costituzionale l'ordinamento vive non solo di norme, ma anche di apparati finalizzati alla garanzia dei diritti fondamentali»: M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 121. Ad ogni modo, sebbene l'art. 32 Cost. non dia indicazioni sulle opzioni organizzative in materia di sanità, la scelta operata con la legge 3 dicembre 1978, n. 833 che ha istituito il servizio sanitario nazionale «si è rivelata coerente con il dettato costituzionale, poiché contempla una partecipazione progressiva e proporzionale alle spese sanitarie e risponde altresì a quel dovere di solidarietà che la Carta costituzionale pone alla base di qualunque prestazione sociale»: I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2019, p. 15.

<sup>59</sup> M. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, spec. pp. 2241 s.

cemente, SSN)<sup>60</sup>, ma anche in quella successiva<sup>61</sup> – («Nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al 'diritto ai trattamenti sanitari' (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»: sent. n. 304 del 1994).

Nondimeno, con l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012 che ha introdotto in Costituzione il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio, ma ha anche modificato l'art. 119 Cost. nel senso di un maggior rigore per i conti regionali – accentuando così la regionalizzazione delle prestazioni sanitarie iniziata con il d. lgs. n. 502 del 1992 e il d. lgs. n. 229 del 1999, e completata con la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione del 2001 – sono giunti all'attenzione della Corte molteplici interventi dove il legislatore è stato chiamato a scegliere tra tutela della salute e risorse.

Ebbene, la maggiore esposizione finanziaria di talune Regioni ha indotto la Corte a giustificare la compressione della loro autonomia<sup>62</sup>, anche con riferimento al diritto alla salute<sup>63</sup>, ritenendolo soddisfatto

---

<sup>60</sup> La Corte costituzionale ricorre frequentemente in quegli anni all'argomento del principio di gradualità nell'attuazione del diritto alla salute (sent. n. 119 del 1972 e n. 128 del 1973), risentendo dell'influenza della giurisprudenza costituzionale tedesca relativamente alla teoria dei diritti condizionati e della riserva del ragionevole e del possibile: A. SANDRI, *Il or ehalt des gleichen nella giurisprudenza delle corti tedesche*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, pp. 483 ss.

<sup>61</sup> Si vd. Corte cost., sent. n. 356 del 1992.

<sup>62</sup> Cfr. S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro del disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *federalismi.it*, n. 23/2014, pp. 45 s.

<sup>63</sup> Come osserva I. CIOLLI (*La salute come diritto in movimento...*, cit., p. 19): «le dinamiche tra unità e differenziazione e tra qualità e quantità di prestazioni e vincoli di spesa a fatica raggiungono un punto di equilibrio e troppo spesso, soprattutto in ambito sanitario, la declinazione dell'eguaglianza come parità di accesso alle prestazioni si è rivelata un risultato non semplice [...] La stessa Corte costituzionale ha ritenuto non fosse in contrasto con la Costituzione questo regime di 'minorità' regionale dovuto a una eccessiva esposizione finanziaria. In questa condizione il Commissario *ad acta* vigila affinché siano erogati i soli Livelli essenziali di prestazione e affinché la Regione si astenga dal fornire prestazioni aggiuntive». Sulla ricostruzione del fondamento costi-

nei limiti dell'erogazione delle prestazioni essenziali individuate a livello statale (i LEA), censurando peraltro pure interventi eccedenti il nucleo essenziale del diritto, che apparivano volti a «salvaguardare un livello di prestazione comunque fondamentale in materia di salute»<sup>64</sup>. Il senso di questi indirizzi è stato letto come l'adesione del Giudice costituzionale ad «un'accezione “debole” dei diritti sociali»<sup>65</sup>. Eppure, trattandosi di un diritto fondamentale, la sua attuazione non dovrebbe essere parziale o limitata, o comunque lasciata alla discrezionalità del legislatore<sup>66</sup>, giacché nell'ambito di un diritto sociale la soddisfazione del solo nucleo essenziale potrebbe risultare non sufficiente per realizzare quel programma di intervento «attivo e positivo» contenuto nell'art. 3, co. 2 Cost. «al fine di assicurare le condizioni essenziali o minime perché ogni cittadino abbia pari *chances* di libertà»<sup>67</sup>; poiché «quando si bilanciano esigenze finanziarie e diritti fondamentali, quello che si può praticare è, tutt'al più, un *bilanciamento ineguale*, nel quale le prime soccombono sempre, salvo si dimostri che il loro sa-

---

tuzionale dei piani di rientro regionale si vd.: S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro del disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilanci*, cit., pp. 26 ss.

<sup>64</sup> *Ibidem*; si vd. Corte cost., sentt. n. 115 del 2012; n. 104 del 2013 e n. 117 del 2018.

<sup>65</sup> I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento...*, cit., p. 19.

<sup>66</sup> M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, pp. 1673 ss. Sempre lo stesso A. ha osservato in altro luogo (M. LUCIANI, *Livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, p. 14) che «quando si dice che vi sono diritti che soffrono del condizionamento delle esigenze di bilancio si fa un'affermazione in astratto condivisibile, ma in concreto opinabile. Le risorse di bilancio disponibili, in effetti, non sono veramente un *dato*, bensì una variabile *indipendente*. Per essere più precisi: il *totale* delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la *distribuzione* di quel totale. Nondimeno, nei sistemi costituzionali avanzati (dei Paesi economicamente progrediti), queste risorse sono così elevate che il problema sta assai meno nel loro totale che non – appunto – nella loro distribuzione tra i vari impieghi. La questione, allora, non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute, ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni». Cfr. A. MORRONE, *Crisi economica ed integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, per il quale il principio di gradualità non esplica effetti sulla discrezionalità del legislatore, ma costituisce un monito per il legislatore sulla naturale limitatezza delle risorse.

<sup>67</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 11.

crifizio implica il parallelo sacrificio di altri ('controinteressati') diritti fondamentali»<sup>68</sup>.

A partire dalle considerazioni appena ricordate, si deve però constatare che la giurisprudenza costituzionale più recente in punto di rapporto tra esigenze finanziarie e diritti, pare avviarsi su un percorso diverso rispetto al passato, ad esempio affermando che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»: sent. n. 275 del 2016<sup>69</sup>; nonché sent. n. 169 del 2017 – (sebbene ancora nella sent. n. 154 del 2017 si ritiene tollerabile che una riduzione delle risorse in sede di manovra finanziaria possa pregiudicare proprio il diritto fondamentale alla salute). In arresti ancora più recenti, poi, proprio in tema di diritto alla salute, la Corte ha rafforzato il mutato indirizzo, statuendo che l'intervento del legislatore deve essere apprezzato anche in concreto, ossia con riferimento agli effetti reali che certe scelte comportano sull'effettività della prestazione in nome della «piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana» (sent. n. 62 del 2020; nello stesso senso sent. n. 70 del 2020)<sup>70</sup>.

#### 4. I plurimi bilanciamenti nell'art. 32 Cost.

L'idea del primato del diritto alla salute si espone, inoltre, alla criti-

<sup>68</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 126.

<sup>69</sup> Si legge pure nella stessa sent. n. 275 del 2016 che «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali».

<sup>70</sup> Nella sent. n. 169 del 2017, la Corte collega l'intangibilità alla determinazione dei LEA, nel senso che una volta che una prestazione sia identificata come componente costitutiva dei LEA «non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica» (*ivi*). Come osservato da M. LUCIANI (*Lanterna Magika*, cit., pp. 658 s.) la Corte non richiama tanto l'«essenza dei diritti» o l'«ipotetica incompressibilità dei diritti a fronte delle esigenze della finanza pubblica», ma afferma «un autovincolo del legislatore o comunque dell'amministrazione» che non può essere superato in forza del principio di non-contraddittorietà delle scelte normative, desumibile dal principio di ragionevolezza e dunque di eguaglianza, nonché da quello dell'affidamento. In forza di questa argomentazione della Corte lo stesso A. può concludere che: «non vi sono diritti che per caratteristiche ontologiche sfuggano al condizionamento finanziario, ma solo diritti che vi si sottraggono per ragioni contingenti (e talora solo procedurali)».

ca che nello stesso art. 32 Cost. trovano dimora plurimi bilanciamenti di diritti e interessi di rilievo costituzionale, posto che «La *dichiarazione stessa dei diritti di libertà implica, per sua natura, in senso giuridico, anche posizione di limiti, cioè determinazione della sfera di azione dei vari soggetti entro condizioni tali che ne risulti garantito lo svolgimento della libertà di tutti*» (Corte cost., sent. n. 2 del 1957).

Basti pensare alle previsioni contenute nell'art. 32, co. 2 Cost. – («*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*») – sulla libertà terapeutica che addirittura possono essere intese nel senso di opporre il valore della vita alla visione individuale della dignità, posto che il soggetto chiamato a ricevere le cure è «un soggetto razionale, capace di scegliere con consapevolezza, in grado di portare la responsabilità delle conseguenze delle proprie scelte, autonomo e indipendente»<sup>71</sup>.

La Costituzione, d'altronde, non vuole imporre un “modello” di personalità, bensì assicurare che il soggetto possa sviluppare quella propria, o più precisamente “autodeterminarsi”, liberamente anche nelle cure<sup>72</sup> – e centrale a tal fine risulta la pienezza del diritto al c.d. «consenso informato»<sup>73</sup> – nel limite esterno della «*pari dignità sociale*»

<sup>71</sup> M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32...*, cit., p. 464.

<sup>72</sup> Per la giurisprudenza costituzionale «*il principio di libera scelta non è assoluto e va contemperato con gli altri interessi costituzionalmente protetti, in considerazione dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore ordinario incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili*»: sent. n. 94 del 2009, nonché sentt. n. 267 del 1998 e n. 416 del 1996. Per altro verso, la Corte ha chiarito, decidendo sul c.d. caso del multitattamento Di Bella, che il SSN è tenuto a coprire i costi delle cure la cui efficacia sia comprovata o, al massimo, per le quali sia in corso un procedimento di verifica dell'effettiva efficacia medica: «*Non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico-scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica*»: sent. n. 185 del 1998.

<sup>73</sup> Senza poter entrare nel merito di una questione di vasto interesse che però esula dall'oggetto precipuo di questo scritto, in riferimento al profilo dell'autodeterminazione nelle cure ci si limita a ricordare che la Corte cost., nella sent. n. 438 del 2008, ha affermato che «*il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione*»;

(art. 3, co. 1 Cost.) da opporre ai terzi e ai pubblici poteri, ma altresì allo stesso titolare del diritto, «cui è preclusa la scelta di degradarsi nei confronti degli altri consociati»<sup>74</sup>.

Allo stesso modo, ove sia necessario tutelare l'interesse collettivo

---

nello stesso senso sent. n. 253 del 2009; cfr. pure ord. n. 207 del 2018. In effetti, come rilevato dalla dottrina (G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 91) «il diritto ad una adeguata informazione accompagna sempre e necessariamente il diritto alla salute», giacché in caso contrario sarebbe illegittimamente vulnerata la libertà terapeutica che è libertà di curarsi, ma anche di non curarsi. A tale proposito sempre lo stesso A. ha rilevato che il legislatore ordinario «non ha previsto trattamenti sanitari obbligatori per preservare comunque la vita di una persona anche contro la sua volontà» (*ivi*, pp. 106 s.; si vd. sul punto Corte cost., sentt. n. 307 del 1990, nonché n. 258 del 1994), neppure se si tratti di idratazione e alimentazione forzate che sono considerati dalla giurisprudenza trattamenti sanitari. Successivamente all'introduzione della legge 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») che recepisce e sviluppa gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, ma soprattutto ordinaria – in particolare: Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049 e Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 – sul rifiuto delle cure, lo stesso Giudice costituzionale si è spinto ad affermare che «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale. Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri. La conclusione è dunque che entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»: sent. n. 242 del 2019. Per uno sguardo generale sull'autodeterminazione nelle cure si rinvia a L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019.

<sup>74</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di M. LUCIANI, *Salute:...*, cit., p. 10.

alla salute generale – e non un qualunque interesse pubblico<sup>75</sup> – che al pari del diritto fondamentale alla salute l'art. 32 Cost. affida alle cure della «*Repubblica*» – ossia all'insieme dei governanti – devono ricorrere determinate condizioni. La norma difatti giustifica l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio ove sia osservato il principio della riserva relativa di legge<sup>76</sup> (nella quale sia incontrovertibile la volontà del legislatore di rendere obbligatorio il trattamento sanitario)<sup>77</sup> e il rispetto, appunto, della persona umana – o meglio della sua «*pari dignità sociale*» – concetto più circostanziato rispetto a quello sfuggente e relativizzabile della dignità umana che inizialmente nel progetto di Costituzione era stato proposto come limite<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 313; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, pp. 875 ss. L'interesse collettivo «nel contesto limitato alla salute in cui si muove l'art. 32, non può essere altro che quello della salute degli altri» e non quello «più generale e generico che la collettività, in astratto, ha alla salute e al benessere dei propri membri»; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2469. Cfr. anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 386; cfr.: Corte cost., sent. n. 307 del 1990; n. 258 del 1994; n. 118 del 1996.

<sup>76</sup> Così V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. e Soc.*, 1982, pp. 558 s.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e Soc.*, 1984, p. 55; e nello stesso senso la giurisprudenza costituzionale: sent. n. 258 del 1994; ed implicitamente, secondo taluni – 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*, n. 1/2018, p. 92 – anche nella sent. n. 5 del 2018). Da altra parte, invece, è stato sostenuto il carattere assoluto della riserva: B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e Soc.*, 1983, p. 28. A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 87 s.

<sup>77</sup> M. LUCIANI, *Salute:...*, cit., p. 10.

<sup>78</sup> *Ib.* Molto critico sulla scelta del Costituente a causa della «formula terribilmente vaga»: S. LESSONA, *La salute pubblica*, in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze, 1950, pp. 336 ss. Sebbene nella sent. n. 309 del 1999 la Corte qualifichi «il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» pare potersi comunque sostenere la strumentalità della salute individuale alla possibilità della piena realizzazione della persona e che il riferimento sia alla dignità sociale, concetto questo oggettivabile, opponibile anche ai pubblici poteri. In tal senso si vd. la giurisprudenza amministrativa sul rifiuto delle cure e dunque sull'interruzione dei trattamenti sanitari (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460): «L'obbligo di fare in capo all'Amministrazione non discende solo dall'espressa volontà di interrompere il trattamento sanitario, manifestato dal malato, e quindi nell'attuazione dell'inviolabile principio personalistico, ma anche dall'adempimento di un indefettibile dovere solidaristico, che impone allo Stato e, per esso, all'amministra-

Diversa invece è la disciplina applicabile ai trattamenti sanitari coattivi, ossia quelli che possono essere imposti con il ricorso alla forza pubblica, i quali sono soggetti ai limiti ancora più stringenti previsti dall'art. 13 Cost., posto che tale norma viene considerata applicabile a tutte le misure coercitive<sup>79</sup>. Di conseguenza, la riserva di legge non è relativa, bensì assoluta e inoltre è necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria.

## 5. L'interesse collettivo alla salute: dalle vaccinazioni obbligatorie all'emergenza pandemica

Le buone condizioni della situazione sanitaria generale degli ultimi hanno contribuito alla maggiore attenzione per il bene della salute come diritto individuale più che come interesse della collettività – anche se, ad essere sinceri, neppure nei primi anni di vigore della Costituzione repubblicana il profilo dell'interesse collettivo fu trattato con molta attenzione, benché la prevenzione e la repressione della circolazione delle infezioni fossero temi di stretta attualità applicativa<sup>80</sup>.

Ad ogni modo le previsioni di cui all'art. 32 Cost., per le quali un trattamento sanitario può essere imposto solo con legge e comunque in nessun caso può «violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» sono state ulteriormente specificate dalla giurisprudenza costituzionale<sup>81</sup>. È stato difatti chiarito che «l'art. 32 Cost. postula il necessario temperamento 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», di talché «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato

---

zione sanitaria di aiutare la persona a rimuovere gli ostacoli di fatto, di ordine fisico o psichico, che non le consentono di realizzare pienamente la sua personalità, anzitutto nel suo percorso di sofferenza, anche attraverso il rifiuto e l'interruzione di cure non avvertite più rispondenti alla visione della propria vita e della propria dignità».

<sup>79</sup> Per tutti: A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 296 ss.

<sup>80</sup> Cfr. D. MORANA, *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione riduttiva dell'art. 32 Cost. nel primo "trentennio sanitario"*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, pp. 11 ss.

<sup>81</sup> Sentt. n. 307 del 1990; n. 258 del 1994; n. 118 del 1996; n. 5 del 2018.

*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, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria»<sup>82</sup>.*

<sup>82</sup> In forza del carattere solidaristico del trattamento sanitario obbligatorio, il paziente che a causa dello stesso abbia subito una menomazione di non lieve entità e non reversibile, indipendentemente dal dolo o dalla colpa degli operatori, ha diritto ad un equo ristoro a carico della collettività (sent. n. 307 del 1990). Più diffusamente, «*La menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare le seguenti situazioni: a) il diritto al risarcimento del danno, secondo la previsione dell'art. 2043 cod. civ., in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 della Costituzione in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, ove ne sussistano i presupposti a norma degli artt. 38 e 2 della Costituzione, a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali*»: sent. n. 226 del 2000. In tema contagio da trasfusioni la Corte ha altresì specificato che «*l'indennizzo consiste in una misura di sostegno economico fondata, non già, come assume il rimettente, sul dovere dello Stato di evitare gli effetti teratogeni degli interventi terapeutici, ma sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua degli artt. 2 e 38 della Costituzione, a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno*»: sent. n. 342 del 2006; cfr. B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, p. 102. Si deve, inoltre, ricordare che nella sent. n. 268 del 2017, la Corte ha affermato il diritto al risarcimento del danno da vaccinazione influenzale facoltativa, chiarendo che la sussistenza dell'obbligo o della raccomandazione non è rilevante al fine della garanzia dell'interesse collettivo alla salute – posizione, più recentemente, ribadita a muovere dal rilievo che «*benché la tecnica della raccomandazione esprima maggiore attenzione all'autodeterminazione individuale (o, nel caso di minori, alla responsabilità dei genitori) e, quindi, al profilo soggettivo del diritto fondamentale alla salute, tutelato dal primo comma dell'art. 32 Cost., essa è pur sempre indirizzata allo scopo di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo*.[... Di talché, per questo profilo] *non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione*»: sent. n. 118 del 2020. A motivo di ciò, il risarcimento non può essere limitato solo ad una categoria di pazienti: «*Sarebbe del resto irragionevole riservare a coloro che hanno aderito alle ricordate raccomandazioni delle autorità sanitarie pubbliche un trattamento deteriore rispetto a quello riconosciuto a quanti abbiano ubbidito ad un precetto*», posto che in ogni caso alla base dell'adesione alle campagne di profilassi vaccinale vi è un «*patto di solidarietà*» tra individuo e

Per quanto qui più interessa, questi arresti individuano due condizioni sostanziali di legittimità per l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio: il perseguimento di un fine solidaristico di tutela della salute altrui<sup>83</sup>; la necessità che non vi sia pregiudizio per lo stato di salute individuale, salvo quelle che possono essere le conseguenze «normali» o comunque «tollerabili» collegate ad ogni intervento sanitario<sup>84</sup>.

L'interesse pubblico alla salute collettiva, alla luce di quanto si è detto, non può prevalere sul diritto individuale se non quando il legislatore ritenga sproporzionato, rispetto al sacrificio richiesto a livello individuale, il danno che si produrrebbe per la società nel caso inverso – si badi però che ci si sta riferendo al bilanciamento tra interesse collettivo e interesse individuale all'interno del solo art. 32 Cost., giacché gli esiti sono diversi se si guarda ad esempio all'art. 52 Cost.: in questo caso, difatti, esso si risolve nel sacrificio completo del secondo interesse, giacché si chiede al «cittadino soldato di offrire la sua vita a difesa della collettività»<sup>85</sup>.

Tali approdi paiono anche in sintonia con i recentissimi arresti della Corte EDU<sup>86</sup> in tema di vaccinazioni obbligatorie dove si afferma

---

collettività (sent. n. 268 del 2017). Come è stato osservato dalla dottrina il Giudice costituzionale condivisibilmente chiarisce che «Le campagne di informazione promosse per stimolare l'adesione volontaria alla prevenzione mediante vaccino creano fiducia verso le istituzioni sanitarie, facendo sorgere un principio di affidamento dei cittadini e di correlativa responsabilità delle amministrazioni pubbliche»: così 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 *Forum di quaderni costituzionali*, p. 10.

<sup>83</sup> E ovviamente della propria: d'altronde è frequente nel diritto pubblico la situazione per la quale il soggetto del dovere è «lo stesso soggetto dell'interesse per cui si ha tale dovere»: S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2019, p. 124.

<sup>84</sup> M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32...*, cit., p. 458. Pertanto, in forza della norma costituzionale il trattamento sanitario obbligatorio può essere disposto «solo quando sia in discussione non solo la salute del singolo ma – in contemporanea e direttamente – anche quella della collettività. Nel senso cioè che l'ipotizzato trattamento coercitivo dev'essere indispensabile al fine di evitare una situazione di pericolo per la salute dei consociati, non potendosi comunque pregiudicare la salute di chi vi viene sottoposto»: così P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, pp. 154 s.

<sup>85</sup> S. LESSONA, *La salute pubblica*, cit., p. 338.

<sup>86</sup> Corte EDU, 8 aprile 2021, Vavříčka e altri v. Repubblica Ceca, ricorso n. 47621/13 ed altri.

apertamente che simili obblighi «*can be regarded as being 'necessary in a democratic society'*»<sup>87</sup>. Il Giudice sovranazionale, in particolare, giunge a queste conclusioni pronunciandosi sulla legittimità di una decisione che aveva disposto delle sanzioni per il mancato rispetto della legislazione della Repubblica Ceca sull'obbligo vaccinale infantile. La disciplina nazionale viene ritenuta compatibile con l'articolo 8 della CEDU («Diritto al rispetto della vita privata e familiare») dal Giudice di Strasburgo a muovere dal richiamo al principio della solidarietà sociale, nonché in forza dell'accertamento della proporzionalità delle restrizioni alla libertà individuale richieste per la tutela della salute di tutti i membri della società, considerando «*particularly those who are especially vulnerable with respect to certain diseases and on whose behalf the remainder of the population is asked to assume a minimum risk in the form of vaccination*» (§ 279). Colpisce però il passaggio finale della motivazione della sentenza nel quale la Corte EDU enfatizza che il motivo centrale rispetto al quale si chiede l'intervento della Corte è la valutazione del rispetto del margine di apprezzamento nazionale nel bilanciamento tra le opposte esigenze in campo, più che l'accertamento della possibilità di optare per una legislazione facoltizzante al pari di quanto è previsto in altri Stati europei<sup>88</sup>. Proprio pronunciandosi su questi primo profilo, la Corte di Strasburgo chiarisce che un simile obbligo vaccinale, laddove fortemente sostenuto dalle competenti autorità sanitarie alla luce del dato scientifico, non vulnera quello che è stato definito come l'equilibrio tra «*the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention*»<sup>89</sup>, e anzi «*can be regarded as being 'necessary in a democratic society'*»<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Così, *ivi* § 310.

<sup>88</sup> Tra i primi commenti sulla sentenza si vd. A. SCARCELLA, *La Corte di Strasburgo decide sulla vaccinazione infantile obbligatoria: non è violazione della CEDU*, in *il Quotidiano Giuridico*.

<sup>89</sup> Il richiamo è alla definizione per la quale «*the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention*»: R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 s.

<sup>90</sup> Segnatamente nel § 310, si conclude che «*The Court would clarify that, ultimately, the issue to be determined is not whether a different, less prescriptive policy might have been adopted, as has been done in some other European States. Rather, it is whether, in striking the particular balance that they did, the Czech authorities*

### 5.1. Il dato scientifico nella determinazione della proporzionalità dell'obbligo

Al pari di quanto statuito in ambito sovranazionale, per saggiare la proporzionalità del sacrificio richiesto alla libertà terapeutica, in tema di vaccini, anche il Giudice costituzionale italiano ritiene che si debbano considerare le concrete condizioni sanitarie ed epidemiologiche accertate dalle autorità preposte a farlo<sup>91</sup>. In altre parole, il legislatore è tenuto a modulare gli strumenti per dare attuazione al dovere di solidarietà sociale, scegliendo tra l'obbligatorietà e la facoltatività<sup>92</sup>, a seconda dell'andamento della situazione sanitaria generale.

Più diffusamente, l'azione del legislatore deve essere governata dai due elementi che caratterizzano la materia: da una parte, l'insuperabile provvisorietà dei risultati della ricerca medico-scientifica, in continua evoluzione; dall'altra, le condizioni sanitarie ed epidemiologiche periodicamente accertate dagli organi competenti. In base all'andamento di queste due variabili in un determinato momento storico, dunque, il legislatore esercita la sua discrezionalità, effettuando «un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di garantire una prevenzione efficace e quella di non coartare oltre misura il diritto all'autodeterminazione del singolo che non intenda sottoporsi al trattamento sanitario [... con] la clausola implicita che, al mutare di quelle condizioni, pure quella valutazione è destinata a variare»<sup>93</sup>.

---

*remained within their wide margin of appreciation in this area. It is the Court's conclusion that they did not exceed their margin of appreciation and so the impugned measures can be regarded as being 'necessary in a democratic society'.* Ancor più efficacemente osserva il Giudice Lemmens nella sua *concurring opinion*: «*While everyone enjoys fundamental rights in a given society, a fact which must be respected by the State, individuals do not live in isolation. By the nature of things, they are members of that society. Life in society ('living together') requires respect by each member of society for certain minimum requirements*»: così già Corte EDU, 1° luglio 2014, S.A.S. v. France [GC], n. 43835/11.

<sup>91</sup> Sul principio di ragionevolezza si rinvia a L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1997, pp. 899 ss.; mentre sulla sua specificazione in termini di proporzionalità si vd.: M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, accessibile dal sito ufficiale della Corte costituzionale.

<sup>92</sup> Sent. n. 5 del 2018.

<sup>93</sup> V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, 1, p. 466; così anche

Sembra esservi, dunque, «una relazione di proporzionalità inversa tra il livello di copertura vaccinale attestato e l'intensità del vincolo giuridico che accompagna la previsione del vaccino»<sup>94</sup>. Se la copertura vaccinale è elevata la scelta cade sulla raccomandazione, ma se il livello scende si apre lo spazio per l'obbligatorietà del trattamento sanitario. In altre parole, come osservato dal giudice amministrativo sulla scorta proprio di questi approdi della Corte: «*la scelta tra obbligo o raccomandazione ai fini della somministrazione del vaccino costituisce in particolare il punto di equilibrio, in termini di bilanciamento tra valori parimenti tutelati dalla Costituzione (nonché sulla base dei dati e delle conoscenze scientifiche disponibili), tra autodeterminazione del singolo da un lato (rispetto della propria integrità psico-fisica) e tutela della salute (individuale e collettiva) dall'altro lato*»<sup>95</sup>. Nondimeno nell'am-

---

L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in Forum di quaderni costituzionali, 11 settembre 2018, p. 31. Come già affermato dalla Corte «*la discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte*» (sent. n. 268 del 2017), nonché delle nuove e costanti acquisizioni della ricerca medica (sent. n. 282 del 2002).

<sup>94</sup> V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità...*, cit., p. 467. Prosegue la stessa A. osservando: «La Consulta, però, si premura di precisare che l'intervento de quo è da ritenersi non irragionevole 'allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche' e che, però, 'nulla esclude che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata'. L'obbligatorietà corredata dalla clausola *rebus sic stantibus* (questa sembra poter essere la sintesi di questo *caveat* della Corte) è certamente la soluzione che meglio concilia le istanze contrapposte che si agitano intorno al tema dei vaccini, specie in un momento storico in cui il progresso scientifico è pressoché quotidiano» (*ib.*). Altri hanno osservato che il sacrificio della libertà terapeutica appare ragionevole, giacché la Corte fuga ogni dubbio che dietro l'irrobustimento – peraltro temporaneo – del meccanismo solidaristico con cui soddisfare l'interesse collettivo alla salute vi sia «una determinata visione etica o culturale del rapporto tra paziente ed istituzione sanitaria [...rinviano espressamente all'] apprezzamento della appropriatezza medica del trattamento proposto a tutela della salute generale. La valutazione della ragionevolezza giuridica è [quindi] chiamata ad integrare nel proprio ambito e nella propria metodologia anche il dato tecnico, sia pure colto nella sua evoluzione e con criteri di flessibilità»: C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale...*, cit., p. 12.

<sup>95</sup> TAR Lazio, Sez. III-*quater*, 2 ottobre 2020, n. 10047; ID., 2 ottobre 2020, n. 10048; con le quali il giudice amministrativo ha annullato l'ordinanza del Presidente della Regione Lazio del 17 aprile 2020, n. Z00030, recante «Disposizioni in merito alla campagna di vaccinazione antinfluenzale e al programma di vaccinazione anti-pneumococcica per la stagione 2020-2021» con la quale la Regione Lazio aveva «imposto l'obbligo della vaccinazione antinfluenzale stagionale per tutte le persone al di sopra

bito della sua discrezionalità «nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, [...] egli [può] selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo»<sup>96</sup>.

Il bilanciamento in questione, ancora diversamente, è proporzionale se il pericolo per la salute collettiva «non deve essere evitabile con misure alternative all'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, in quanto in caso contrario lo Stato sarà tenuto a porre in essere le misure, diverse dai trattamenti sanitari obbligatori, in grado di evitare il pericolo per la salute collettiva senza il sacrificio della libertà personale dei cittadini»<sup>97</sup>. Inoltre, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa già ricordata, la scelta «tra obbligo e raccomandazione» – riguardante nel caso in specie il vaccino antinfluenzale – essendo «il frutto di una operazione di bilanciamento complessa ed articolata tra libertà del singolo e tutela della salute individuale e collettiva [...] non potrebbe essere derogata dalle regioni neppure in melius ossia in senso più restrittivo (elevando, in altre parole, il livello di obbligatorietà per talune fasce di età e per alcune categorie professionali “a rischio”) [... giacché] L'ordinamento costituzionale non tollera interventi regionali di questo genere, diretti nella sostanza ad alterare taluni difficili equilibri raggiunti dagli organi del potere centrale». In sostanza, solo allo Stato va «ascritta ogni competenza e responsabilità – anche di matrice politica – in merito alla decisione di introdurre o meno obblighi di questo genere»<sup>98</sup>.

---

dei 65 anni di età (pena il divieto di frequentare luoghi di facile assembramento come centri sociali e case di riposo) nonché per tutto il personale sanitario e sociosanitario operante in ambito regionale (pena il divieto di avere accesso ai rispettivi luoghi di lavoro)».

<sup>96</sup> Così TAR Calabria, Sez. I, 15 settembre 2020, n. 1462 che ha annullato l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 27 maggio 2020, n. 47, con la quale è stato disposto l'obbligo di vaccinazione antinfluenzale per le seguenti categorie di persone: «a) Soggetti di età = 65 anni: l'obbligo decorre dal 15 settembre 2020, o dalla data di compimento dei 65 anni, se successiva, previa acquisizione della disponibilità dei vaccini. b) Medici e personale sanitario, sociosanitario di assistenza, operatori di servizio delle strutture di assistenza, anche se volontario».

<sup>97</sup> Cfr. A. A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° novembre 2017, p. 15.

<sup>98</sup> Per il TAR Lazio (Sez. III-quater, 2 ottobre 2020, n. 10047 e 10048) inoltre «Il

## 5.2. *La proporzionalità declinata in prevenzione dell'emergenza sanitaria*

Dalla giurisprudenza sulle vaccinazioni pare possibile ricavare un paradigma di intervento emergenziale legittimo per ragioni di polizia sanitaria<sup>99</sup>, il quale chiama in causa inevitabilmente il ruolo della scienza e della tecnica nella formazione della decisione normativa e amministrativa<sup>100</sup>. Più esplicitamente, per analizzare la ragionevolezza, ma soprattutto la proporzionalità del bilanciamento operato dal decisore politico è essenziale il riferimento al dato tecnico-scientifico sia in termini di strumentario medico (e non solo) per il contrasto delle infezioni sia in termini di conoscibilità della situazione epidemiologica. Il rapporto tra scienza e diritto, d'altronde, si pone pure come questione fondamentale nell'apprezzamento delle scelte del legislatore da parte del Giudice costituzionale<sup>101</sup>, e altresì, "a cascata", per lo scrutinio di

---

*confine tra terapie ammesse e non ammesse, o meglio tra trattamenti obbligatori e non obbligatori (oppure raccomandati, come nel caso dei vaccini), rientra tra i principi fondamentali della materia 'tutela della salute' e deve dunque essere stabilito dallo Stato; [...] ciò anche allo scopo di garantire 'misure omogenee su tutto il territorio nazionale'»; nello stesso senso TAR Calabria, Sez. I, 15 settembre 2020, n. 1462. Si vd. pure Corte cost., sentt. n. 169 del 2017; n. 338 2003; n. 282 del 2002; n. 258 del 1994.*

<sup>99</sup> Un nuovo esempio dell'antagonismo tra le situazioni giuridiche tutelate dall'art. 32 (interesse della collettività alla salute al corrispondente diritto individuale), in forza della disciplina emergenziale è stato individuato nell'obbligo di quarantena previsto per i soggetti positivi al Covid-19: esso difatti incide sulla libertà terapeutica «e potrebbe forse ricondursi alla categoria dei trattamenti sanitari obbligatori, regolati dallo stesso art. 32 Cost. ma non, invece, alla categoria dei trattamenti sanitari coattivi, la cui disciplina rinviene il fondamento nel combinato disposto degli artt. 32 e 13 Cost.; È vero, infatti, che in passato erano stati inquadrati tra i trattamenti sanitari coattivi taluni casi di ricoveri o isolamenti forzati; tuttavia nel caso determinato dalla pandemia da Covid-19 non sembra ricorrere il requisito, necessario per l'individuazione di tali categorie di trattamenti sanitari, del ricorso alla coercizione fisica»: V. TAMBURRINI, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia...*, cit. 37.

<sup>100</sup> Per approfondimenti sul ruolo del dato tecnico-scientifico sulle scelte legislative, si vd. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione e contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; nonché nella prospettiva specifica del diritto alla salute D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019. Più generale sul tema vd.: S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006.

<sup>101</sup> Cfr. S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. Dir.*, n. 2/2015, pp. 271 ss. A tal proposito ci si limita a ricordare, ad esempio, che in riferimento all'appropriatezza delle scelte terapeutiche la Corte costi-

legittimità degli altri atti subordinati alla legge sottoposti anzitutto alla valutazione del giudice amministrativo<sup>102</sup>.

La dottrina, d'altronde, a muovere dal dato testuale dell'art. 32<sup>103</sup>, che peraltro qualifica la salute prima come fondamentale diritto dell'individuo e poi come interesse della collettività<sup>104</sup>, ha ricavato che ove si versi in circostanze ordinarie prevarrà la prima situazione, mentre sarà data precedenza alla seconda eccezionalmente<sup>105</sup>.

Si deve puntualizzare però che il concetto di non "normalità" o di eccezionalità che giustifica la prevalenza dell'interesse collettivo appare da leggere anche con la lente del principio di precauzione. A riprova

---

tuzionale ha affermato – in riferimento al c.d. "caso Stamina" – che non «*potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovra-nazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici*' (sentenza n. 282 del 2002)»: sent. n. 274 del 2014.

<sup>102</sup> Cfr.: TAR Lazio, Sez. I, 22 luglio 2020, n. 8615 nella quale è stato riconosciuto l'accesso civico ai sensi dell'art. 5 d.l.g. 14 marzo 2013 n. 33 avverso i «*verbali del comitato tecnico-scientifico costituito con ordinanza del capo del dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*», in ragione del fatto che essi «*indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei d.P.C.M. con le misure di contenimento per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, emanati ai sensi dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, conv., con modificazioni, in l. 5 marzo 2020 n. 13, e dell'art. 2 d.l. 25 marzo 2020 n. 19, conv., con modificazioni, in l. 22 maggio 2020 n. 35, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività*». Orbene, appare opportuno rammentare che «quando il giudice decide su un caso che implica la soluzione di una questione scientificamente controversa, deve sempre giudicare un fatto, di cui la scienza è elemento costitutivo e, sulla base della propria scienza, dire ciò che è vero e ciò che è falso. Ma solo apparentemente per il giudice la scienza si dà in quanto fatto. Il "materiale" su cui il giudice lavora, se inteso in senso kelseniano, è piuttosto la scienza in quanto fatto qualificato giuridicamente, cioè fattispecie. Il fatto scientifico è, infatti, già costituito, attraversato, dal diritto: la soluzione della questione scientifica dipende dalle domande che il giudice pone al fatto (le domande che formula – o omette di formulare – al consulente)»: così L. BUFFONI, *La grammatica della legge scientifica nel caso "Stamina"*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3 ottobre 2015, p. 16.

<sup>103</sup> Come osservato, per esempio, da G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, p. 256.

<sup>104</sup> S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, p. 904.

<sup>105</sup> Ossia, solo in presenza di un «pericolo immediato per la collettività»: così B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 64; ovvero solo per la «tutela della salute dell'insieme degli altri consociati»: così D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 3<sup>a</sup> ed., 2018, p. 43.

di ciò, si può richiamare la più volte ricordata sent. n. 5 del 2018 ove viene chiarito che «*la copertura vaccinale è strumento di prevenzione e richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto. Deve perciò concludersi che rientra nella discrezionalità del Governo e del Parlamento intervenire prima che si verifichino scenari di allarme*»<sup>106</sup>. L'interesse collettivo, dunque, pare poter essere legittimamente considerato come prevalente già in una situazione di emergenza sanitaria, giacché il primo obiettivo è evitare l'epidemia e, ove il tentativo sia risultato infruttuoso, reprimerla efficacemente. Tradizionalmente, difatti, nel concetto di salute pubblica rientra una «parte preventiva o tutela contro il morbo (*Sanitätswesen*) e parte repressiva (*Heilweaen*) [... e ciò] dimostra ancora una volta che per tutela della salute pubblica deve intendersi l'azione dello Stato diretta a prevenire e reprimere i danni che all'organismo umano possono derivare dallo stato di malattia»<sup>107</sup>.

Si può dunque sostenere che già quando si versa in una situazione di emergenza sanitaria qualificata come tale dalla scienza e non solo quando si è aperto lo scenario ben più grave – e assolutamente da evitare – dell'epidemia, l'interesse della collettività alla salute prevale sul diritto individuale e «l'interesse collettivo alla salute che giustifica siffatte limitazioni si risolve anzi, a guardar bene, nel diritto individuale degli altri componenti della collettività alla tutela della propria salute»<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Si legge, infatti, a tale proposito nella stessa sent. n. 5 del 2018 che «*A fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro, questa Corte ritiene che rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione*». Cfr. i contributi della dottrina in merito al principio di precauzione durante la pandemia: L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, pp. 71 ss.; F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, n. 32/2020, pp.183 ss.

<sup>107</sup> S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, vol. I, Torino, 1914, pp. 16 s.

<sup>108</sup> F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione...*, cit., p. 312.

### 5.3. La dimensione dell'emergenza sanitaria

Come chiarito da Vezio Crisafulli, dalla lettera dell'art. 32 Cost. si ricava che l'interesse pubblico protetto dalla norma è «la salute collettiva»<sup>109</sup>: di talché, una situazione eccezionale, idonea ad azionare la tutela in parola, non potrà aversi nel caso in cui il potenziale pregiudizio sia patito da un singolo o da un gruppo ristretto di individui<sup>110</sup>. Per essere rilevante ai fini della norma in questione, difatti, dovrà «riguardare un numero rilevante di individui, ossia essere dotato di una apprezzabile estensione»<sup>111</sup>.

La dimensione dell'emergenza sanitaria, per altro verso, è determinante per individuare il livello di governo competente ad adottare i necessari provvedimenti di prevenzione e repressione della circolazione delle malattie infettive e diffusive: come emerge dall'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, a tenor del quale «*Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni*», laddove «*in ragione della dimensione dell'emergenza*» non siano chiamati a provvedere il livello regionale o locale<sup>112</sup>.

Tuttavia, prima, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante «Misure urgenti

<sup>109</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., p. 562.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> A.A. NEGRONI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute individuale e collettiva*, cit., p. 12.

<sup>112</sup> In particolare, l'art. 117 del d. lgs n. 112 del 1998 prevede che «*In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali*» e così ugualmente l'art. 50, co. 5 del d. lgs n. 267 del 2000. Anche nel vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, il legislatore conferma la volontà di ritagliare il governo dell'emergenza sanitaria in base alla dimensione dei territori da essa interessati. In particolare, il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 («Codice della protezione civile») nel combinato disposto dell'art. 7, comma 1, lettera c) e dell'art. 24) radica nello Stato il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti di protezione civile, acquisita l'intesa con le Regioni e le Province autonome «*territorialmente interessate*» quando sebbene l'emergenza sia localizzata essa però abbia comunque assunto un «*rilievo nazionale*» a motivo della inadeguata «*capacità di risposta operativa di Regioni ed enti locali*» (sent. n. 327 del 2003; cfr., pure, sent. n. 246 del 2019).

per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», ha previsto che «*per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità*» (art. 1, co. 1) potevano essere adottati tutta una serie di provvedimenti individuati dall'art. 1, co. 2 con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, assunti successivamente all'acquisizione del parere dei Presidenti delle Regioni interessate, o, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (art. 2)<sup>113</sup>; poi successivamente l'art. 1, co. 2, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44 ha disposto che «*In ragione dell'andamento dell'epidemia, nonché dello stato di attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini [...], con deliberazione del Consiglio dei ministri sono possibili determinazioni in deroga al primo periodo e possono essere modificate le misure stabilite dal provvedimento di cui al comma 1 nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 19 del 2020*», attraendo quindi questo specifico potere derogatorio, già attribuito a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, nella sfera collegiale del Consiglio dei ministri. In forza di questi due previsioni, dunque, l'area d'intervento del Ministro della salute prevista dalla l. n. 833 del 1978 è stata implicitamente derogata, sì da trasformare le ordinanze in parola da atti a competenza generale a provvedimenti circoscritti nei rigorosi limiti dettati dall'art. 2, co. 2 del d.l. n. 19 del 2020 – («*Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute le misure di cui all'articolo 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833*»<sup>114</sup>).

L'accentramento della gestione della pandemia da Covid-19, peraltro, è stato recentemente scrutinato dalla Corte costituzionale, in occasione del promovimento da parte dello Stato di un giudizio in via principale avverso la legittimità della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 («*Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regio-*

<sup>113</sup> Criticamente vd.: M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, pp. 190 s.

<sup>114</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 128 s.

ne autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza»), che aveva disciplinato la gestione regionale dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

La Corte, dunque, nella sent. n. 37 del 2021, coerentemente con quanto già rilevato in fase cautelare per la sospensione della disciplina impugnata<sup>115</sup>, ha statuito che la materia dell'intervento regionale – ossia la «*profilassi internazionale*» – è attribuita dall'art. 117, co. 2, lettera q Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e che, nondimeno, essa «è *comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla*». In conformità con la sua giurisprudenza<sup>116</sup>, il Giudice delle leggi ha ribadito che per profilassi internazionale si deve intendere ogni norma a garanzia dell'«*uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale*» (sent. n. 5 del 2018), i quali in riferimento all'infezione indotta dal virus Covid-19 possono ricondursi alla dichiarazione di emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 30 gennaio 2020<sup>117</sup>. Per la Corte, d'altronde, «*ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno*». Ne segue che la profilassi internazionale e la «*profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie*», anche in forza della legge n. 833 del 1978<sup>118</sup>, sono strettamente legate tra loro e dunque non può essere escluso «*un riaccentramento dell'insieme di tali funzioni, ove la pandemia imponga politiche sanitarie comuni*». Questo inglobamento della profilassi delle malattie infettive e diffuse in parola nella materia di cui alla menzionata alla lett. q, e dunque nella sfera di competenza esclusiva statale,

---

<sup>115</sup> Si vd. Corte cost. ord. n. 4 del 2021.

<sup>116</sup> Sentt. n. 5 del 2018, n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004.

<sup>117</sup> Prosegue la Corte osservando che: «*La malattia da COVID-19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo, al punto che fin dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati*».

<sup>118</sup> Vd. art. 6 della legge n. 833 del 1978, sebbene il successivo art. 7 provvedesse a delegare alle Regioni «*la profilassi delle malattie infettive e diffuse*».

sono anche confermati dalla riforma del Titolo V del 2001, laddove si tratti di provvedere alla cura degli interessi coinvolti nella prevenzione e/o il contrasto di *«una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata ‘internazionale’, sulla base della diffusività che la connota»*. Invero, il Giudice costituzionale prosegue – nella stessa sent. 37 del 2021 – argomentando che nel caso di malattie altamente contagiose capaci di diffondersi a livello globale *«ragioni logiche, prima che giuridiche»*<sup>119</sup> giustificano *«l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività»*<sup>120</sup>. Non è chi non veda come *«ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta all’ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla. Omettere, in particolare, di spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali»*.

D'altronde, la scelta si giustifica anche solo con la chiamata in sussidiarietà nel livello di governo superiore<sup>121</sup>: davanti ad una simile estensione del contagio – che si proietta non solo a livello nazionale, ma anche oltre – le misure di prevenzione e/o repressione della diffusione del virus (misure di quarantena; restrizioni imposte alle attività quotidiane; approccio terapeutico; criteri e modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; approvvigionamento di farmaci e vaccini, etc...) devono essere guidate da un *«indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme»* per superare lo scrutinio di non irragionevolezza o più precisamente di proporzionalità<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Cfr. sent. n. 5 del 2018.

<sup>120</sup> Nello stesso senso: sentt. n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002.

<sup>121</sup> Come peraltro aveva già sostenuto U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell’epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020, pp. 258 s.

<sup>122</sup> Molto efficacemente la Corte osserva che: *«innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coesenziali al disegno di contrasto di una*

Tali argomenti peraltro trovano riscontro pure nella ricordata recente giurisprudenza amministrativa in materia di vaccinazioni obbligatorie<sup>123</sup>, per la quale in caso di «valenza infraregionale (e comunque sovracomunale), il presidente della regione interessata risulterà ben legittimato ad intervenire. Laddove invece la dimensione assuma quanto meno portata ultraregionale se non addirittura nazionale (come del resto nel caso di specie) la competenza ad adottare simili provvedimenti di urgenza non potrà che essere riservata al centro di imputazione ministeriale»<sup>124</sup>.

## 6. L'emergenza sanitaria come tempo dei doveri

Non pare potersi dubitare che «la Costituzione riconosca un interesse obiettivo dell'ordinamento avente come centro di riferimento il bene-salute»<sup>125</sup>, in forza del quale la comunità dei governati è tenuta «ad attivarsi per far sì che quel bene (la cui tutela è di 'importanza primaria' [...]) non corra pericoli di compromissione se già posseduto, e sia concretamente conquistato dai singoli e dalla collettività (se assente)»<sup>126</sup>. Il predetto interesse dell'ordinamento, in via di principio, è sovrapponibile all'interesse dei singoli nel senso che «tanto migliore sarà la vita di una società tanto migliore sarà la condizione di salute

---

*crisi epidemica. In definitiva, per quanto fondamentale sia l'apporto dell'organizzazione sanitaria regionale, a mezzo della quale lo Stato stesso può perseguire i propri scopi, il legislatore statale è titolato a prefigurare tutte le misure occorrenti». D'altra parte, la dottrina ha letto le affermazioni contenute nella sent. n. 37 del 2021 come un invito generale della Corte a «passare da un regionalismo inutilmente legislativo ad un regionalismo di esecuzione; la direzione dei processi deve essere il più possibile unitaria (anche per non indebolire l'Italia in Europa), l'attuazione dei processi deve essere ragionevolmente vicina ai territori»: B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *federalismi.it*, 21 aprile 2021, p. 4.*

<sup>123</sup> Si tratta delle già ricordate sentt. TAR Lazio, Sez. III-*quater*, 2 ottobre 2020, n. 10047 e ID. 2 ottobre 2020, n. 10048.

<sup>124</sup> In altri termini, «si darebbe luogo ad una inversione del meccanismo della c.d. 'attrazione in sussidiarietà' che il nostro ordinamento, tuttavia, non ammette nei termini sopradescritti (la regione eserciterebbe infatti una competenza statale per risolvere problemi regionali, laddove di solito è lo stato centrale ad 'attrarre' competenze regionali per affrontare questioni di livello nazionale)»: *ibidem*.

<sup>125</sup> M. LUCIANI, *Salute...*, cit., p. 4.

<sup>126</sup> *Ivi*, p. 2.

fisica degli individui che la compongono»<sup>127</sup>. E d'altronde gli ordinamenti sanitari moderni nascono proprio per «attuare le prescrizioni della scienza medica al fine di tutelare la pubblica salute, intesa come salute dei singoli cittadini in quanto gli individui non possano provvedervi con le proprie forze»<sup>128</sup>. Tuttavia, è insegnamento risalente della dottrina che l'azione dei poteri pubblici «soccorre» solo ove il singolo non provveda spontaneamente, giacché la cura della salute individuale è affare proprio dell'individuo. Tale ultima affermazione, però, non deve essere intesa in senso troppo restrittivo, a maggior ragione davanti all'esigenza di reprimere e prevenire la circolazione diffusa e incontrollata delle malattie infettive: «l'omaggio alla libertà del singolo per cui si vuole che lo Stato arresti la sua azione quando la vita e la salute del cittadino dipendono solo dalla libertà individuale, cessa allorché lo esigano le necessità sociali, talché il rispetto alla libertà individuale costituisce un ostacolo relativo all'azione sanitaria dello Stato, nel senso che esso sussiste solo in quanto una necessità superiore non venga a distruggerlo»<sup>129</sup>. Queste riflessioni della dottrina elaborate in epoca statutaria, ossia in un clima culturale nel quale l'individualismo era l'orizzonte di riferimento della riflessione giuridica, paiono ancor più persuadere se collocate nel contesto repubblicano ove non solo la persona si è avvicinata all'individuo<sup>130</sup>, ma dove allo stesso soggetto è richiesto «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» assistito da tutta una serie di tutele che connotano tali doveri inderogabili in senso garantistico, al pari di quanto accade con i diritti inviolabili<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, cit., p. 9.

<sup>128</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>129</sup> *Iv.*, p. 11.

<sup>130</sup> Come si è rilevato «se si recupera la libertà nel rapporto, la libertà come rapporto, e si abbandona la tendenza a rinchiudere la libertà nei confini della volontà soggettiva e dell'autodeterminazione di un soggetto padrone di sé, non si può porre, neppure teoricamente, il conflitto, la scelta, tra comunità e libertà, perché la prima è già implicata dalla seconda. Non si dà opposizione tra sicurezza/salute (pubblica) e cura del corpo del singolo nel testo costituzionale perché la comunità è il modo di essere in comune di singolarità fra loro irriducibili: saranno, quindi, ammissibili solo quelle declinazioni del rapporto tra l'uno e l'altro che non sacrificano né la singolarità né la comunità»: L. BUFFONI, *La grammatica della legge scientifica...*, cit., p. 20.

<sup>131</sup> D'altronde, proprio a partire dallo stretto collegamento tra principio di solidarietà e principio personalistico, lo stesso soggetto chiamato, ai sensi dell'art. 3, co. 2 Cost. ricordato con il successivo art. 4 Cost., a «partecipare all'organizzazione eco-

In riferimento a tale ultimo profilo si deve ricordare che nella nostra Costituzione entrambe le situazioni giuridiche (diritti e doveri) concorrono all'edificazione di un complesso di garanzie da opporre alle eventuali aggressioni alla libertà della persona, ad opera anzitutto della tecnica di formulazione impiegata nell'art. 2 Cost. Segnatamente, se i diritti inviolabili fanno rinvio ad un "catalogo"<sup>132</sup> che permette loro di incidere nelle sfere soggettive dei singoli senza necessità di interposizione legislativa; al contrario, i doveri inderogabili sono individuati come categoria e dunque necessitano dell'intervento del legislatore per la specificazione degli obblighi gravanti sui singoli. Ciò, peraltro, parrebbe pure confermato dall'art. 54 Cost. («*Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi*»), disposizione che «all'atto stesso in cui sancisce il dovere di osservanza della Costituzione, [viene a esprimere] il principio di tassatività dei doveri giuridici, trasferendo in tal modo il criterio della certezza del diritto dal piano della logica giuridica e della politica legislativa a quello concretamente positivo della normatività costituzionale»<sup>133</sup>. Tale principio di tassatività dei doveri, o anche di certezza dei doveri, viene poi ulteriormente ribadito dall'art. 23 Cost. («*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*»),

---

*nomica, politica e sociale del Paese*», è destinato ad assolvere agli inderogabili doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. nelle medesime sfere di esplicazione della propria personalità: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pp. 45 ss. In altre parole, «L'inderogabilità dei doveri solidaristici proclamata da questo articolo si traduce, dunque, in uno strumento per la definizione di un certo tipo di "contesto" per la persona, e ispira la configurazione delle regole che disciplinano le relazioni tra singoli; tra questi e le formazioni sociali intermedie; tra formazioni sociali; nonché tra singoli, formazioni sociali e pubblici poteri»: B. DE MARIA, *Etica pubblica e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013, p. 34.

<sup>132</sup> La cui estensione è controversa in dottrina: per taluni la disposizione contiene una clausola «riassuntiva» di tutti i diritti di libertà espressamente indicati nelle altre norme costituzionali (C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisioni costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, pp. 406 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 53 ss.); per altri (A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1975, pp. 65 ss.) si tratterebbe di «clausola aperta» che coprirebbe tutti i diritti che vanno emergendo nella realtà sociale consacrati sì dal legislatore, ma soprattutto da parte dell'interprete e della giurisprudenza. Posizioni più restrittive invece ritengono il catalogo «chiuso»: A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, 3a ed., pp. Padova, pp. 20 ss.

<sup>133</sup> G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., p. 92.

nonché da ogni altro precetto che individua «la legge come supporto necessario di qualsiasi attività dei pubblici poteri volta a incidere sulle situazioni individuali di garanzia (personali e patrimoniali)»<sup>134</sup>.

In sintesi, la portata garantistica dei doveri si sostanzia nell'inedoneità (degli stessi) a venire in contatto con le situazioni soggettive individuali, se non successivamente alla loro specificazione attraverso una fonte primaria, integrata se opportuno nel contenuto normativo dalla fonte secondaria (la riserva di legge è difatti relativa). D'altronde come osservato dalla dottrina, proprio in tema di trattamenti sanitari obbligatori – peraltro in un'epoca dove la circolazione delle infezioni era tutt'altro che sotto controllo – quando «si tratta di imporre un obbligo, la prudenza non è mai troppa: il ponderato vaglio che si attua nella formazione della legge è la migliore garanzia contro misure non sufficientemente collaudate dal dato scientifico e di esperienza, cui, sia pure a fin di bene, l'amministrazione potrebbe essere tratta. Qui suona ammonitore il *surtuot pas trop de zèle*»<sup>135</sup>.

A ben guardare però il potere di dare attuazione diretta al principio di solidarietà spetta esclusivamente al legislatore<sup>136</sup>, non solo perché i doveri in cui trova specificazione «non possono venire direttamente realizzati mediante l'attività della pubblica amministrazione»<sup>137</sup>, e neppure perché essi non possono essere dedotti dalla «*coscienza sociale*» (Corte cost., sent. n. 29 del 1977). La riserva in capo al legislatore appare necessitata anche dal fatto che il principio di solidarietà costituisce il nerbo delle scelte di un ordinamento che si trova davanti situazioni che attentano alla “convivenza” nella sua nozione costituzionale «di sfera in cui si estrinseca la tutela giuridica della ‘possibilità di materiale coesistenza di comportamenti provenienti singolarmente da individui che agiscono di propria iniziativa, fra i loro simili, nell'ambito della vita comune’»<sup>138</sup>. In tale situazione, quindi l'attuazione del principio di solidarietà necessita di uno sguardo complessivo sulle necessità della comunità politica di cui solo il legislatore dispone.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> S. LESSONA, *La salute pubblica*, cit., p. 336 (corsivo dell'A.); cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32...*, p. 462 s.

<sup>136</sup> E neppure al Giudice costituzionale, giacché in caso contrario «*il rovesciamento dei ruoli [... si porrebbe] in contrasto con il sistema costituzionale*»: sent. n. 119 del 2012; v. pure sent. n. 12 del 1972.

<sup>137</sup> G. LOMBARDI, *Ult. op. cit.*, p. 92 s.

<sup>138</sup> G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 56.

Ma qui si innesca il circuito virtuoso dei doveri, giacché proprio il fatto di gravare su tutti astrattamente considerati amplifica la loro valenza aggregativa, il loro essere la manifestazione dell'appartenenza ad una comunità. Un senso di appartenenza del quale si avverte più nettamente il bisogno quando la comunità politica ha maggiore consapevolezza di essere minacciata da un "nemico" che attenta alla sua unità o alla sua stessa esistenza<sup>139</sup>, ovvero che non consente alla vita insieme di procedere normalmente<sup>140</sup>.

Il nemico che attualmente minaccia tutte le comunità politiche è un virus; e anche in questa occasione i doveri sono stati il centro della "controffensiva" degli ordinamenti.

L'emergenza sanitaria ha prodotto, infatti, un'intensificazione del diritto (in senso oggettivo) e in ragione di ciò è essa stata definita come «il luogo di emersione del diritto iperbolico»<sup>141</sup>; e se questo è vero allora essa si colloca agli antipodi dello stato d'eccezione nel suo significato schmittiano. Nello stato d'eccezione difatti vi è la sospensione dell'ordinamento e in questo "vuoto" la decisione politica «si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio»<sup>142</sup>. Il diritto non è più necessario per regolare la vita, il soggetto detentore del potere politico può farne a meno<sup>143</sup>, come peraltro avviene nello stato di natura hobbesiano.

Nulla potrebbe essere più distante dallo stato di eccezione dallo stato di emergenza. Se lo stato d'eccezione è vuoto di diritto, lo stato di emergenza è "densissimo" di produzione normativa che però neces-

<sup>139</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, p. 111 ss.

<sup>140</sup> I doveri costituzionali discendono dalla progressiva positivizzazione dell'obbligo politico (G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, pp. 357 ss.), il quale nelle diverse fasi storiche si manifesta come il nucleo essenziale degli interessi (materiali) condivisi di una comunità politica che poi sono consacrati nel diritto (oggettivo): "*res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*": CICERONE, *De re publica* I, 25.

<sup>141</sup> E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2020, p. 2.

<sup>142</sup> C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., p. 39.

<sup>143</sup> AGAMBEN definisce «biosicurezza il dispositivo di governo che risulta dalla congiunzione fra la nuova religione della salute e il potere statale con il suo stato d'eccezione», aggiungendo che «L'esperienza ha dimostrato infatti che una volta che in questione sia una minaccia alla salute gli uomini sembrano disposti ad accettare limitazioni della libertà che non si erano mai sognati di poter tollerare»: *Id.*, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata, 2020, p. 13.

sita di una regola che ne determini la legittimità, ossia i presupposti in base ai quali sia possibile parlare di emergenza giuridicamente rilevante, nonché le modalità di produzione normativa al verificarsi della situazione emergenziale: «Insomma, l'eccezione è un fatto che fuoriesce dalla regola, l'emergenza è un fatto cui la regola collega determinate conseguenze giuridiche»<sup>144</sup>.

Tornando al comportamento “iperbolico” che caratterizza gli ordinamenti durante il tempo specifico dell'emergenza esso prende forma in «un eccesso e una dismisura nella produzione dei doveri»<sup>145</sup>, o meglio degli obblighi in cui essi si specificano a livello normativo<sup>146</sup>, seguita da una successiva fase di iperproduzione dei diritti per riequilibrare in senso libertario l'integrazione politica<sup>147</sup>.

Il susseguirsi di queste due fasi appare tipico dell'operare del principio di solidarietà nello Stato sociale costituzionale, ove detto principio costituisce il presupposto dell'effettività del principio di giustizia sociale. Il principio di solidarietà e quello della giustizia sociale sono quindi principi distinti che non possono essere sovrapposti. La funzione specifica del principio di solidarietà in un ordinamento disomogeneo consiste nella realizzazione della necessaria integrazione sociale<sup>148</sup> per il medio della produzione e la legittimazione di doveri, ai quali poi – ma solo se la scelta cade sulla costruzione di una forma di stato democratica e ispirata alla giustizia sociale<sup>149</sup> – conseguono veri e propri «diritti sociali fondamentali»<sup>150</sup> (che però si caratterizzano per

<sup>144</sup> E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, cit.

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

<sup>146</sup> Parte della dottrina ritiene, condivisibilmente, che il termine «dovere» spetterebbe alle fattispecie passive individuate in Costituzione; la parola “obbligo”, invece, si riferirebbe alla posizione di svantaggio che il legislatore ordinario specifica a partire dalla fattispecie doverosa di tono costituzionale: G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., p. 92, nota 19.

<sup>147</sup> D'altronde, «nelle democrazie pluraliste le Costituzioni, per farsi valere (dal punto di vista normativo, ma ancora prima sociale) e dunque potersi legittimamente collocare al vertice del sistema politico costituzionale (come *higher law*), devono dimostrare di saper svolgere quella funzione di integrazione sociale che si pone a proprio fondamento di legittimazione»: G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 241.

<sup>148</sup> G. LOMBARDI, *Contributo...*, cit., pp. 50 ss.

<sup>149</sup> Cfr. A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, p. 2.

<sup>150</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 130.

la diretta azionabilità individuale<sup>151</sup>). D'altronde, come è stato notato, «Le atmosfere pervase dal principio di solidarietà [...] sono più favorevoli al riconoscimento di *doveri* in capo ai terzi, piuttosto che di *diritti* in favore degli interessati. L'idea di solidarietà porta con sé quella di comunità, e nelle comunità è naturale che i membri tendano ad essere legati più da vincoli morali nei quali si esaltano le reciproche posizioni di dovere, che da vincoli giuridici nei quali si esaltano le reciproche posizioni di diritto»<sup>152</sup>.

### 6.1. La valenza garantistica dei doveri nell'emergenza

L'iperproduzione di doveri che caratterizza l'emergenza non appare determinare nell'ordinamento la modificazione del rapporto tra autorità e libertà che caratterizza il nostro assetto democratico per due ragioni: i doveri costituzionali possiedono una valenza garantistica al pari dei diritti inviolabili nei termini poc'anzi richiamati; «la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione [...] *i quali*» si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte»<sup>153</sup>.

La nuova normalità a cui siamo stati costretti a causa della pandemia da Covid-19 potremmo dire che si apre – nel mondo giuridico

<sup>151</sup> L'indebita sovrapposizione tra solidarietà e giustizia sociale è tutta a discapito della specificità dei diritti sociali: dissolvendo il principio di giustizia sociale nel principio solidaristico, difatti, ci si espone al rischio di snaturare un diritto sociale da pretesa giuridica individualmente e direttamente azionabile «in diritto di gruppo o di appartenenti a un gruppo»: M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale, La costituzione italiana, precedenti storici, principi fondamentali e rapporti civili*, II, Milano, 1985, p. 67. Eppure, tal volta, anche la stessa Corte costituzionale è incorsa nell'errore: ad esempio, laddove, per censurare una legge che condizionava al possesso della cittadinanza il riconoscimento di una erogazione destinata a fornire alla persona un sostentamento minimo, ha richiamato i «*principi di inderogabile solidarietà sociale, assunti quale valore fondante degli stessi diritti inalienabili dell'individuo, che non ammettono distinzioni di sorta in dipendenza di qualsiasi tipo di qualità o posizione soggettiva e, dunque, anche in ragione del diverso status di cittadino o di straniero*»: sent. n. 329 del 2011.

<sup>152</sup> Come osserva M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 129 (corsivo dell'A).

<sup>153</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 113. Cfr. T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, pp. 194 ss.; nonché S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, pp. 287 ss.

italiano – con la delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 recante la «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»<sup>154</sup>. Tale delibera, per vero, è stata individuata dalla dottrina come la parte finale della «catena normativa della giustificazione»<sup>155</sup> dei provvedimenti dell'emergenza, che si diparte dalla Costituzione<sup>156</sup> per arrivare appunto alla predetta dichiarazione dello stato di emergenza<sup>157</sup>.

Gli interventi che hanno dettato le misure per fronteggiare l'emergenza si sono articolati nei molteplici rivi della legislazione e della produzione provvedimentoale nei diversi livelli di governo. In riferimento alla loro legittimità, la Corte costituzionale ha recentemente chiarito – nella già ricordata sentenza n. 37 del 2021 – di ritenere «*ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali tarate su quest'ultima [... al pari di quanto accaduto] a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire*».

Da parte della dottrina, invece, soprattutto durante le prime fasi della pandemia<sup>158</sup>, si è molto criticata la scelta di «*una sequenza nor-*

<sup>154</sup> Delibera pubblicata in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26. La delibera, peraltro, era stata preceduta solo da circoscritti interventi di sorveglianza del Ministero della salute concernenti «Tutti i passeggeri sbarcanti in Italia e provenienti con volo diretto da Paesi comprendenti aree in cui si è verificata una trasmissione autoctona sostenuta del nuovo Coronavirus (2019 – nCoV)» ex art. 1, comma 1, ord. 25 gennaio 2020, in G.U., Serie gen., 27 gennaio 2020, n. 21); nonché l'interdizione di tutti i voli provenienti dalla Cina (art. 1, comma 1, ord. 30 gennaio 2020, in G.U., Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26).

<sup>155</sup> Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 110. L'A. in particolare riprende l'espressione «catena normativa della giustificazione» da B.H. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, 7<sup>a</sup> ed., Durham, North Carolina, 2015, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, trad. it. di A. Porciello, P. Chiarella, I. Vadia, C. Atzeni, Torino, 2016, p. 80.

<sup>156</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 113 ss.

<sup>157</sup> La delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio richiama a proprio fondamento, tra l'altro, il gli artt. 7, co. 1, lett. c), e 24, co. 1 del d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

<sup>158</sup> Si vd. tra gli altri: A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile*

*mativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»<sup>159</sup>.*

Gli interventi di cui si discute non però paiono sfuggire all'intelaiatura dello Stato di diritto costituzionale, e neppure sembrano derogare alla funzione di garanzia dei doveri costituzionali, rispettandone l'impianto dommatico che individua, come visto, nell'*interpositio legislatoris* il punto nevralgico del principio di tassatività dei doveri e dunque della loro valenza garantistica.

Più nel dettaglio, sebbene per precisa volontà dei Costituenti lo stato di emergenza – e ancor più lo stato di assedio – non sia stato normato esplicitamente, ad ogni modo pare potersene ricavare il fondamento costituzionale attraverso il richiamo ai «tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei pubblica*» – che esprimono gli «interessi conservativi dell'ordinamento» – in «una serie di significativi loci»<sup>160</sup> che trovano positivizzazione nelle disposizioni sull'indivisibilità (art. 5) e l'unità (art. 87) della Repubblica, nonché nell'«intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia, alla revisione costituzionale, al diritto sovrana-zionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139)»<sup>161</sup>.

Tale fondamento legittimante (implicito) della normazione di emergenza è però condizionato nella sua operatività dall'*interpositio legislatoris*. Più diffusamente, posto che in Costituzione la positivizzazione dei predetti interessi conservativi dell'ordinamento non è accompa-

---

*contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. speciale/2020, pp. 313 ss.; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 2; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, 24 marzo 2020, pp. 3 ss.

<sup>159</sup> La descrizione del sistema delle fonti sull'emergenza citata è ripresa dalla sent. 37 del 2021 della Corte costituzionale.

<sup>160</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 114. Contra: A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020 370 ss.

<sup>161</sup> M. LUCIANI, *ult. op. cit.*, 113. Sul tema dello scontro tra diritto subiettivo alla conservazione dello Stato e libertà individuali come caratteristico dello stato di necessità si vd.: O. RANELLETTI, *La Polizia di sicurezza*, in *Trattato di Diritto Amministrativo di V.E. Orlando*, IV, pt. 1°, Milano, 1904, pp. 1190 ss.

gnata da «una disciplina specifica delle competenze e dei procedimenti per la loro tutela» se ne è ricavato che tale disciplina debba trovare sede nella fonte primaria<sup>162</sup>. In altre parole, gli interventi dell'Esecutivo in deroga alle leggi vigenti, diversi dal decreto-legge, necessitano dell'intermediazione legislativa<sup>163</sup>. Questi atti, difatti, non posseggono la forza di legge propria della fonte primaria «intermediaria», giacché solo la fonte sovraordinata<sup>164</sup> può disporre in punto di forza di una fonte<sup>165</sup>. Di conseguenza, la fonte primaria viene solo temporaneamente derogata dalla fonte *extra-ordinem* e non abrogata, in virtù della sua forza passiva di legge. Ma ciò avviene anche perché trattandosi di fonti *extra-ordinem* la sua applicazione deve essere necessariamente limitata nel tempo (sent. n. 115 del 2011)<sup>166</sup>.

Tuttavia, le fonti emergenziali non si limitano a sospendere per un certo tempo l'efficacia delle disposizioni in vigore, ma nel predetto turno di tempo provvedono a disporre diversamente sulle situazioni giuridicamente rilevanti interessate dall'intervento, senza produrre gli effetti tipici «della deroga 'ordinaria', che, caratterizzata dalla definitività, non è altro che una forma di abrogazione parziale»<sup>167</sup>. Inoltre, in ossequio al principio di legalità che nel nostro ordinamento trova applicazione non solo in senso formale, ma anche sostanziale<sup>168</sup>, alla luce della giurisprudenza costituzionale la fonte primaria «intermediaria» non deve limitarsi alla generica previsione della adottabilità dei provvedimenti *extra-ordinem*, ma indicare «*il presupposto, la materia,*

<sup>162</sup> M. LUCIANI, *Ult. op. cit.*, 114.

<sup>163</sup> *Contra*: A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011, p. 400.

<sup>164</sup> Favorevole al riconoscimento della forza di legge alle fonti *extra ordinem*: F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, a cura di Id., 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2017, pp. 191 s.

<sup>165</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 114.; nello stesso senso: G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, p. 66.

<sup>166</sup> La Corte costituzionale chiamata a scrutinare l'art. 54, co. 4, del t.u.e.l., per come sostituito dall'art. 6 del d. l. n. 92 del 2008, ha chiarito che «*non è consentito alle ordinanze sindacali 'ordinarie' [...] di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti*».

<sup>167</sup> M. LUCIANI, *Ult. op. cit.*, p. 114.

<sup>168</sup> Si vedano nella giurisprudenza costituzionale: sent. n. 195 del 2019 e la già ricordata sent. n. 115 del 2011.

le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»<sup>169</sup>, sebbene l'atto rimanga a contenuto libero<sup>170</sup>.

Non trattandosi di atti aventi valore di legge, tuttavia, essi sono sottratti al sindacato della Corte costituzionale, ma non a quello del giudice amministrativo.

Quanto alle modalità di identificazione e proclamazione della situazione di fatto idonea a giustificare l'adozione degli atti *extra ordinem*, esse parrebbero spettare al Governo nelle forme dell'art. 77 Cost., ricorrendone gli stessi presupposti<sup>171</sup>, ove manchi una specifica previsione legislativa generale sull'emergenza. Tale disciplina generale però esiste nell'ordinamento in forza del già ricordato art. 32 della l. n. 833 del 1978, ma soprattutto del d. lgs. n. 1 del 2018<sup>172</sup> che ha costituito il presupposto per la succitata delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio.

Quanto agli interrogativi sul rispetto della riserva di legge e del principio di legalità a protezione dei diritti fondamentali nell'affidare allo strumento del d.P.C.m. l'individuazione delle misure restrittive al mutare della situazione epidemiologica, si deve osservare che la sent.

<sup>169</sup> Come chiarito dalla stessa dottrina che ha elaborato la ricostruzione richiamata (Il decreto legislativo n. 1 del 2018 definisce i «presupposti» (artt.1 e 7), le «conseguenze giuridiche» (artt. 24 e 25) e i «limiti temporali» (art 24, co. 3) dell'emergenza, che permettono al giudice amministrativo di sindacare la legittimità della declaratoria dello stato di emergenza: M. LUCIANI, *Ult. op. cit.*, p. 117 ss. Cfr: Corte cost. n. 83 del 2010, nonché sent. n. 37 del 2021, punto 9.1. della parte «in diritto».

<sup>170</sup> La Corte nella sent. n. 617 del 1987 ha ritenuto «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata».

<sup>171</sup> Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, pp. 453 ss.; richiamato da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 115; *contra*, A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, cit., pp. 366 ss.; nonché, in epoca statutaria, A. TRAVERSA, *Lo "stato di necessità" nel Diritto pubblico interno*, Napoli, 1916, pp. 192 ss.

<sup>172</sup> La Corte costituzionale si è già pronunciata sulla legittimità della disciplina in materia di protezione civile nella sent. n. 418 del 1992, sebbene in riferimento alla l. 24 febbraio 1992, n. 225 («Istituzione del servizio nazionale della protezione civile»), i cui contenuti sono analoghi però al d. lgs n. 1 del 2018. In particolare, quando ricorrono «così gravi emergenze, quando l'ambiente, i beni e la stessa vita delle popolazioni sono in pericolo e si richiede un'attività di soccorso straordinaria ed urgente, risulta giustificato che si adottino misure eccezionali».

n. 37 del 2021 pare fornire qualche indicazione. In particolare, sebbene il Giudice costituzionale affermi espressamente di non potersi pronunciare sulla legittimità dei predetti d.P.C.m., non trattandosi di una questione “rilevante” per il giudizio sottoposto alla sua attenzione<sup>173</sup>, pare comunque voler indicare una possibilità ricostruttiva che non ne pregiudichi la legittimità, laddove in un passaggio già ricordato, ricostruendo la sequenza normativa e amministrativa prevista dal d.l. n. 19 del 2020 e dal d.l. n. 33 del 2020 individua in tali atti la sede dove si provvede al «dosaggio», «nel tempo e nello spazio», in base all’andamento della pandemia, nonché delle misure di quarantena e restrittive previste in generale dai predetti atti aventi forza di legge. E ciò peraltro avendo ancor prima ipotizzato la possibilità dell’adozione di strumenti idonei ad adattarsi ad una crisi sempre mutevole in ragione «della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande»<sup>174</sup>, sottolineando inoltre che in ogni caso i predetti decreti sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo.

Orbene, ad oggi, ai sensi delle modifiche apportate dal decreto-legge n. 44 del 2021, i d.P.C.m. in questione sono sostituiti da una deliberazione del Consiglio dei ministri<sup>175</sup> allo scopo di rafforzare la col-

<sup>173</sup> Punto 13 della parte “in diritto”: «Nè può, pertanto, essere accolta la sollecitazione della difesa regionale ad auto-rimettere la questione di costituzionalità dei d.l. n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020, sia nella parte in cui tali disposizioni comprimerebbero l’autonomia regionale (artt. 117 e 118 Cost.), sia nella parte in cui darebbero vita a ‘fonti dell’emergenza’, ovvero i d.P.C.m., che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost. Entrambe le questioni di legittimità costituzionale così prospettate sono, infatti, prive di rilevanza, una volta che si sia accertato che si verte in materia affidata alla competenza legislativa esclusiva statale».

<sup>174</sup> Sent. n. 37 del 2021; punto 9 della parte “in diritto”.

<sup>175</sup> Sulla scelta contenuta nel d.l. n. 44 del 2021 si vd. criticamente: G. GRASSO, *Tre spunti di riflessione per l’Audizione parlamentare sul disegno di legge n. 2167 (d-l 44/2021 – misure contenimento COVID-19) presso la 1a Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica, 20 aprile 2021*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2021, p. 3, il quale, sottolineando la natura «incerta» e «imprecisa» del provvedimento in parola che ben può avere in astratto indifferentemente contenuto normativo ovvero provvedimentale ritiene che la formulazione stessa della norma abiliti la deliberazione del Consiglio dei ministri a derogare, vulnerando la riserva di legge, «la fonte primaria, addirittura la stessa fonte primaria che, in conformità invece al principio di legalità in senso formale, fonda l’esercizio del potere del Consiglio dei ministri». Da altra parte, si è osservato, invece, che la nuova forma del provvedimento derogatorio non determina effetti sul rispetto della riserva di legge «nella misura in cui è facoltizzato da norme di legge, che ne delimitano anche i presupposti (con il rinvio al d.l. n. 19 del 2020)»

legalità dei provvedimenti derogatori<sup>176</sup>. In forza delle affermazioni del giudice costituzionale appena ricordate, quindi, il nuovo *habitus* dovrebbe essere legittimo nei limiti in cui sia in grado di assicurare le stesse garanzie. In effetti, però, pare doversi leggere in questo avvicendamento un'applicazione dell'affermazione contenuta nella sent. n. 37 per la quale, per far fronte ad una simile mutevole emergenza, il legislatore può prevedere «nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima»<sup>177</sup>. Come a dire che superata la prima fase della pandemia, più critica e sconosciuta dal punto di vista sanitario, in questa seconda fase la sede collegiale appare più adeguata allo scopo di provvedere al «dosaggio», «nel tempo e nello spazio», del diritto derogatorio per il contrasto della pandemia, in base all'andamento della stessa, ma anche del piano vaccinale, in vista della necessità di dare spazio a più prospettive (non solo sanitarie, ma anche economiche, sociali o psicologiche, per fare qualche esempio) nella valutazione degli effetti delle misure.

Tornando invece al tema del condizionamento scientifico sulla legittimità del diritto derogatorio, la necessità del costante monitoraggio della situazione sanitaria per determinare il grado di restrittività delle misure di contrasto del Covid-19 in una situazione caratterizzata da una sensibile variabilità e imprevedibilità epidemiologica – dovuta alla limitata conoscenza scientifica del virus rispetto ad altre infezioni note da secoli come il morbillo – appare coerente, con le dovute distinzioni, con quanto la Corte ha statuito in tema di vaccinazioni, in particolare in ordine alla correlazione tra le concrete condizioni sanitarie ed epidemiologiche e la scelta tra obbligo o raccomandazione. I richiamati arresti della sent. n. 5 del 2018, inoltre, parrebbero anche idonei a giustificare l'eventuale scelta del legislatore di rendere obbligatoria la vaccinazione contro l'infezione indotta dal virus Covid-19<sup>178</sup> – sebbe-

---

M. LUCIANI, *Audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, 15 aprile 2021, pp. 2 s., accessibile dal sito del Senato della Repubblica.

<sup>176</sup> Collegialità che potrebbe comunque trovare soddisfazione prevedendo che la deliberazione del Consiglio dei ministri sia poi consacrata in un successivo d.P.C.M., superando i condivisibili interrogativi suscitati dal ricorso ad una deliberazione dalla natura controversa (*ivi*, p. 3).

<sup>177</sup> Così, sent. n. 37 del 2021 paragrafo 9 parte “in diritto”.

<sup>178</sup> In tal senso paiono orientate anche delle dichiarazioni rilasciate alla stampa dal Presidente della Corte costituzionale (Giancarlo Coraggio): *Vaccino, il presidente della Consulta Giancarlo Coraggio: «Se provoca danni lo Stato deve risarcire»*, in *Il Mattino.it*, 12 gennaio 2021.

ne alla luce del successo del piano vaccinale l'ipotesi appaia sempre più remota<sup>179</sup>. Allo stato, comunque, il legislatore nel già ricordato decreto-legge n. 44 del 2021 ha imposto l'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 solo per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, disponendo che «*La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati*» (art. 4, co. 1)<sup>180</sup>. Si tratta sostanzialmente della previsione di un trattamento sanitario obbligatorio, sanzionato con l'impossibilità dello svolgimento della prestazione nei confronti del datore di lavoro, che alla luce delle considerazioni fin qui svolte in riferimento al rapporto tra situazione di fatto accertata dalle istituzioni scientifiche competenti e scelta tra raccomandazione ed obbligo, sembrerebbe in grado di superare un eventuale scrutinio di ragionevolezza/proporzionalità. La compressione della libertà in punto di scelte terapeutiche parrebbe anche giustificata dalla circostanza che l'obbligo si rivolge a una platea di destinatari<sup>181</sup> per i quali il contatto con soggetti fragili è "certo"<sup>182</sup>, nonché dalla notevole diffusività del morbo<sup>183</sup>, posto che per la giuri-

<sup>179</sup> Attualmente la percentuale che ha completato il ciclo vaccinale è pari al 12,97 % della popolazione: le percentuali relative alle vaccinazioni sono consultabili dal *sito ufficiale del Governo*.

<sup>180</sup> Ai sensi del successivo co. 2: «*Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita*».

<sup>181</sup> Si deve segnalare, però, che già i primi commentatori hanno rilevato che la puntuale identificazione dei destinatari purtroppo non appare pacifica: R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, in *Questione Giustizia*.

<sup>182</sup> *Ib.*

<sup>183</sup> Sul punto si deve richiamare la giurisprudenza del giudice comune in un caso di rifiuto del vaccino contro l'infezione da Covid-19 da parte di alcuni infermieri e operatori socio-sanitari, ove si è ritenuto giustificato l'esercizio del potere datoriale di obbligare il lavoratore a godere delle ferie, confermando la legittimità della sospensione dal rapporto intimata (con salvezza della retribuzione feriale), ai sensi dell'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., ossia in forza delle responsabilità gravanti sullo stesso datore di lavoro nei confronti dei medesimi lavoratori portatori della situazione di pericolo, dei loro colleghi e dei terzi, per il mancato allontanamento dei lavoratori potenzialmente pericolosi. Ciò anche per la ragione che i predetti lavoratori «*sono impiegati in mansioni a contatto con persone che accedono al loro luogo di lavoro; ritenuto che è, pertanto, evidente il rischio per i ricorrenti di essere contagiati, essendo fra l'altro notorio che non è scientificamente provato che il vaccino per cui è causa pre-*

sprudenza costituzionale, in presenza di pericolo per la salute dei terzi accertato come tale dal legislatore, è censurabile una legge che non preveda per il lavoratore, potenzialmente pericoloso, l'accertamento obbligatorio della presenza di un'infezione (in quel caso da HIV), trattandosi in entrambi i casi di trattamento sanitario<sup>184</sup>.

Per concludere, lo stato di emergenza visto come “luogo” in cui la produzione normativa si intensifica non si pone in contrapposizione con la Costituzione ove ne rispetti i presidi di garanzia. Nel caso di una emergenza di natura sanitaria, in particolare, l'osservanza del principio di proporzionalità<sup>185</sup> tra sacrifici richiesti ai singoli e minaccia epidemiologica in atto appare come un punto “sensibile” del sindacato giurisdizionale davanti al giudice costituzionale, ma altresì innanzi al giudice amministrativo<sup>186</sup>. Come è stato osservato, dunque, «L'iperproduzione di doveri, se avviene nel rispetto delle garanzie e della proporzione, resta estranea alla sospensione del diritto»<sup>187</sup>, nondimeno – sia consentito aggiungere – se essa è rispettosa del principio di tassatività dei doveri ne assicura pienamente la funzione garantistica.

---

*venga, oltre alla malattia, anche l'infezione»*: Tribunale di Belluno, ord. del 19 marzo 2021, n. 12.

<sup>184</sup> Segnatamente, nella sent. n. 218 del 1994, in tema di accertamenti obbligatori per infezione da HIV nell'ambito delle attività di assistenza e cura, la Corte costituzionale ha affermato che laddove il legislatore abbia riconosciuto «l'esistenza di attività e servizi che comportano rischi per la salute dei terzi» sussiste la necessità, a tutela del diritto alla salute, e dunque affinché tale normativa sia compatibile con il dettato costituzionale, «di accertare preventivamente l'assenza di sieropositività per verificare l'idoneità all'espletamento dei servizi che comportano questo rischio».

<sup>185</sup> Cfr. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, cit., pp. 459 s.

<sup>186</sup> Nella giurisprudenza amministrativa è pacifico che «il principio di proporzionalità dell'attività amministrativa, di derivazione europea, impone all'Amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile; in questo senso il principio in parola rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi»: Cons. St., Sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5443.

<sup>187</sup> E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, cit.

## 7. Conclusioni: recrudescenze dei doveri e nuove fioriture dei diritti

L'emergenza ci ha messo davanti tante cose che in tempi "normali" non riuscivamo a vedere nitidamente. Tra di esse vi è il rapporto tra diritti e doveri che sugella il punto di equilibrio tra libertà e autorità raggiunto da un ordinamento nella costruzione della forma di stato.

L'effettività della situazione giuridica peculiare della modernità (il diritto), dunque, sembra non poter esser raggiunta attraverso la liberazione dai doveri, ma per mezzo di un nuovo "big-bang" nei rapporti tra diritti e doveri fondamentali. Più in generale, i doveri non scompaiono dal "nerbo" del patto fondativo<sup>188</sup> con la caduta dell'*Ancien régime*<sup>189</sup>, ma si amalgamano con i diritti nel ricostruire uno spazio di libertà possibile non presidiata dalla forza. Sebbene, dunque, nella storia i doveri siano stato lo strumento giuridico attraverso il quale il potere politico ha mostrato il suo volto più oppressivo, ciò non significa che il costituzionalismo moderno possa esimersi dalla valutazione del ruolo dei doveri nella costruzione della comunità politica; e, di conseguenza, dallo studio della relativa dommatica accanto a quella dei diritti fondamentali, non solo per intendere se i doveri in un certo ordinamento assumono una valenza garantistica o meno, ma altresì per comprendere come siano i doveri a permettere l'effettività dei diritti soprattutto se al nuovo Leviatano non si chiede di scambiare solo obbedienza per sicurezza, ma anche per giustizia sociale.

A tal proposito si deve osservare che a causa della pandemia molte sono le incertezze che gravano sul futuro e appare condivisibile ritenere che all'iperproduzione di doveri, durante l'emergenza, seguirà una pari «intensificazione dei diritti durante e soprattutto nel tempo imme-

<sup>188</sup> Cfr. sent. n. 1146 del 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>189</sup> G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., pp. 357 s.

diatamente successivo all'emergenza, come dimostra la straordinaria crisi sociale che la pandemia ha aperto»<sup>190</sup>.

Un tema di stringente attualità in questa emergenza che stiamo vivendo, dunque, non pare tanto quello dello “sbilanciamento” del diritto alla salute, bensì un altro, incentrato sul rafforzamento del principio solidaristico per affrontare l'emergenza, ma anche per aprire lo spazio al principio di giustizia sociale nel post-emergenza.

Questo fenomeno di “recrudescenza” dei doveri che precede sempre il rifiorire dei diritti si offre più nitidamente all'occhio dell'osservatore durante l'emergenza. In questo frangente, infatti, l'ordinamento mostra un lato «più interessante del diritto del tempo ordinario perché consente di capire di più di quanto si intenderebbe in un regime ordinario»<sup>191</sup>: ossia, che non v'è diritto senza dovere.

D'altronde, è «attraverso la radicalizzazione di un concetto che ne cogliamo la vera essenza»<sup>192</sup>.

\* \* \*

## ABSTRACT

ITA

Il principio ispiratore della risposta alla crisi innescata dal coronavirus SARS-CoV-2 parrebbe da rinvenire in una sorta di “tirannia” del diritto alla salute. Eppure, guardando al diritto oggettivo, questa pretesa “tirannia” del diritto alla salute non persuade, perché non appare convincente l'idea che l'ordinamento stia rispondendo con la logica dei diritti. La controffensiva al virus, difatti, sembra strutturarsi a partire dalla logica dei doveri, come dimostrerebbero anzitutto le dinamiche interne all'art. 32 Cost. I doveri costituzionali, d'altronde, per come positivizzati nella Costituzione italiana, svolgono una funzione integrativa, assicurando allo stesso tempo la protezione della libertà individuale. La pandemia in corso, quindi, ha reso più chiaro che il sapiente equilibrio tra autorità e libertà consacrato dal Costituente investe sul rafforzamento del principio solidaristico nell'affrontare le emergenze per poi creare le condizioni nel post-emergenza per far “rifiorire” i diritti.

<sup>190</sup> E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, cit.

<sup>191</sup> *Ivi.*

<sup>192</sup> *Ivi.*

EN

The inspiring principle of the legal response to the crisis triggered by the SARS-CoV-2 coronavirus seems to be a sort of “tyranny” of the right to health. Nevertheless, looking at objective law, this alleged “tyranny” of the right to health is not convincing, because the idea that the system is responding with the logic of rights is not convincing. The counteroffensive to the virus, in fact, seems to be structured starting from the logic of duties, as the internal dynamics of Article 32 of the Italian Constitution would demonstrate. Constitutional duties, in general, perform an integrative function and at the same time guarantee the protection of individual freedom thanks to how they are positivized by the Italian Constitution. The ongoing pandemic, therefore, has made it more evident that the wise balance between authority and freedom consecrated by the Constituent Assembly invests in strengthening the principle of solidarity in dealing with emergencies in order to create the conditions in the post-emergency to “flourish” the rights again.



# *Costituzionalismo.it*

*Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)*

*Registrazione presso il Tribunale di Roma*

*ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)*