



23 FEBBRAIO 2022

Emergenza sanitaria, Costituzione,
soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti
alla prova della pandemia

di Armando Lamberti

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Salerno

Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*

di Armando Lamberti

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Salerno

Abstract [It]: Il seguente contributo si propone di trattare il delicato problema del rapporto tra emergenza e diritti fondamentali, con particolare attenzione ai soggetti deboli – soprattutto le persone con disabilità –, nel prisma della dignità umana. A partire da una premessa di inquadramento generale, concernente il tema dell'emergenza – prodromica ad una ricostruzione dell'incidenza della pandemia sui rapporti Stato/Regioni, anche alla luce della sent. 37/2021 della Corte Cost., e sull'esercizio dei diritti fondamentali, tenuto conto delle misure limitative approntate e dell'introduzione del c.d. Green Pass e dell'obbligo vaccinale – segue una disamina del principio della dignità della persona come “fondamento dei fondamenti” costituzionali, necessaria per affrontare specificamente, nell'ambito della categoria dei soggetti deboli, l'impatto sul godimento dei diritti delle persone con disabilità – con particolare riferimento al diritto all'istruzione – e per (ri)proporre in modo problematizzante la questione del riconoscimento del diritto di accesso ad Internet, analizzata anch'essa in una prospettiva di *favor* per i soggetti deboli. La stessa prospettiva di ordine generale, basata sul riconoscimento del nesso di coesistenzialità tra dignità e diritti fondamentali, civili e sociali, consente di introdurre il tema del rapporto tra contenuto essenziale dei diritti e livelli essenziali delle prestazioni, chiarendo le differenze concettuali e offrendo considerazioni attorno ai profili di attualità che interessano la problematica. Infine – sempre eleggendo a bussola della trattazione il valore della dignità della persona umana – la disamina si incentra sui profili giuridici delle “scelte tragiche” e del fine-vita dei pazienti Covid, onde configurare – alla luce degli artt. 2-3-19-32 Cost. – un diritto all'assistenza sanitaria dignitosa e un nuovo “diritto alla morte dignitosa” – secondo un'accezione diversa da quella comune – come clausola riassuntiva dei diritti del morente.

Title: Health emergency, Constitution, weak subjects: old and new rights to the test of the pandemic

Abstract [En]: The following contribution aims to deal with the delicate problem of the relationship between emergency and fundamental rights, with particular attention to vulnerable subjects – especially people with disabilities – in the prism of human dignity. Starting from a general premise, concerning the issue of the emergency – prodromal to a reconstruction of the impact of the pandemic on State-Regions relations, also in the light of sentence 37/2021 of the Constitutional Court, and on the exercise of fundamental rights, taking into account the restrictive measures taken and the introduction of the so-called Green Pass and of the compulsory vaccination – follows an examination of the principle of the person's dignity as a “foundation of the constitutional foundations”, necessary to specifically address, within the category of vulnerable people, the impact on the enjoyment of the rights of people with disabilities – with particular reference to right to education – and to (re)propose in a problematic way the question of the recognition of the right to Internet access, also analysed in a perspective of *favor* for the vulnerable people. The same general perspective, based on the recognition of the co-essential link between dignity and fundamental rights, both civil and social ones, allows us to introduce the theme of the relationship between the essential content of rights and essential levels of performance, clarifying the conceptual differences and offering considerations around the current issues affecting this theme. Finally – always electing the value of the dignity of the human person as the compass of the discussion – the examination focuses on the legal profiles of the “tragic choices” and the end-of-life of Covid patients, in order to configure – in the light of Articles 2-3-19-32 of the Constitution – a right to a dignified healthcare and a new “right to a dignified death” – with a different meaning from the common one – as a summary clause of the rights of the dying person.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Parole chiave: emergenza, dignità della persona, diritti fondamentali, soggetti deboli, contenuto essenziale, livelli essenziali

Keywords: emergency, human dignity, fundamental rights, vulnerable subjects, essential content of rights, essential levels

Sommario: 1. Premessa: emergenza sanitaria e Costituzione. 2. Emergenza sanitaria e rapporti Stato-Regioni. La sentenza 37/2021 della Corte Costituzionale 3. L'impatto dell'emergenza su diritti fondamentali e dignità della persona. Cenni sul c.d. Green Pass e sull'obbligo vaccinale. 4. La centralità della dignità della persona nella Carta Costituzionale. 5. Diritti fondamentali e soggetti deboli ai tempi del Covid-19. 5.1. (segue) I diritti delle persone con disabilità: l'impatto della pandemia. 5.2. (segue) Focus: il diritto all'istruzione delle persone con disabilità. Emergenza e didattica a distanza (DAD). 5.3. (segue) La seconda fase dell'emergenza: tra DAD e DDI. Cenni sul nuovo PEI. 6. Soggetti deboli, *digital divide* e diritto di accesso ad Internet. 7. I diritti tra garanzia del contenuto essenziale e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. 7.1. (segue). Tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ed esercizio dei poteri sostitutivi. 7.2. (segue). Il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Oltre la pandemia. 8. Scelte tragiche, diritti del malato, diritti del morente: vecchi e nuovi diritti alla prova dell'emergenza 9. Assistenza sanitaria dignitosa ed emergenza pandemica. Il "diritto ad una morte dignitosa": la configurazione di un diritto fondamentale ai tempi del Covid-19. 10. Conclusioni. Spunti meta-giuridici.

1. Premessa: emergenza sanitaria e Costituzione

L'emergenza pandemica che ha sconvolto l'Italia e il mondo, oltre ad avere strappato alla vita migliaia di donne e di uomini, ha determinato una limitazione senza precedenti dei diritti fondamentali¹, *rectius* un bilanciamento del tutto peculiare che ha visto prevalere le ragioni della tutela del diritto alla salute, nella sua duplice accezione di diritto individuale e interesse della collettività.

Com'è noto, in Italia – a differenza di altre realtà costituzionali² – manca un esplicito statuto costituzionale dell'emergenza (con la sola esclusione del conferimento da parte delle Camere al Governo dei "poteri necessari" in caso di guerra *ex art.* 78), né tantomeno, come rilevato nella Relazione del 2020 presentata dal Presidente della Corte Costituzionale, si rinvenivano espressamente nella Carta Costituzionale "clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali" o "previsioni che in tempo di crisi consentano alterazioni dell'assetto dei poteri". L'assenza di una regolamentazione costituzionale esplicita dell'emergenza (il che, come vedremo, non implica affatto che

¹ Scrive il Consiglio di Stato, già in un decreto della III Sezione del 30 marzo 2020: "per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (...) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo".

² A titolo meramente esemplificativo, si segnala che l'articolo 16 della Costituzione francese del 1958 consente al Presidente della Repubblica di adottare – sentiti il Primo Ministro, i Presidenti delle Camere e il Consiglio costituzionale – tutte le misure necessarie per prevenire o rimuovere un grave ed immediato pericolo per le istituzioni della Repubblica o per il corretto funzionamento dei poteri costituzionali, l'indipendenza nazionale, l'integrità territoriale, l'adempimento degli obblighi internazionali. La Costituzione spagnola del 1978, poi, disciplina all'articolo 116 diverse situazioni emergenziali, differenziandole in "estado de alarma", "estado de excepción", "estado de sitio", demandando la loro disciplina ad una legge organica. Ancora, l'articolo 108 della Costituzione slovena e l'articolo 101 della Costituzione croata, sulla scia dell'esempio francese, demandano al Presidente della Repubblica il potere di emanare decreti in situazioni di emergenza. Sul tema si veda, in generale, la efficace ricognizione di G. ROLLA, *Elementi di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2018, pp. 83 e ss.

la Costituzione ignori l'emergenza)³ è certamente il frutto dei timori del Costituente di fronte alle esperienze storiche allora ancora vive nel ricordo collettivo: era stata, infatti, proprio la facoltà attribuita al Presidente del Reich dall'articolo 48 della Costituzione di Weimar di adottare *“le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano stati turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata”* a spianare la strada all'ascesa al potere di Hitler nel 1933.

Benché la nostra Costituzione non preveda espressamente una clausola generale relativa allo stato di emergenza, resta possibile l'apertura di stati di emergenza “atipici”, secondo un principio da tempo affermato dalla giurisprudenza costituzionale in base a cui *“di fronte ad una situazione di emergenza ... Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso e indeclinabile dovere di provvedere adottando una apposita legislazione di emergenza”* (Corte costituzionale, sent. n. 15 del 1982).

Tale principio ha trovato applicazione a livello di legislazione ordinaria nel Codice della Protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1) dove, all'art. 7, lett. c) si richiamano le *“emergenze di rilievo nazionale connesse a eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24”*, nel quale si affida al Consiglio dei ministri il potere di deliberare lo stato di emergenza di rilievo nazionale determinandone la durata e l'estensione territoriale.

Infatti, è stato il Governo che, al manifestarsi della diffusione del virus, ha dichiarato lo “stato di emergenza” per motivi di tutela sanitaria a far data dal 31 gennaio 2020, con una delibera del Consiglio dei ministri adottata ai sensi del sopra richiamato Codice della Protezione civile (artt. 7, primo comma, lett. c) e 24, primo comma, del d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1).

Lo stato di emergenza è stato, poi, prorogato dal Consiglio dei Ministri in conformità dell'art. 24, comma 3, del citato codice, fino – considerata l'ultima proroga deliberata nel luglio scorso – al 31 dicembre 2021 (*“la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi”*).

Proroghe, queste, giustificate dal perdurare della situazione pandemica e dalle necessità di semplificazione connesse all'implementazione della campagna vaccinale, oltre che dalle esigenze di coerenza dell'intero

³ Sul tema, cfr., a titolo meramente esemplificativo, V. ANGIOLINI, *Necessità e emergenza nel diritto pubblico italiano*, Padova, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 1992, pp. 217 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1993, pp. 551 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2004; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2008; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2011; A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2013; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2015; G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2018; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019. Sul rapporto tra emergenza ed urgenza, v. GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020, pp. 441 ss.

assetto normativo emergenziale, caratterizzato da misure – previste da decreti-legge e da DPCM – sovente vincolate, nel rispetto dei criteri di rigorosa temporaneità, proprio al limite temporale della durata dello stato di emergenza.

Il Consiglio dei Ministri del 14 dicembre 2021, tuttavia, ha approvato un nuovo decreto-legge, che ha disposto una ulteriore proroga dello stato di emergenza sino al 31 marzo 2022, così derogando alle disposizioni del codice della protezione civile: se quest'ultima proroga non pone particolari problemi da un punto di vista formalistico, attesa la natura di fonte ordinaria del codice della protezione civile (perfettamente suscettibile di essere derogata da altro atto di rango analogo), nondimeno non possono non evidenziarsi alcune perplessità di ordine generale e sistemico, posto che l'emergenza è per definizione contingente e temporalmente circoscritta.

Il rischio, insomma, è che – ondata dopo ondata – si giustifichino proroghe *ad libitum* dello stato di emergenza, foriere di squilibri costituzionali che vanno ben al di là della mera crisi della tenuta del sistema delle fonti. Sovvengono, allora, ai tempi della quarta ondata della pandemia, le parole di chi, già tempo addietro, lamentava – nel pieno della seconda – la stessa contraddittorietà dell'uso del termine “emergenza”, “*visto che durante la prima ondata si prevedeva la seconda e ora anche la terza*”⁴.

L'emergenza, infatti, per sua natura inerisce a quelle ipotesi in cui “il ‘quieto vivere’ giuridico viene interrotto da un evento, in qualche misura improvviso ed imprevisto, che mette in crisi l'assetto giuridico vigente, costringendo l'ordinamento ad adattarsi urgentemente alla mutata situazione fattuale”⁵: ecco, si può ancora parlare, dopo due anni – a maggior ragione ora che la proroga ha superato il limite massimo individuato dal codice della protezione civile – di un “evento improvviso ed imprevisto”?

Ma torniamo ora al tema iniziale.

Il nostro Paese proveniva da una lunga stagione di “micro-emergenze”, settoriali e territorialmente circoscritte, spesso concernenti la stessa organizzazione della pubblica amministrazione, cui si rispondeva con un'azione amministrativa derogatoria sviluppatasi soprattutto per effetto della legge n. 225 del 1992 sul servizio nazionale di protezione civile.

Anche quelle “emergenze amministrative”, sebbene riferibili ad accadimenti delimitati e ben diversi dalle c.d. “emergenze classiche” (il colpo di Stato, la guerra, etc.), ponevano non banali problemi di tenuta del sistema delle fonti del diritto⁶.

⁴ Intervista a Sabino Cassese, *Troppe norme scritte senza buon senso*, rilasciata a *Il Messaggero*, 20 dicembre 2020. Le stesse parole sono opportunamente ricordate da I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali*, in *AIC Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale. 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021, p. 50.

⁵ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, cit., p. 16.

⁶ V. diffusamente G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 22 e ss., la quale, per un verso, ha considerato che il numero di commissari straordinari e le funzioni loro attribuite erano tali da potersi sostenere che l'indirizzo politico si realizzasse anche e soprattutto attraverso tali strutture (con le inevitabile ricadute sulla relazione di fiducia con il Parlamento, qualificante per la forma di governo) e, per l'altro, ha evidenziato che le ordinanze d'urgenza con cui si

Problemi non molto dissimili da quelli attualmente sul tappeto, ma ovviamente su scala ridotta e di rilievo tutto sommato limitato rispetto a quelli che si sono presentati in tutta la loro complessità e drammaticità nel 2020, quando lo Stato repubblicano post-bellico si è trovato a misurarsi per la prima volta con una “macro-emergenza”, di carattere non solo nazionale ma addirittura globale.

Nell’attuale assetto costituzionale, lo strumento normativo per eccellenza per affrontare gravi situazioni di emergenza è rappresentato dal decreto-legge, adottato dal Governo “in casi straordinari di necessità e di urgenza” ai sensi dell’art. 77 Cost., la cui natura sostanzialmente, ma non formalmente, *extra ordinem* giustificerebbe – nella lettura offerta da un illustre Maestro del diritto pubblico⁷ – financo l’introduzione di norme derogatorie delle stesse disposizioni costituzionali. E nondimeno la storia costituzionale italiana ha dimostrato – paradosso inimmaginabile per i Padri Costituenti – come, a fronte della totale inattuazione e mancata applicazione dell’art. 78 Cost., l’art. 77 sia stato invece utilizzato in maniera incontrollata, sino a determinarne una torsione, tale per cui il decreto-legge è divenuto la fonte “privilegiata di produzione normativa”⁸, strumento ordinario di espressione dell’indirizzo politico. Quella fonte che la Costituzione ha riservato alla disciplina di situazioni contingenti – e, a maggior ragione, fonte destinata a fronteggiare le emergenze, al punto da poter derogare, secondo la lettura di Esposito, alle stesse norme costituzionali –, è stata invece patologicamente normalizzata. Il paradosso che, allora, ci ha consegnato l’emergenza pandemica deriva dal fatto che, per fronteggiarla, è stato (opportunamente) usato

operava, benché formalmente provvedimenti amministrativi, potevano derogare alla legge, dando vita a micro-ordinamenti derogatori spesso prorogati per anni. Non a caso, parte della dottrina aveva messo in guardia dai rischi (e dalle intrinseche contraddizioni) delle emergenze “stabilizzate” (v. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, p. 64. Nello specifico, sulla “stabilizzazione ordinamentale dell'emergenza pandemica”, v. E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, in *AIC Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale. 4 dicembre 2020*, cit., in particolare pp. 216 ss. Sulla questione, riguardata dall’angolo visuale del rapporto tra urgenza ed emergenza, v. GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, cit., in particolare p. 452, il quale riconnette all'emergenza l’“instaurazione di una sorta di ‘ordinamento alternativo’ (...) in cui i rapporti tra interessi, diritti e principi appaiono declinati (o, se si preferisce, ‘bilanciati’) in modo diverso dall’ordinario”.

⁷ Ci riferiamo, evidentemente, a C. ESPOSITO, *Decreto legge* (voce), in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 831 ss. La opzione ermeneutica di Esposito è chiaramente comprensibile tenendo conto del contesto storico-giuridico-istituzionale dell’epoca, in cui la preminenza della legge formale nel sistema delle fonti faceva emergere la natura sostanzialmente *extra ordinem* del decreto legge (v. anche F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019). Gli ultimi lustri, invece, hanno visto il sorgere di una “normalità emergenziale a bassa intensità” (così G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, pp. 74-75), caratterizzata da “abusi costanti della decretazione d’urgenza o del proliferare di poteri emergenziali di autorità amministrative, il cui utilizzo, pressoché abituale, ha finito per sfumare la distinzione, fino a confonderla, tra normalità ed emergenza. Le fonti straordinarie dell'emergenza, prima della pandemia, insomma, hanno finito per divenire, nei fatti, delle fonti ‘diversamente ordinarie’. Non c’è da stupirsi, pertanto – ed è qui il paradosso – che di fronte all’insorgere di un'emergenza di proporzioni epocali si siano sviluppati parallelamente due fenomeni all’apparenza contraddittori. Il primo è stato quello della diffusione, piuttosto ampia, almeno a livello degli attori politici e dell’opinione pubblica generale, della convinzione che la nostra Carta, a differenza di altre (che prevedono ad esempio una disciplina costituzionale dello stato di emergenza) fosse particolarmente impreparata alla gestione di tali situazioni. Il secondo è che, in assenza di altro, si è fatto uso degli strumenti abitualmente impiegati per la normalità emergenziale a bassa intensità, ma applicandoli, *sic et simpliciter*, su scala enormemente più grande”.

⁸ Così G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, 2021, p. 75.

uno strumento, quello del decreto-legge, che la prassi degli ultimi decenni ha reso sempre meno “straordinario”.

E, quindi, al primo provvedimento con cui il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza *ex art.* 24 del d.lgs. 1/2018 – deliberazione del Consiglio dei Ministri non soggetta a controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti – è seguito, del tutto consequenzialmente, il decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020, recante “Misure urgenti per il contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19” (poi convertito con la Legge n. 13 del 2020), che ha autorizzato il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della sanità, sentiti i Ministri dell’interno, della difesa, dell’economia e finanze, e gli altri ministri competenti (art. 3), ovvero altre autorità competenti (art. 2), ad adottare le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid.

Occorre specificare, tuttavia, un aspetto di non poco conto.

Si è detto che alla dichiarazione dello stato di emergenza è seguito consequenzialmente il decreto-legge 6/2020.

Invero, questa “consequenzialità” non deve intendersi in termini di necessario rapporto causa-effetto; essa, piuttosto vale a significare che la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 30 gennaio ha irrobustito la giustificazione, o – se si vuole – ha fatto da sfondo ai presupposti straordinari di necessità e di urgenza richiesti dall’articolo 77 della Costituzione per l’adozione, da parte del Governo, del decreto-legge.

Con questa delibera, il Consiglio dei Ministri aveva connesso alla dichiarazione dello stato di emergenza l’esercizio del potere di ordinanza previsto dall’articolo 25, comma 2, del Codice della protezione civile, con riguardo all’organizzazione di interventi di soccorso e di assistenza ed al ripristino delle funzionalità dei servizi pubblici, ed aveva abilitato il Capo della protezione civile ad emanare le ordinanze, in quanto soggetto istituzionale a mezzo del quale il potere del Presidente del Consiglio può essere esercitato⁹.

In tal modo, la gestione della pandemia, nella sua fase aurorale, era stata resa interna al sistema della protezione civile, con la connessa applicazione delle relative disposizioni del d.lgs. 1/2018.

Ecco, però, che veniva alla luce la complessiva inidoneità del sistema di protezione civile a fronteggiare un’emergenza sanitaria senza precedenti: come è stato opportunamente messo in evidenza¹⁰, la scelta del legislatore del 2018 si inserisce in una prospettiva volta a limitare l’esercizio dei poteri derogatori a quanto attiene ai “profili tecnico-organizzativi” e all’ “acquisizione delle risorse relative”, il che appare insufficiente ad assicurare “un sistema di governo complessivo della pandemia”.

⁹ Cfr. A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, volume 1, Bologna, 2021, p. 43.

¹⁰ Ivi, pp. 44-45.

Infatti, l'articolo 25 del d.lgs. 1/2018 circoscrive, al comma 2, l'oggetto del potere di ordinanza all'organizzazione ed effettuazione degli interventi di soccorso e di assistenza alla popolazione, al ripristino delle funzionalità dei servizi pubblici e delle reti strategiche, all'attivazione di misure di immediato sostegno economico, alla ricognizione dei fabbisogni ed a misure urgenti e temporanee. Più che fondati, pertanto, sono risultati i dubbi sulla sufficienza delle disposizioni del codice della protezione civile, specie in merito alla domanda se “con i poteri derogatori di protezione civile sia possibile non soltanto organizzare il sistema dell'emergenza, ma imporre comportamenti ai cittadini o limitazioni all'esercizio delle loro libertà”¹¹.

Di qui, l'utilizzo del decreto-legge, ritenuto – in quanto atto avente forza di legge designato direttamente dalla Costituzione – uno strumento più idoneo rispetto a quelli forniti dal codice della protezione civile, con conseguente “marginalizzazione”¹² del d.lgs. 2/2018. Se il decreto-legge è strumento indubbiamente deputato ad affrontare la peculiare situazione pandemica, tuttavia il discorso si complica per quel che attiene ai DPCM, ai quali sono stati indebitamente delegati ampi compiti normativi e che sono circondati da minori garanzie¹³.

¹¹ Ivi, p. 45.

¹² L'espressione è di C. FIGLIOLIA, *Il potere di ordinanza durante la pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, volume 1, cit., p. 98. Cfr. anche le condivisibili riflessioni di G. RAZZANO, *Il codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *ConsultaOnline* (https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/razzano_scrittiCostanzo.pdf), 17 marzo 2020, p. 8: “Sembra che tale disciplina del Codice finisca, di fatto, per favorire l'adozione di specifici decreti legge, che sono certamente gli strumenti previsti dalla stessa Costituzione (...) a governare i casi straordinari di necessità e di urgenza, ma che, nel singolo caso, potrebbero anche essere meno esigenti dell'art. 25 del Codice, quanto al raggiungimento delle intese, all'indicazione delle norme derogate e ai limiti e modalità delle ordinanze. Non è casuale che, nella gestione dell'emergenza per il Covid-19, dichiarata dal Consiglio dei Ministri per sei mesi, ai sensi dell'art. 24 del Codice, lo scorso 31 gennaio 2020, il Governo abbia preferito adottare decreti-legge e, grazie a previsioni contenute proprio in questi, anche Decreti del Presidente del Consiglio (d.p.c.m.). Questi ultimi sono riconoscibili pur sempre come provvedimenti amministrativi contingibili urgenti, ma non recano il *nomen iuris* di 'ordinanza', ai sensi dell'art. 25 del Codice. Di fatto, nonostante la dichiarazione dello stato d'emergenza e, quindi, la possibilità di adottare ordinanze di protezione civile, il Governo ha preferito l' 'aggancio' alla fonte primaria rappresentata dai decreti-legge anziché a quella costituita dal Codice. E, a ben leggere tali d.p.c.m., non sono richiamate in premessa né intese, né norme derogate (...), come richiederebbe l'art. 25 del Codice, ma i precedenti decreti-legge autorizzativi, che non prevedono intese ma di 'sentire' i Presidenti delle o delle Regioni o il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, oltre alla l. n. 400/1988. Il Codice insomma, per quanto 'nuovo', alla prova dell'emergenza *Coronavirus*, è stato di fatto accantonato, mentre la gestione dell'emergenza sta avvenendo grazie ad alcuni decreti-legge, a numerosi d.p.c.m. e ad ordinanze dei Presidenti delle Regioni, anch'esse 'autorizzate' dal decreto legge”.

¹³ Nota, in particolare, R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, in *AIC Annuario 2020. Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali. Atti del XXXV Convegno annuale. 4 dicembre 2020*, Napoli, 2021, pp. 170-171 che “i decreti-legge autorizzativi dei vari Dpcm risultano meno esigenti delle previsioni del Codice della protezione civile quanto ai requisiti per l'adozione degli atti derogatori contingibili e urgenti”: in primo luogo, infatti, i Dpcm sono adottati *sentiti* i Presidenti delle Regioni interessate e il Presidente della Conferenza delle Regioni, mentre le ordinanze di protezione civile richiedono una previa intesa con le Regioni interessate; in secondo luogo, se il Codice della protezione civile richiede una precisa indicazione delle norme di legge che le ordinanze di protezione civile sono legittimate a derogare, i decreti-legge emergenziali non hanno imposto ai Dpcm l'individuazione espressa delle norme (addirittura di rango costituzionale) suscettibili di deroga; ancora, mentre le ordinanze di cui all'art. 25 del d.lgs. 1/2018 debbono essere “specificamente motivate”, i Dpcm non “sembrano indicare alcuna specifica motivazione”, ché anzi essa appare, in maniera estremamente generica, legata ad un non meglio precisata necessità di contenimento dei contagi.

L'articolo 3 del d. l. n. 6/2020, in particolare, per un verso ha istituzionalizzato “in via transitoria (fino all'adozione dei DPCM.) la sovrapposizione dei due sistemi paralleli di gestione dell'emergenza che fin da principio erano stati attivati dal Governo (poteri *extra ordinem* in materia sanitaria e in materia di protezione civile), dall'altro introduce un nuovo, e apparentemente terzo, canale di attuazione delle misure emergenziali, rappresentato dai d.p.c.m., il quale pare collocarsi addirittura fuori dal sistema di protezione civile”¹⁴; il successivo decreto-legge, il n. 19/2020, “richiama espressamente, per la prima volta, la delibera sullo stato di emergenza (...), prevedendo che le misure di attuazione possano essere adottate tramite d.p.c.m. fino al termine dell'emergenza stessa”, così realizzandosi una solo “apparente riconduzione del nuovo canale di gestione dell'epidemia (...) nell'alveo del sistema di protezione civile, rispetto al quale, però, il nuovo strumentario mantiene la sua significativa eccentricità”¹⁵.

L'inadeguatezza della disciplina del codice della protezione civile di fronte alla gravità della pandemia, invero, appare confermata dalla lettura che della sequenza normativa emergenziale ha inteso offrire la Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 198 del 2021, la quale ha ricostruito – non senza, come si dirà diffusamente *infra*, passaggi poco condivisibili – il peculiare modello *ad hoc* di disciplina dell'emergenza pandemica, basato sull'impiego della decretazione d'urgenza e dei discussi DPCM.

Si è osservato, infatti, che, essendo configurabili come “atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle ‘ordinanze necessitate’ (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile”, di talché, “malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono (...) con le ordinanze di protezione civile, l'emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”.

E, allora, come la Corte ha osservato richiamando la precedente sentenza n. 37 del 2021 (su cui, v. *infra*), “il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell'emanazione del codice della protezione civile, «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile», essendo «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 provvedimenti tarate su quest'ultima», come appunto 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

¹⁴ Così A. CARDONE, *La gestione “alternativa” dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in *La legislazione penale*, disponibile al sito <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/05/Cardone-Sistema-delle-fonti-ed-emergenza-sanitaria-1-2.pdf>, p. 8.

¹⁵ *Ivi*, p. 9.

crisi in costante divenire». Ecco, allora, la cennata marginalizzazione del codice della protezione civile, una marginalizzazione – va ricordato a onore del vero – pur sempre “relativa”, come dimostrano le continue proroghe dello stato di emergenza e le innumerevoli ordinanze del commissario straordinario (che sono andate affiancandosi alle ordinanze del Ministro della Salute previste dall’art. 32 della legge 833/1978).

Non soltanto, dunque, il decreto-legge ha consentito – a differenza del sistema di protezione civile – una disciplina più “organica” – ammesso che una tale aggettivazione sia compatibile con l’idea stessa di emergenza – della gestione emergenziale, ben al di là dei limiti oggettivi che circondano il potere di ordinanza proprio del sistema di protezione civile, ma ancor più il suo impiego giustifica le restrizioni al godimento dei diritti fondamentali.

Non manca, d’altronde, chi sostiene che, “malgrado i molti argomenti spesi in senso negativo, pare più convincente”, invero, “ammettere la possibilità per i decreti legge di incidere eccezionalmente in materia costituzionale, pur nella consapevolezza dei problemi che ciò comporta e dell’esigenza”¹⁶ che non si possano legittimamente configurare forme di “abrogazione, né di revisione costituzionale, sibbene semplicemente delle corrispondenti norme costituzionali”¹⁷.

D’altronde, il terzo comma dell’articolo 77 (disposizione “priva di ogni significazione pratica ove si escluda che i provvedimenti del Governo contemplati dallo stesso articolo non possono mai andare oltre le leggi ordinarie, poiché in tale ipotesi, indipendentemente da ogni particolare attribuzione di competenza, esse potrebbero disciplinare, e retroattivamente” i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti) “acquista pieno significato ove si ritenga che i provvedimenti del Governo possono andare oltre le leggi ordinarie”: “in tale caso infatti le leggi ordinarie non avrebbero potuto senza particolare autorizzazione della Costituzione disciplinare rapporti ad esse sottratti”.

E, ancora, lo stesso articolo 78 conferma che sussistono “leggi ordinarie che, in rapporto alla necessità delle situazioni, possono legalizzare provvedimenti che vanno oltre il disponibile con legge ordinaria”¹⁸.

In questo modo, è stata attivata, di fatto, una catena normativa particolarmente complessa – e discutibile – che ha dato luogo ad un uso reiterato e massiccio soprattutto dei DPCM, cioè di atti di natura regolamentare sottratti a forme di controllo (preventivo e successivo) sia da parte del Parlamento che del Capo dello Stato e della Corte costituzionale.

Può, dunque, sostenersi che la dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi del codice della protezione civile ha costituito un “presupposto dell’esercizio dei nuovi poteri”, “dal momento che tale dichiarazione

¹⁶ Così A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, p. 1515.

¹⁷ F. MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. Giur.*, vol. III, Roma, 1988, p. 11.

¹⁸ C. ESPOSITO, *Decreto legge* (voce), cit., p. 853.

segna il limite temporale di applicazione delle nuove misure previste dall'art.1 del DL n. 19/2020; tuttavia, il potere del Presidente del Consiglio di adottare le misure specifiche previste dall'art.1 e di modellarne l'applicazione non è un potere di protezione civile, sicché in alcun modo i numerosi DPCM adottati possono essere considerati manifestazione di quest'ultimo. I DPCM sono, infatti, adottati a seguito di un procedimento tipico (...) e non si risolvono, come quello della protezione civile, in un potere di deroga a singole disposizioni di legge (...), ma suppongono un potere del Presidente del Consiglio di disporre, per un tempo determinato, l'entrata in vigore di una disciplina speciale che esclude l'applicazione delle norme ordinarie”¹⁹.

Orbene, proprio i decreti legge adottati in questi mesi e, sulla base di essi, gli innumerevoli decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, le ordinanze del Ministero della Salute, le ordinanze regionali ed altri provvedimenti – un vero e proprio “scoordinato affastellamento di atti”²⁰ o “una vera giungla normativa o sub-normativa”²¹ – hanno messo duramente alla prova – talora generandone una torsione – il sistema delle fonti²² ed hanno determinato (cospicue) restrizioni al godimento dei diritti fondamentali.

¹⁹ A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, cit., p. 50.

²⁰ Così V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 1281. Il numero straordinariamente considerevole di atti emanati in questi mesi è rilevato puntualmente da A. CELOTTO, *Costituzione e coronavirus*, in AA.VV., *Il diritto e l'eccezione*, Roma, 2020, pp. 27-28. Dello stesso A., v. *Necessitas non habet legem. Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza*, Modena, 2020.

²¹ Così la definisce F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2020, p. 256, osservando come lo stesso Decreto Legge n. 6/2020, che avrebbe dovuto costituire il fondamento dei successivi interventi normativi, mostrava una discreta confusione che ha facilitato l'affermazione in via informale di una serie di nuove ‘fonti del diritto’ (quali le dichiarazioni del Comitato di esperti, le affermazioni della Task Force, etc.).

²² Sul tema, secondo diverse prospettive, v. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 558-583; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 109-141; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 531-557; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *diritticomparati.it*, 24 aprile 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 142 ss.; M. TRESKA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 200 ss.; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos- Le attualità nel diritto*, 1/2020, disponibile al sito <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/05/Ronga-1-2020-coronavirus-D.pdf>; A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Nomos- Le attualità nel diritto*, 1/2020, disponibile al sito <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/05/Mazzola-1-2020-coronavirus-D-rev.-1.pdf>; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2020, pp. 16 ss.; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, disponibile al sito https://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/09/LUCI-ED-OMBRE-NELLATTUAZIONE-DELLEMERGENZA-SANITARIA-DA-CORONAVIRUS-I-DPCM_Marchiano.pdf; A. MITROTTI, *Salus rei publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2020, disponibile al sito https://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/08/SALUS-REI-PUBLICAE-E-LEGALITA-ALLA-PROVA-DEL-COVID-19_Mitrotti.pdf; S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2020, disponibile al sito https://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/08/Coronavirus_FONDAMENTO-LEGALE-E-COMPETENZIALE-DELLE-MISURE-DEI-CONTENIMENTO-DELL'E2%80%99EPIDEMIA-DA-COVID-19_Troilo.pdf; F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1/2021, pp. 400-421; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i*

A titolo meramente esemplificativo, particolarmente significative sono risultate le limitazioni di cui sono state oggetto la libertà di circolazione²³ e soggiorno *ex art.* 16 Cost., la libertà di riunione di cui all'art. 17 Cost. [(oggetto di tre principali restrizioni: “1) i divieti agli assembramenti e alle riunioni, 2) i divieti ad altre attività che indirettamente incidono sulla libertà di riunione, nonché 3) le misure di regolazione delle distanze interpersonali”²⁴], la libertà di culto²⁵ di cui all'art. 19 Cost. (oggetto delle misure limitative di cui agli art. 1, c. 2, lett. d del decreto-legge 6/2020 e art. 1, c. 1, lett. g DPCM 8 marzo 2020), la libertà di iniziativa economica privata²⁶ *ex art.* 41 Cost. e il diritto all'istruzione²⁷.

primi) dieci mesi di emergenza sanitaria, in *Rivista AIC*, 1/2021, pp. 384-398; I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2/2021, pp. 64-83.

²³ Sul tema, cfr. G. P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020, pp. 95 s.

²⁴ L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, numero speciale della rivista *Federalismi.it*, disponibile al sito <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=41288&dpath=document&dfile=06052020213130.pdf&content=I%2Bdiritti%2Bcostituzionali%2Bdi%2Bfronte%2Ball%27emergenza%2BCovid%2D19%2E%2BUna%2Bprospettiva%2Bcomparata%2E%2B%28aggiornato%2Bal%2B5%2F5%2F2020%29%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpater%2B%2D%2B>, p. 19.

²⁵ Sulle restrizioni alla libertà di culto e sulla tenuta del principio di “collaborazione” tra Stato e Chiesa Cattolica *ex art.* 1 dell'Accordo Italia-Santa Sede del 1984 e del complessivo impianto di relazioni tra la Repubblica e le confessioni religiose, cfr. N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del Coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 7/2020, pp. 25-40; A. TOMER, *Libertà religiosa tra pandemia e garanzie costituzionali, sovranazionali e pattizie*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2020; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, in *Federalismi.it*, disponibile al sito <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=41988&dpath=document&dfile=14042020232017.pdf&content=L%E2%80%99epidemia%2Bdi%2BCovid%2D19%2C%2Bla%2Blibert%C3%A0%2Bdi%2Bculto%2Bed%2Bi%2Brapporti%2BStato%2DChiesa%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B>; V. MARANO, *Covid e libertà religiosa. Una prova inedita per la sana cooperazione fra Stato e Chiesa*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., pp. 257 ss. Sull' “estensione del paradigma collaborativo”, v. il recente G. D'ANGELO – J. PASQUALI CERIOLO, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettivi) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 19/2021, pp. 26 ss., in particolare v. par. 5.

²⁶ Su questo (ed altri connessi) aspetti, cfr. M. BELLETTI, *Il “governo” dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo “federativo” europeo*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 1/2021, pp. 20 ss.

²⁷ Sul punto, v., con particolare riguardo all'istruzione delle persone con disabilità, *infra* (parr. 5.2-5.3). Si permetta di rinviare ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Napoli, 2020, Capitolo IV; si consenta, altresì, di rimandare anche ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: diritto interno e tutela multilevel*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, pp. 1153 ss.

Come vicenda esemplificativa dell'incidenza dell'emergenza sanitaria sull'esercizio del diritto all'istruzione si segnala quella intervenuta proprio nelle more della pubblicazione del presente lavoro, che investe i rapporti tra Stato e Regioni: ci si riferisce alla discussa ordinanza del Presidente della Regione Campania del 7 gennaio 2022 con cui è stata disposta – fino al 29 gennaio – la chiusura delle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado sul territorio regionale (con connessa attivazione della didattica a distanza), impugnata davanti al Tar prima da alcuni privati cittadini, poi dallo stesso Governo. Il Tar, con decreto del 10 gennaio, in relazione al primo ricorso, ha sospeso in via cautelare l'efficacia dell'ordinanza regionale, ritenendola manifestamente viziata, sia per la non idoneità, adeguatezza, proporzionalità, sia per il contrasto con le disposizioni del d.l. 1/2022, che richiamano e specificano le disposizioni del precedente d.l. 111/2021 (le quali prevedono, in via generale, lo svolgimento delle attività didattiche in presenza e conferiscono ai Presidenti di Regioni e Province autonome e ai Sindaci il potere di disporre con ordinanza la sospensione delle medesime attività in presenza, derogando alla disciplina legislativa, *soltanto* in zona arancione o rossa e in circostanze di eccezionale e straordinaria necessità).

Alcune di tali limitazioni trovano un fondamento espresso: la libertà di circolazione nei «motivi di sanità o di sicurezza» (art. 16), la libertà di riunione nei «comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica» (art. 17) e l'iniziativa economica privata nella previsione che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale²⁸ o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41)

Ora, le misure restrittive adottate hanno riguardato la limitazione di taluni aspetti di libertà fondamentali in ambiti a volte anche coperti da riserve di legge assolute (per esempio, art. 16 Cost.). E non poche perplessità ha suscitato il fatto che, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, ampi spazi siano stati lasciati alla regolamentazione per il tramite di atti non legislativi²⁹.

Come è stato ben evidenziato, invece, la Costituzione indica la legge, o quantomeno un atto avente forza di legge, come garanzia per le limitazioni di libertà e autonomia che si rendano necessarie in caso di pericolo per la salute, l'incolumità, la sicurezza collettiva. La nostra Costituzione, insomma, pur non recando un espresso statuto dell'emergenza, indirettamente la contempla, la disciplina, la imbriglia³⁰. Sotto questo profilo, allora, se – secondo una lettura autorevole – è plausibile che il decreto-legge possa stabilire deroghe alla Costituzione³¹, o – per meglio dire – alle norme costituzionali di dettaglio, è indubbio, però, che per la limitazione dei diritti di libertà e dei diritti economici o politici sono necessarie maggiori garanzie. Pertanto, anche a voler ritenere, come appare fuori discussione, che la tutela della salute giustifichi l'introduzione di limitazioni agli altri diritti costituzionali, non si può negare che la Costituzione imponga sempre e comunque l'osservanza di un ineliminabile nucleo minimo di garanzie procedurali.

In questa prospettiva, non possono non condividersi, allora, le perplessità di ordine costituzionale manifestate rispetto alle previsioni derogatorie contenute nei decreti del Presidente del Consiglio o nella molteplicità di fonti sub-legislative che hanno previsto limitazioni ai diritti di libertà o ai diritti economici in rottura della disciplina costituzionale o delle attribuzioni di competenze.

²⁸ Sull'utilità sociale – “principio-valvola” – come limite alla libertà di iniziativa economica privata, v., tra i tanti, T. MARTINES, *Concetti giuridici indeterminati e attività interpretativa della Corte Costituzionale*, in AAVV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, pp. 171 ss.; E. CHELLI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir pubbl.*, 1960, I, pp. 300 ss; V. BUONOCORE, *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 3-65; Q. CAMERLENGO, *Costituzione economia società*, Bari, 2017, pp. 219 ss.

²⁹ V. E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus*, in *Consulta OnLine* 2020, fasc. II, p. 374. Osserva, ancora, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Coronavirus Faq e Contributi*, 4.10.2020, pp. 5-6, che l'esordio delle misure di contenimento del contagio epidemico da Covid-19 limitative di diritti fondamentali è avvenuto sotto l'ombrello di una disposizione “in bianco” del d.l. n. 6/2020, meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto: “*ciò che non sarebbe stato consentito in sede di delegazione legislativa si è pensato fosse ammissibile con un decreto legge a maglie larghe, anzi ... larghissime?*”.

³⁰ C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2020, p. 82,

³¹ Sostiene condivisibilmente F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, 22.4.2020, p. 9, che se la Costituzione non consentisse al decreto-legge e alla legge di conversione di disporre in deroga non solo alle fonti primarie, ma anche alle fonti costituzionali, la previsione tradirebbe la sua *ratio* ispiratrice, che è appunto quella di ricondurre “a sistema” le situazioni imprevedibili.

E, allora, proprio perché vi è una disciplina costituzionale delle situazioni di straordinaria necessità e urgenza, lo stesso decreto-legge non può introdurre altre fonti dell'emergenza: vi è cioè una riserva procedimentale, che prevede il coinvolgimento delle Camere e la trasformazione del decreto in legge di conversione³².

In altre parole, le restrizioni dei diritti costituzionali devono ritenersi ammissibili se effettuate con decreto-legge, ma quest'ultimo non può comunque delegare altre fonti ad introdurre sospensioni dei diritti fondamentali.

Anche se si propendesse per una visione tesa a configurare un rapporto tra i decreti legge e i successivi DPCM in termini di attuazione dei primi da parte dei secondi, apparirebbero comunque molteplici gli "scossoni" al principio di legalità, a causa di formule giuridicamente poco felici e di una "stratificazione alluvionale"³³ di provvedimenti normativi prevalentemente di carattere amministrativo.

Ne è esempio l'articolo 2 del decreto-legge 6/2020, secondo il quale "le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1". Invero, è proprio questa norma, che rappresenta con palmare evidenza una inaudita delega in bianco, a suscitare i maggiori dubbi di compatibilità costituzionale³⁴.

La sua abrogazione, ad opera del successivo decreto-legge 19/2020, ha manifestamente "posto rimedio a un evidente difetto di determinatezza"³⁵ che, anche volendo inquadrare gli atti adottati nel periodo emergenziale in termini di "catena normativa", svuota di senso il principio di legalità in senso sostanziale.

³² Cfr. ancora F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali*, cit., p. 112. V. anche, nel quadro di una riflessione articolata sull'emergenza costituzionale in rapporto al principio di legalità, alla riserva di legge ed alla tutela dei diritti fondamentali, le riflessioni di G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, cit., specie pp. 50-51.

³³ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112.

³⁴ Cfr., sul punto, le condivisibili osservazioni di 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 Costituzionale*, 3/2020, p. 16: "Il difetto di tassatività dei casi enucleati dal d.l. n. 6 del 2020 fa apparire come estremamente debole e vacillante la base legale dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Il che viene reso ancora più grave per il fatto che non solo con quei Dpcm si limitano libertà costituzionalmente garantite, ma la violazione di quelle previsioni limitative è accompagnata (...) da una sanzione penale, che esige invece tassatività e tipicità delle fattispecie sanzionatorie incriminatrici, che solo la legge può assicurare. Tassatività che peraltro viene scalfita anche dalle innumerevoli incertezze, dubbi interpretativi, incongruenze, difetti di coordinamento tra discipline, in sostanza, dai difetti di certezza del diritto sopra enucleati, che minano la consapevolezza di chiunque di svolgere un'attività lecita o illecita". V. anche U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazione e Costituzione*, Modena, 2021, in particolare pp. 30-31: "queste palesi e vistose elusioni della necessaria determinatezza delle norme che attribuiscono eccezionali pareri alle "autorità competenti" violavano (...) in modo palese il regime giuridico relativo al principio di legalità e alla derogabilità dello stesso dettato costituzionale in situazioni di emergenza, che esige innanzitutto la previa individuazione delle materie derogabili. Analogamente appariva di assai dubbia costituzionalità l'utilizzazione generalizzata di una sanzione penale, come quella prevista dall'art. 650 c.p., per sanzionare il mancato rispetto delle misure di contenimento adottate sulla base del d.l. n.6, che appunto avrebbero potuto essere discrezionalmente espandibili al di fuori delle materie elencate, mediante il dettato dei d.P.C.M. e degli altri atti delle "autorità competenti", così contraddicendo anche la riserva assoluta in materia penale".

³⁵ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112.

Per giunta, come si è autorevolmente evidenziato, la violazione del principio di legalità in senso sostanziale da parte della disposizione citata non può non travolgere con sé, come un fiume in piena, anche la “sanatoria degli effetti”³⁶ operata dall’articolo 2, comma 3, del decreto-legge 19/2020³⁷.

Con il decreto-legge 19/2020, dunque, si è parzialmente rimediato ai lamentati “veri e propri sfregi costituzionali della prima fase dell’emergenza”³⁸, ma non mancano ulteriori perplessità in ordine al rispetto delle riserve di legge assoluta e del principio di legalità in senso sostanziale.

Si è detto autorevolmente, allora, che “si è consumata una trasformazione genetica della natura giuridica dei DPCM, da atti amministrativi di portata generale a fonti normative, in grado, senza alcun serio e rigoroso fondamento-attribuzione, di limitare e comprimere le libertà fondamentali”³⁹, con la connessa alterazione della portata dei decreti legge da fonti di produzione a “fonti sulla produzione”⁴⁰, capaci di introdurre essi stessi altre fonti *extra ordinem*, senza contare – poi – che il decreto-legge, per definizione, contiene “misure di immediata applicazione” (art. 15 della legge 400/1988).

Anche alla luce di queste considerazioni, dunque, l’orientamento accolto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 198 del 2021, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, prospettata dal Giudice di pace di Frosinone, del decreto-legge n.6 del 2020 (per un evidente difetto di rilevanza), ed infondata la questione concernente il successivo decreto-legge n. 19, appare solo parzialmente condivisibile.

E’ vero che le misure oggetto dei DPCM sono circoscritte entro un criterio di rigorosa temporaneità, con connesso divieto di reiterazione oltre la scadenza dello stato di emergenza, ma non convince la ricostruzione dei DPCM come meri atti attuativi dei decreti-legge (e, anzi, non viene adeguatamente affrontato il tema delle riserve di legge), che – pur atteggiandosi evidentemente, per come configurati nei decreti-legge emergenziali, alla stregua di atti normativi, di natura regolamentare, contenenti norme generali, astratte e innovative – vengono impropriamente accostati agli atti amministrativi necessari, allorché viene richiamata la distinzione – oggetto dell’antica sentenza n. 4 del 1977 – tra questi e le cc.dd. ordinanze necessitate.

Si può convenire, dunque, che “né il decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 né quello successivo n. 19 del 25 marzo 2020 hanno assolto alla loro funzione primaria, ovvero di riservare a loro stessi la materia, ma piuttosto si sono atteggiati impropriamente a fonte di delega, di fatto a fonte sulla produzione,

³⁶*Ibidem*

³⁷ V., ancora, sul punto, le considerazioni di M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 18.

³⁸ Così G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in www.unicost.eu, 10 aprile 2020, p. 4.

³⁹ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 576.

⁴⁰ *Ibidem*.

avviando un illegittimo processo di atti consequenziali fondato su atti amministrativi generali *extra ordinem*⁴¹.

Questo peculiare regime dell'“emergenza” (ammesso che, dopo due anni, si possa ancora utilizzare un termine intrinsecamente legato alla dimensione, temporalmente circoscritta, del contingente) si è gradualmente e faticosamente stabilizzato, avendo al suo centro il d.l. 19/2020.

Ma, ormai, giunti a questo punto, non si può non ritenere fondamentale un pieno recupero della centralità del Parlamento.

Taluno, ormai oltre un anno fa, ammoniva che “qualora l'emergenza si protraesse per molti mesi (...) il Parlamento dovrebbe recuperare la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo”⁴².

Ecco, alle soglie dei due anni dalla prima deliberazione dello stato di emergenza, questo monito diventa ancora più forte e preoccupato.

Non bisogna mai dimenticare, infatti, i pericoli che si celano dietro ad un'emergenza protratta nel tempo e, conseguentemente, occorre tenere fermamente la rotta delle garanzie costituzionali, se è vero che gli stati di emergenza, in uno Stato costituzionale di diritto, sono circondati da garanzie procedurali ineliminabili e da criteri di rigorosa temporaneità, con la funzione di “legare, cioè limitare il potere del Governo, affinché esso non approfitti delle situazioni d'urgenza per limitare i diritti oltre il dovuto”⁴³.

2. Emergenza sanitaria e rapporti Stato/Regioni. La sentenza 37/2021 della Corte Costituzionale

Altrettanto notevole è l'incidenza dell'emergenza sanitaria sulla tenuta dei rapporti tra Stato e Regioni⁴⁴. L'adozione dei decreti legge “emergenziali”, sulla base di evidenti presupposti straordinari di necessità e di urgenza *ex art. 77 Cost.*, è giustificata anche sulla base della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale *ex art. 117, 2° comma, lett. q. Cost.*

⁴¹Ivi, p. 582.

⁴² Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 102.

⁴³ GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, cit., p. 489.

⁴⁴ Sul tema, cfr., *ex plurimis*, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra potere di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione costituzionale tutele costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, pp. 885 ss.; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2020, pp. 79 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 2/2020, pp. 333 ss.; G. M. PALAMONI, *La distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo al tempo del Covid-19 e i riflessi sugli atti*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2020, disponibile al sito https://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/08/LA-DISTRIBUZIONE-DELLE-COMPETENZE-TRA-I-DIVERSI-LIVELLI-DI-GOVERNO-AL-TEMPO-DEL-COVID-19-E-I-RIFLESSI-SUGLI-ATTI_Palamoni.pdf; M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, disponibile al sito <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/06/Mandato-1-2020-coronavirus-1-1.pdf>.

Lo ha affermato la stessa Corte costituzionale nella sentenza 37/2021⁴⁵, nell'ambito di un giudizio in via principale originatosi dall'impugnazione da parte del Governo della legge regionale valdostana 11/2020 concernente misure di contenimento del contagio difforni da quelle stabilite a livello statale – sentenza, questa, preceduta da un'ordinanza che per la prima volta nella storia costituzionale ha applicato l'istituto della sospensione di una legge regionale⁴⁶ – : la base giustificativa dei numerosi interventi legislativi (nella forma dei decreti legge, quali atti aventi forza di legge) è rappresentata, per l'appunto, dalla norma costituzionale in questione, dettata in una materia che richiede “uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale” (sentenza n. 5 del 2018; in precedenza, cfr. sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005 e n. 12 del 2004).

La rilevanza globale dell'emergenza sanitaria risulta, d'altronde, confermata dalla dichiarazione da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità di una “*public health emergency of international concern*” e, a livello interno, dalla dichiarazione dello stato di emergenza con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, a norma dell'articolo 24 del Codice della Protezione Civile.

Invero, indipendentemente dal riferimento costituzionale alla profilassi internazionale, si potrebbe ragionevolmente sostenere che il decreto-legge, in quanto fonte deputata ad intervenire in casi straordinari di necessità e di urgenza e come tale potenzialmente in grado di spingersi “al di là di quanto è disponibile dall'ordinario strumento legislativo”⁴⁷, sia “in condizione di derogare al riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni”⁴⁸, come talora emerge dalla prassi politico-costituzionale e dalla giurisprudenza della Consulta.

Orbene, sono proprio i decreti legge emergenziali ad aver previsto, *inter alia*, l'attribuzione di un potere di ordinanza ai Presidenti di Regione, nel rispetto di determinate condizioni (ovverosia, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 19/2020, nelle more di successivi DPCM, in presenza di specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario sul territorio regionale, e purché riguardi misure di carattere ulteriormente restrittivo) che trovano applicazione – giova sottolinearlo – anche agli atti posti in essere

⁴⁵ Per un commento alla sentenza, v. L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, pp. 1-18.

⁴⁶ Ci si riferisce all'applicazione della disposizione di cui all'articolo 35 della legge 87/1953, novellato dall'art. 9, comma 4, della c.d. legge La Loggia (legge 131/2003), secondo la quale “qualora la Corte ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini (...) d'ufficio può adottare i provvedimenti di cui all'art. 40. In tal caso l'udienza di discussione è fissata entro i successivi trenta giorni e il dispositivo della sentenza è depositato entro quindici giorni dall'udienza di discussione”. Sull'ordinanza 4/2021 della Corte Costituzionale, che ha applicato tale disposizione per la prima volta, cfr. E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021, pp. 154-166.

⁴⁷ A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers on Federalism*, 1/2021, p. 9.

⁴⁸ *Ibidem*.

per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da disposizioni di legge precedenti, con ciò derogando, dunque, alle disposizioni dello stesso Codice della Protezione Civile e all'articolo 32 della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (legge 833/1978).

Peraltro, la forza normativa dei decreti legge, giustificati dalla competenza legislativa esclusiva statale in materia di profilassi internazionale, è tale da imporsi anche sull'autonomia speciale: come la Corte costituzionale ha affermato nella citata sentenza 37/2021, le disposizioni della legge regionale impugnata “surrogano la sequenza di regolazione disegnata dal legislatore statale appositamente per la lotta contro la malattia generata dal nuovo COVID-19, imponendone una autonoma e alternativa, che fa invece capo alle previsioni legislative regionali e alle ordinanze del Presidente della Giunta”; di qui la netta “invasione della sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato”, che rappresenta un’indebita “sovrapposizione della catena di regolazione della Regione a quella prescelta dalla competente normativa dello Stato”.

Infatti, è assolutamente “pacifico che la competenza statale esclusiva in materia di «profilassi internazionale» si imponga anche alla Regione autonoma Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste, atteso che essa non può vantare alcuna attribuzione statutaria avente simile oggetto. Il titolo per normare attivato dal legislatore statale in forza dell’art. 117, secondo comma, lettera q), Cost. corrisponde, infatti, ad una sfera di competenza che lo Stato già deteneva, nei confronti della Regione, prima ancora dell’entrata in vigore del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione”.

La citata sentenza della Corte costituzionale ambisce a chiarire molti punti nodali, anche sull’impiego dei DPCM., rispetto ai quali la Corte – in ossequio al principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato – si astiene dal pronunciarsi, limitandosi a sottolineare che essi sono impugnabili davanti al giudice amministrativo (ragion per cui, sono legittimi nella misura in cui rispettano i presupposti, i caratteri e i limiti individuati dalla fonte legale, ovverosia i decreti legge emergenziali regolarmente convertiti).

Ma, tornando alla questione problematica del rapporto tra Stato e Regioni, l’argomentare della Corte ci consente di sottolineare che, nella materia in esame, i poteri delle Regioni sono di carattere amministrativo, non legislativo, in quanto attribuiti direttamente dai decreti legge (il riferimento è ai poteri di ordinanza dei Presidenti della Giunta, circoscritti entro i limiti di cui *supra*), i quali ultimi prevalgono, in virtù del potere di deroga emergenziale, sui poteri individuati da disposizioni di legge precedenti; ne consegue che, ove le Regioni – sia a statuto ordinario che a statuto speciale – approvassero leggi in materia di profilassi, violerebbero direttamente l’articolo 117, 2° comma, lett. q. Cost.

Secondo la Corte, il principio di leale collaborazione non sarebbe affatto inficiato da questo modello di “catena normativa”, nella misura in cui i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – in conformità a quanto previsto dai decreti legge emergenziali – sono emanati previo parere dei Presidenti regionali o

dal Presidente della Conferenza delle Regioni. Una “leale collaborazione”, in verità, alquanto “dimezzata”, nonostante l’incidenza trasversale – pur non espressamente dichiarata – della “profilassi internazionale”.

Inoltre, eventuali funzioni amministrative regionali, ad esempio in materia di tutela della salute, possono essere legittimamente avocate a sé da parte dello Stato a norma dell’articolo 118, primo comma, della Costituzione, il che comporterebbe anche l’attrazione della relativa funzione legislativa, secondo i principi espressi dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza 303/2003⁴⁹.

D’altronde, è nell’intima logica del principio di sussidiarietà che il livello di governo “più adatto” intervenga, specie ove si tratti di situazioni di grave emergenza che richiedono decisioni rapide ed uniformi a livello statale: a chiarirlo, ancora una volta, è la sentenza 37/2021 della Corte, laddove si evidenzia che “a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell’ordinamento costituzionale 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 (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002). Accade, infatti, che 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 (...). Né si tratta soltanto di questo. Un’azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell’art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni”⁵⁰. Ma è sempre la logica della sussidiarietà, che – si badi – pur sempre richiede il rispetto del principio di leale collaborazione, non tenuto in debita considerazione dalla Corte.

Nel complicato dedalo dei rapporti tra Stato e Regioni nel periodo di emergenza sanitaria, è possibile trarre ulteriori indicazioni di fondamentale importanza dalla lettura della sentenza 37/2021 della Corte Costituzionale. La Corte, infatti, asserisce che, nell’ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale, rientrano non soltanto la determinazione delle misure di quarantena e le restrizioni alla libertà di circolazione e alla libertà di iniziativa economica privata, ma anche “l’approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l’approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la

⁴⁹ Sul tema, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *Sussidiarietà e livelli di tutela dei diritti*, in *Scritti in Onore di Vincenzo Buonocore*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 419-519.

⁵⁰ Sentenza 37/2021, paragrafo 7.1, considerato in diritto

somministrazione di questi ultimi, e così via. In particolare i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso”⁵¹.

Un’affermazione, quest’ultima, che appare decisiva, specie a fronte della discutibile predisposizione di piani vaccinali variabili – con riguardo alla selezione di talune categorie – di Regione in Regione, ed al tentativo di taluni Presidenti di Regione di “accaparrarsi” vaccini differenti (al punto da concludere in via del tutto autonoma un contratto di approvvigionamento, come nel caso della Regione Campania, del vaccino russo Sputnik, sospensivamente condizionato alla autorizzazione del prodotto da parte delle autorità competenti di livello nazionale ed europeo).

La Corte pare aver guardato con occhio “ammonitore” e preoccupato al presente facendo intendere, tra le righe, che la possibile breccia nel testo costituzionale aperta dalle iniziative di singole Regioni non potrà passare indenne, a pena di una violazione manifesta dell’articolo 117 Cost. e – aggiungiamo – degli stessi principi di eguaglianza *ex art. 3 Cost.* e di unità ed indivisibilità della Repubblica *ex art. 5 Cost.*, i quali richiedono – interpretati in combinato disposto – che siano garantite condizioni uniformi nel godimento di diritti costituzionali (quale è, appunto, il diritto alla tutela della salute) su tutto il territorio nazionale.

Allo stesso tempo, però, è sempre bene rammentare che la “profilassi internazionale” non può divenire una clausola-gorgo, tale da “risucchiare” – come se fosse il nuovo *nomen iuris* del vecchio interesse nazionale – le competenze regionali riportandole allo Stato. Questo rischio, che taluni osservatori hanno colto nella sentenza 37/2021⁵², deve essere evitato grazie al principio di leale collaborazione. In un certo senso, valgono per la profilassi internazionale gli stessi moniti che in dottrina sono stati formulati con riguardo ai livelli essenziali delle prestazioni (materia trasversale per eccellenza) e, conseguentemente, ai nuovi “momenti di supremazia”⁵³ che da questo assetto discendono. Proprio per questo, tuttavia, la trasversalità (quantunque non espressamente evocata dalla Corte, anzi in taluni punti contraddittoriamente negata⁵⁴) richiede consensualità, dovendo assumere così un primario rilievo il principio di leale collaborazione.

⁵¹ *Ibidem*

⁵² V., in particolare, A.M. POGGI – G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)* (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021), in *Osservatorio AIC*, 4/2021, pp. 231 ss.: in particolare, secondo gli Autori, la Corte tende a “prefigurare un modello di esercizio delle funzioni amministrative ispirato alla «separazione» – ed alla «gerarchia» – tra lo Stato e le Regioni, assai diverso da quello imperniato sul coordinamento e, appunto, la leale collaborazione tra i due livelli di governo. Coordinamento e leale collaborazione che, nel contesto qui esaminato, si giustificano con l’attrazione in sussidiarietà allo Stato delle funzioni in materia sanitaria, e non solo, di cui trattasi, spettanti in larga parte alle Regioni” (p. 258).

⁵³ S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, p. 163.

⁵⁴ Osserva D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, p. 15: “Meraviglia che la Corte abbia voluto espressamente smentire la natura ‘trasversale’ della profilassi internazionale mentre – al contempo – ne andava accogliendo una descrizione in termini finalistici. Nell’affermare che la profilassi internazionale deve ritenersi

3. L'impatto dell'emergenza su diritti fondamentali e dignità della persona. Cenni sul c.d. Green Pass e sull'obbligo vaccinale

Come detto, nel periodo dell'emergenza, con una modalità mai sperimentata nella storia della Repubblica⁵⁵, quasi tutte le libertà costituzionali sono state di fatto limitate, per garantire il diritto alla salute.

Nondimeno, la tutela della salute⁵⁶, intesa nella duplice accezione di cui *supra*, non può attecchirsi – nemmeno in un periodo di straordinaria emergenza (qual è quello che stiamo tuttora vivendo), che attenta alla *salus rei publicae* – come valore supremo assolutizzante e condizionante, né diventa essa stessa la “bilancia” dell'*Abwägung*, “pesando” sé stessa e gli altri diritti in giuoco in un bilanciamento⁵⁷ anomalo, svuotato e snaturato di senso costituzionale.

In una prospettiva costituzionalmente conforme, la tutela della salute, dunque, non è “bilancia” essa stessa, quanto piuttosto oggetto di bilanciamento⁵⁸.

In caso contrario, l'emersione della “salute-bilancia” finirebbe con l'incidere sul contenuto essenziale di altri concorrenti diritti fondamentali⁵⁹, con la conseguenza di determinare – nel violare il *Wesensgehalt* di

‘comprensiva di ogni misura volta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla’, si sta evidentemente riconoscendo che la stessa, lungi dall'assumere i caratteri di una materia-oggetto, debba ricostruirsi come competenza finalistica dello Stato idonea ad attraversare una pluralità di ambiti materiali. Ciò che rileva, infatti, è il fine da raggiungere (contrasto e prevenzione dell'epidemia), non il settore o la natura degli interventi ad essa riconducibili. Ma se così è, ciò che preoccupa nell'approccio della Corte è l'assoluta carenza di considerazioni sull'attivazione di procedure collaborative in grado di compensare l'inevitabile deminutio subita dall'autonomia regionale in plurimi ambiti materiali”.

⁵⁵ V. M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Gruppo di Pisa*, Rivista 2/2020, p.25.

⁵⁶ Su cui, tra i tanti, v. L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 32, I comma*, in *Commentario Branca-Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1976; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, pp. 21 ss; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. Soc.*, 1984, pp. 21 ss.; M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute – Dir. Cost.*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991; L. PRINCIPATO, *La immediata preesistenza dei diritti sociali e il “contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute”*, in *Giur. Cost.*, 1998; A. SIMONCINI – E. LONGO, *Commento all'art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 655 ss; R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 3 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018.

⁵⁷ Sul punto, cfr. F. RESCIGNO, *La gestione del Coronavirus*, cit., pp. 253-271. V. anche M. CECILI – A. CHIAPPETTA, *Diritti fondamentali ed emergenza: come la pandemia covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano e il bilanciamento dei diritti*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., pp. 23 ss.

⁵⁸ Cfr. C. M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, V, 2001, p. 1018: “(...) il contenuto del precetto costituzionale” dell'art. 32 “può essere pienamente inteso solo se inserito nel più ampio contesto di tutela della persona umana delineata principalmente dagli art. 2 e 3 Cost. La salute, infatti, non è un valore a sé stante; (...) concorre con altri valori fondamentali in rapporto di integrazione e reciproco condizionamento. Nell'art. 2 Cost. è consacrata la complessità assiologica della persona umana, restando implicitamente sottesa l'esigenza di bilanciamento”.

⁵⁹ Sul tema dei diritti fondamentali, v., in generale, tra gli altri, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. 1, Torino, 2006; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006; P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018.

un *Grundrecht* – una indebita lesione della dignità della persona umana, che di ogni diritto è alimento, fondamento e “presupposto assiologico”⁶⁰.

Come la consolidata giurisprudenza costituzionale ha messo in luce, infatti, la Costituzione italiana “richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza” (Corte Cost., sent. 20/2017).

Ancora – la Corte ebbe modo di rilevarlo nella nota sentenza sul “caso Ilva” (sent. 85/2013) – “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre ‘sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro’ (sent. 264/2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’⁶¹ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (...). Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Le misure restrittive dei diritti e delle libertà fondamentali, in altre parole, onde essere pienamente compatibili con l’ordito costituzionale, debbono rispettare alcuni requisiti indefettibili: legalità, temporaneità, adeguatezza, proporzionalità⁶² e ragionevolezza⁶³, sicché il “nesso di congruità e

⁶⁰ Così 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, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html.

⁶¹ Questa ricostruzione è stata accolta ormai anche dai giudici comuni. V., *inter alia*, sent. Consiglio di Stato, III sez., 20 ottobre 2021, n. 7045 (la quale, ricordiamo incidentalmente, ha confermato la validità della vaccinazione obbligatoria per il personale sanitario, in una prospettiva sensibile al principio costituzionale di solidarietà e alla tutela dei soggetti deboli bisognosi di cura e di assistenza a contatto con le predette categorie di lavoratori), che ribadisce l’esigenza di continuo bilanciamento tra i diritti e la connessa estraneità al quadro costituzionale delle logiche dei “diritti tiranni”.

⁶² Sul principio di proporzionalità come limite al “diritto di necessità”; v. R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, cit., pp. 187 ss.

⁶³ Cfr. A. ALGOSTINO, *Covid-19, primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 116-125, la quale osserva come “trattandosi di restrizione di diritti fondamentali occorre che il bilanciamento conduca a tutelare nel massimo grado possibile con la preservazione del diritto alla salute gli altri diritti”, senza compromettere il godimento del contenuto essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali. A titolo esemplificativo, l’A. osserva che il decreto interministeriale del 7 aprile 2020 “che chiude i porti alle navi che soccorrono i naufraghi, al di là dell’intrinseca irragionevolezza di distinguere a seconda dello stato di bandiera della nave, viola il diritto alla vita, il diritto alla salute, il principio di non refolement e il diritto di asilo, nonché nello specifico il diritto dei naufraghi ad essere condotti in un porto sicuro, come sancito dalle norme di diritto internazionale, risultando irragionevole il bilanciamento con il diritto alla salute alla base dell’emergenza sanitaria; le esigenze legate all’epidemia di Covid-19, al più, potrebbero dar luogo a controlli sanitari e a provvedimenti di quarantena (in primo luogo a tutela delle persone soccorse)”. Si vedano anche E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria*, cit., p. 377; A. FORMISANO, *Limiti e criticità dei sistemi costituzionali a fronte della emergenza Covid-19*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1-2020, p.12.

proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi» (Corte Cost., sent. 127/1995) “deve essere rigorosamente rispettato”⁶⁴.

E non si ometterebbe che “proporzionalità, adeguatezza e limitazione nel tempo sono, inoltre, oggetto di valutazione, secondo le rispettive competenze, da parte del giudice amministrativo e del giudice ordinario”⁶⁵ – i quali rappresentano pur sempre un primo “filtro” per l’ordinamento, anche in virtù dell’obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme. Di qui l’intrinseca delicatezza di ogni bilanciamento, così come di ogni ricorso ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Evitare che questi principi finiscano col trasformarsi in contenitori vuoti, da riempire di volta in volta secondo i criteri ermeneutici e i metodi di ragionamento dei singoli giudici, è, non a caso, una delle sfide maggiori per il diritto costituzionale.

Le esigenze di tutela della salute pubblica, pertanto, non possono aprire la strada ad uno “stato di eccezione”⁶⁶ o ad una “dittatura commissaria”⁶⁷: il pericolo più grave, infatti, come ci insegna l’esperienza storica, risiede nella circostanza che le regole emergenziali tendono a sopravvivere “all’emergenza [stessa], normalizzando quella *deminutio* di libertà che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale”⁶⁸.

Orbene, come è stato autorevolmente sostenuto⁶⁹, se è vero che i decreti legge adottati dal Governo negli ultimi mesi sono stati esplicitamente motivati sulla base dei citati parametri di proporzionalità ed adeguatezza, è altrettanto vero, però, che “gli atti consequenziali adottati dal Governo nazionale e dalle istituzioni di governo territoriale”⁷⁰ siano stati talora caratterizzati dalla presenza di un bilanciamento – sia consentito il giuoco di parole – decisamente “sbilanciato” (!) a favore della *salus rei publicae* e della “logica funzionale della prevenzione”⁷¹, non tenendo in debito conto il principio fondamentale della dignità della persona come alimento e presupposto indefettibile di tutti i diritti, ivi compresi il diritto alla vita e il diritto alla salute⁷².

⁶⁴ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 141.

⁶⁵ Così A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, p. 35.

⁶⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

⁶⁷ Il richiamo è inevitabilmente a C. SCHMITT, *La dittatura*, Roma, 2006, traduzione a cura di A. Caracciolo.

⁶⁸ Così S. FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, p. 1, citato da M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 141.

⁶⁹ V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 165 ss.

⁷⁰ Ivi, p. 170.

⁷¹ Ivi, p. 171.

⁷² Sostiene A. FORMISANO, *Limiti e criticità dei sistemi costituzionali*, cit., pp. 15-16, che esiste un diritto che assume un valore superiore e assoluto rispetto agli altri e in quanto tale inderogabile, come anche riconosciuto dall’art. 2 della CEDU, e questo viene rappresentato dal diritto alla vita, sicché nel caso di specie, non si discorre semplicemente del bilanciamento del diritto alla salute con gli altri diritti, in quanto il diritto alla salute diventa il presupposto per la garanzia del diritto alla vita che, secondo la Corte costituzionale, viene considerato il primo dei diritti inviolabili dell’uomo nonché “il presupposto per l’esercizio di tutti gli altri”: pertanto, le misure che sono state adottate e che attualmente

E se non mancano, dunque, riserve rispetto alla citata “logica funzionale della prevenzione”, o per meglio dire rispetto alla sua pretesa assolutizzante, ancor più perplessità ingenera la logica della precauzione, se è vero che – come Cass Sunstein ha da tempo ammonito – “il vero problema del principio di precauzione nella sua forma più stringente è l’incoerenza; concepito per indicare una strada da seguire, si rivela incapace di offrire una guida, perché mette all’indice le stesse misure di cui imporrebbe l’adozione”⁷³; per di più invocato finanche in assenza di prove certe di ragionevole pericolosità per ingigantire rischi onde “assecondare determinate lobbies” (si pensi al caso della Sars) o per guadagnare consensi su politiche difficilmente condivisibili in sé e per sé (si pensi al caso della guerra in Iraq), esso si rivela non già una soluzione quanto piuttosto un ulteriore alimento per la “paura” collettiva, non a caso paragonata efficacemente ad un “incendio che divampa”⁷⁴.

Non bisogna, allora, dimenticare che – come la Corte Costituzionale ha opportunamente sottolineato nella citata sentenza 85/2013 – la tesi, secondo la quale – muovendo da un’enfaticizzazione del dato letterale – l’ “aggettivo fondamentale, contenuto nell’articolo 32 della Costituzione sarebbe rilevatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona”, non è affatto convincente⁷⁵ e va, pertanto, fermamente respinta, non potendo ravvisarsi nella nostra Carta Costituzionale una gerarchia tra diritti fondamentali.

Si può, a questo punto, proseguire il ragionamento, lungo un assunto di primaria importanza, che la comunità dei giuristi non può (e non deve) affatto obliterare: la “fondamentalità” riconosciuta espressamente al diritto alla salute dall’articolo 32 della Costituzione, insomma, non autorizza la sua “tirannia” – parafrasando ancora la Corte Costituzionale – sugli altri diritti costituzionalmente garantiti, né giustifica, *a fortiori*, una visione distorta del bilanciamento, ché anzi rischia di snaturarlo e di annullarne la profonda essenza garantista.

La seconda fase dell’emergenza, caratterizzata da un forte impegno alla riduzione dei contagi in conseguenza dell’avvio delle campagne di vaccinazione, ha suscitato (e suscita) un dibattito anche attorno alla portata – e alla legittimità costituzionale – delle disposizioni, di recente introduzione, sul c.d. Green Pass, il noto “lasciapassare” che, introdotto con il decreto-legge 52/2021, ha visto ampliare il proprio ambito applicativo ad opera di successivi interventi normativi (d.l. 105/2021, d.l. 111/2021, d.l. 127/2021, d.l. 172/2021 e, da ultimo, d.l. 221/2021).

progressivamente vengono adottate dal legislatore appaiono sicuramente legittime in quanto finalizzate a tutelare quel bene, la vita umana, che si trova al vertice della gerarchia dei diritti.

⁷³ C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, ed. it., Bologna, 2005, p. 27.

⁷⁴ Ivi, p. 125.

⁷⁵ Sul punto, cfr. I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, cit., p. 17. *Contra*, l’orientamento dottrinale antecedente alla sent. 85/2013, accolto, tra gli altri, da P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, p. 2.

Questo strumento condiziona l'esercizio di libertà e diritti fondamentali (dalla libertà di circolazione – l'unica ad essere inizialmente incisa nel suo godimento, anche in conformità delle previsioni del regolamento europeo 2021/953 – alla libertà di insegnamento, dal diritto all'istruzione al diritto al lavoro) alla previa vaccinazione oppure alla sottoposizione ad un tampone attestante la negatività al Covid-19, con validità di 48 ore.

Non sono mancate forti critiche⁷⁶ nei confronti di tali interventi legislativi, denunciando ora l'introduzione di un obbligo vaccinale surrettizio, ora indebite ed ingiustificate restrizioni dei diritti fondamentali, ora violazioni della disciplina euro-unitaria.

Invero, la questione va opportunamente inquadrata dal punto di vista costituzionale, sia pur in termini sintetici⁷⁷. Quanto alla libertà di circolazione⁷⁸, non si può dubitare della conformità a Costituzione del c.d. Green Pass, essendo stata pienamente soddisfatta la riserva di legge ordinaria (e non già di legge formale, di talché non si può certo censurare la circostanza che l'intervento normativo sia avvenuto tramite decreti legge, poi convertiti dalle Camere) rinforzata per contenuto individuata dall'art. 16 Cost. (trattandosi di limitazioni sancite in via generale per motivi di "sanità").

Ancora, non è stato violato l'articolo 41 della Carta Costituzionale, trattandosi di giustificati interventi legislativi volti a limitare la libertà di iniziativa economica privata, che – com'è noto – non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, ivi inclusa, evidentemente, la tutela della salute individuale e collettiva.

Non si ravvisano, inoltre, contrasti con la Costituzione né con le fonti sovranazionali per quanto attiene alla tutela della privacy, *rectius* della protezione dei dati personali, non potendo individuarsi una violazione dell'art. 9 GDPR (Regolamento generale UE sulla protezione dei dati personali) – che concerne i dati sanitari – dal momento che non si procede ad alcuna raccolta di dati, neppure di quelli sulla vaccinazione, ma ad una mera verifica attestante il possesso o meno del pass (che si tratti, poi, di soggetto vaccinato o "tamponato", questo non è noto in sede di controllo del qr code).

Più in generale, è certamente la dinamica dell'emergenza in sé considerata a giustificare l'introduzione del Green Pass, a patto che siano rispettati criteri di proporzionalità, congruità e ragionevolezza, oltre che di temporaneità.

⁷⁶ V. il documento "*Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*", pubblicato dall'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale, a cura di autorevoli giuristi, e disponibile sul sito questionegiustizia.it; v. anche C. BERTOLINO, *Certificato verde tra Covid-19 tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, n. 1572021 e, da ultimo, V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, pp. 290 ss.

⁷⁷ Il tema sarà oggetto di successivo approfondimento in sede monografica.

⁷⁸ Su cui, in particolare, v. le condivisibili osservazioni di F. RIGANO, M. TERZI, *Certificazioni verdi COVID-19 e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2021, pp. 146 ss., specie v. par. 2.

Ed è proprio sulla base di questi criteri che occorre verificare la correttezza del bilanciamento operato dal legislatore.

Il criterio della temporaneità, invero, appare senz'altro rispettato se consideriamo per esempio che il decreto-legge 127/2021, concernente il pass sui luoghi di lavoro, connette la necessità della verifica del possesso del “lasciapassare” ad un arco di tempo che termina alla conclusione stessa dello stato d'emergenza (vale a dire il 31 dicembre 2021, ora prorogata al 31 marzo 2022). Tuttavia, non si può certo omettere di segnalare, al contempo, che le continue proroghe dello stato di emergenza – al punto che, come si è detto, l'ultima proroga, disposta con d.l. 221/2021, ha determinato un superamento del limite massimo previsto in via generale dal codice della protezione civile – rendono via via più incerta la temporaneità delle misure emergenziali.

Ma questo è un problema che, come già detto, attiene all'emergenza pandemica in generale.

Per quanto attiene, poi, al rispetto degli altri parametri⁷⁹, il Green Pass appare, in via generale, in linea con una visione di gradualità nell'imposizione di obblighi, secondo un'idea di “spinta gentile”⁸⁰ che appare maggiormente conforme alle pratiche discorsive e persuasive di una liberal-democrazia.

“Spinta gentile”, invero, che va anch'essa via via “irrobustendosi”, specie a seguito dell'introduzione del c.d. Super Green Pass (d.l. 172/2021), che, per determinate tipologie di attività, è rilasciato soltanto ai vaccinati (e non più a chi si sia sottoposto, con esito negativo al virus, al tampone), e del c.d. Mega Green Pass (aggiunto dal d.l. 221/2021, e rilasciato ai soggetti vaccinati con terza dose ai fini dell'accesso in qualità di visitatori nelle strutture sanitarie assistenziali).

La gradualità nell'imposizione degli obblighi, certo, è rispettata, come – allo stato – la ragionevolezza dei trattamenti differenziati, ma non possiamo esimerci dal manifestare particolare prudenza rispetto alla prospettiva di subordinare al possesso di un Green Pass rafforzato, privo – in un momento in cui ancora la vaccinazione non è obbligatoria – dell'alternativa della sottoposizione al tampone, non già il semplice accesso a palestre, bar o musei, ma l'esercizio di diritti costituzionali (a partire, per esempio, dal diritto fondamentale al lavoro).

In ogni caso, anche un'eventuale introduzione dell'obbligo vaccinale – da molti ritenuta politicamente e giuridicamente più augurabile – può ritenersi conforme a Costituzione, a patto che venga rispettata la riserva di legge di cui all'articolo 32 Cost. e pur sempre nel rispetto della persona umana (2° comma), e dunque con modalità tali che assicurino una piena e trasparente informazione e con la previsione di un obbligo di indennizzo a carico dello Stato in caso di effetti collaterali particolarmente gravi.

⁷⁹ V. anche P. VERONESI, *Sulla ragionevolezza del “Green Pass”*, in *BioLaw Journal - Rivista di biodiritto*, Editoriale.

⁸⁰ Sui presupposti culturali di questa prospettiva, v. R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014.

Limiti, questi, che valgono a maggior ragione ove si intenda proporre un obbligo generalizzato di vaccinazione, mentre invece sinora le previsioni più stringenti sono state circoscritte ad alcune categorie di soggetti, sulla base di disposizioni di rango primario (tali da soddisfare la riserva di legge) e in maniera costituzionalmente conforme, in virtù del principio di ragionevolezza.

E' altrettanto vero, però, che un'eventuale introduzione generalizzata dell'obbligo vaccinale dovrebbe poter superare il test di proporzionalità, onde esser giudicato conforme a Costituzione: orbene, in una fase attuale, si potrebbe dubitare non certo dell'adequatezza e dell'idoneità della misura, ma quantomeno della sua necessità, in termini di stretta essenzialità per il perseguimento del fine prefissato (la tutela della salute pubblica) e di non utilizzabilità di strumenti differenti meno limitativi nei confronti dei diritti della persona.

Ecco, proprio in una prospettiva siffatta, il c.d. Green Pass appare una misura che, quantunque limitativa dei diritti fondamentali, è senz'altro meno "forte" dell'obbligo vaccinale e, almeno in questa fase dell'emergenza, egualmente idonea ad assicurare il fine della tutela della salute pubblica.

Ancora, non appare convincente la tesi di chi contesta la violazione del diritto europolitico da parte della normativa nazionale: non soltanto non si è in presenza di una discriminazione tra vaccinati e non vaccinati (semmai, piuttosto, si è dinanzi a trattamenti ragionevolmente differenziati, come ci insegna anche una lettura consolidata dello stesso principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.), ma lo stesso regolamento europeo pone il divieto di discriminazione soltanto in un "considerando", privo di efficacia normativa vincolante. Non bisogna, poi, obliare la diretta valenza dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁸¹, di cui all'articolo 2 della Costituzione, che giustificano – in un'ottica di un'irriducibile indivisibilità diritti/doveri – le limitazioni ed i condizionamenti all'esercizio dei diritti fondamentali.

Che il Green Pass, in sé astrattamente considerato, non sia incostituzionale non toglie, invero, che si debba riflettere ed avanzare talune perplessità, rispetto a singole scelte riscontrabili nei vari decreti-legge sinora succedutisi.

A titolo meramente esemplificativo, e rinviando ad altra sede una più approfondita analisi, desta taluni dubbi l'imposizione del Green Pass sui luoghi di lavoro, in particolare per quanto attiene alla sanzione della sospensione della retribuzione.

Va comunque ricordato, invero, che – nonostante talune proposte in tal senso – non sono previste dal d.l. 127/2021 sanzioni disciplinari, come la sospensione o il licenziamento, che sarebbero state senz'altro passibili di illegittimità costituzionale per irragionevolezza e per violazione del diritto al lavoro nel suo contenuto essenziale.

⁸¹ Prospettiva valorizzata in particolare da A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021, Editoriale.

Tuttavia, anche in assenza di sanzioni disciplinari, il condizionamento del diritto fondamentale al lavoro⁸² – se non altro per come è assistito da una grave sanzione, sia pur non inquadrata dal legislatore nel novero delle sanzioni disciplinari, quale la sospensione dello stipendio – alla vaccinazione, che permane non obbligatoria, oppure – in alternativa – alla sottoposizione ai test Covid, finisce con l’impattare direttamente sulla dignità della persona (o, se si vuole, sul diritto ad un’esistenza libera e dignitosa, nel lavoro e col lavoro, ex art. 36 Cost.).

Non mancavano, poi, specifiche disposizioni che sembravano porsi in una situazione di irragionevolezza, cui ha da ultimo posto rimedio, per esempio, l’art. 3 del decreto-legge 7 gennaio 2022, n. 1, che ha esteso ai difensori, ai consulenti, ai periti e agli altri ausiliari alle amministrazioni della giustizia l’obbligo di esibizione della certificazione verde Covid-19 che precedentemente l’art. 9 sexies del decreto-legge 22 aprile 2021, n.52, prevedeva soltanto per i magistrati ed il personale amministrativo ai fini dell’accesso nelle aule degli uffici giudiziari.

O, ancora, non appare costituzionalmente corretta la mancata esenzione dall’obbligo di Green Pass in favore di lavoratori tenuti a svolgere la propria prestazione all’aperto, dove le possibilità di contagio – com’è noto – si riducono e dove, conseguentemente, sarebbero senz’altro ragionevoli misure meno limitative.

Più in generale, poi, in una prospettiva costituzionale, il legislatore dovrebbe al più presto intervenire, anche in previsione della “normalizzazione” del virus (che, anche una volta passate le fasi più acute dell’emergenza, resterà a lungo in circolazione, secondo la comunità scientifica, alla stregua di una influenza endemica), per includere la vaccinazione anti-Covid nei livelli essenziali delle prestazioni ex art. 177, 2° comma, lett. m), della Costituzione.

Discorso analogo vale per i tamponi nasofaringei e per gli altri test utilizzati per la verifica della positività al virus, anche nell’ottica di un abbattimento ulteriore dei costi, già calmierati, quanto meno in questa fase, ancora pienamente emergenziale, in cui i soggetti non vaccinati (che si tratti di scelta personale o di motivazioni logistiche o sanitarie, questo non interessa al giurista) sono condizionati nell’esercizio dei loro diritti e, in particolare, del diritto al lavoro (fino alla scadenza dello stato d’emergenza).

È da segnalare, da ultimo, il decreto-legge n. 1/2022, che – a fronte dell’aggravarsi della pandemia conseguente alla diffusione massiva delle varianti Delta e Omicron – ha esteso l’obbligo vaccinale,

⁸² L’espressione è utilizzata alla luce del carattere del lavoro come fondamento della Repubblica (art. 1 Cost.) e della sua stretta relazione con la “pari dignità sociale” (art. 3 Cost.) e con la dignità della persona umana, che si realizza nella relazionalità e nel lavoro, inteso come mezzo di elevazione del singolo per garantirgli un’“esistenza libera e dignitosa” (art. 36 Cost.) e come strumento per il “progresso materiale e spirituale della società” (art. 4 Cost.)

Sul diritto al lavoro (diritto “fondamentale” e a sua volta “fondamento” della Repubblica), v., in generale, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1975; G. MANCINI, *Commento all’art. 4*, in *Commentario Branca-Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1976, A. CARIOLA, *Commento all’art. 4*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, pp. 114 ss.; C. PINELLI, *Lavoro e Costituzione*, Napoli, 2021.

precedentemente circoscritto ad alcune categorie, a tutti i residenti che abbiano superato il cinquantesimo anno di età. Su questa misura, che ha rappresentato per molti l’“opzione nucleare” – in quanto misura di salute pubblica che, più di ogni altra, incide sulla libertà di autodeterminazione terapeutica della persona – dovremo concentrare brevemente la nostra attenzione. Di siffatto decreto-legge – di cui, allo stato in cui si scrive, si attende la conversione ad opera delle Camere – non può dubitarsi la legittimità costituzionale.

Si può ritenere, infatti, che siano soddisfatte tutte le condizioni individuate dalla sentenza 5/2018 della Corte Costituzionale (ricostruttiva della giurisprudenza in materia: v, ad es., sentt. 258/1994, 307/1990) che legittimano l’introduzione di un obbligo vaccinale: non solo, evidentemente, il rispetto della riserva di legge (imposta dall’art. 32, 2° comma, Cost.), ma la sussistenza di condizioni di carattere sostanziale, chiara espressione del limite del rispetto della persona umana. Non può ragionevolmente negarsi, infatti, che sussistano:

- Circostanze tali da giustificare un *pactum* di “solidarietà” tra lo Stato e il cittadino, nel senso che il trattamento deve essere “diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri” (Corte Cost., sent. 5/2018). Le circostanze eccezionali di una pandemia indubbiamente soddisfano tale condizione, ma – più in generale – ancora una volta il faro è l’art. 2 Cost., con la connessa indivisibilità diritti/doveri che l’affermazione del principio di solidarietà comporta; si badi, invero, che ciò non giustifica affatto una lettura “eticizzante” (quasi nel senso hegeliano) della solidarietà, nel senso di considerare i doveri di solidarietà come “fonte” diretta di un obbligo di trattamenti sanitari (così da strumentalizzare la persona per finalità collettive, degradandola – con buona pace di Kant – a mera “res”). “I fini solidaristici non possono essere estesi fino a limitare le scelte sulle cure in quanto la persona non è in alcun modo strumentalizzabile neanche per fini solidaristici”⁸³: la Corte costituzionale stessa lo ha ricordato nella sent. n. 118 del 1996, affermando che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri». Il principio di solidarietà da solo, astrattamente inteso, non può legittimare un obbligo vaccinale: la dialettica tra libertà e solidarietà si esprime, dunque, secondo una prospettiva garantistica, nella legge, che è infatti la sola fonte

⁸³ Così V. DE SANTIS, *Dalla necessità dell’obbligo vaccinale alla realtà del Green Pass*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2021, p. 6.

deputata dall'art. 32 Cost. alla imposizione di determinati trattamenti sanitari obbligatori. Dialettica tra libertà e solidarietà che, nella specie, altro non è che lo “sfondo” della soluzione di sintesi, il bilanciamento, operato dal legislatore, tra la salute come autodeterminazione e la salute come interesse della collettività. All'esito del bilanciamento, il legislatore ha quindi *ragionevolmente* fatto prevalere la tutela della salute pubblica⁸⁴;

- Ragionevolezza scientifica: condizione anch'essa soddisfatta, alla luce dei comprovati successi della campagna vaccinale nella limitazione (e non già – occorre ricordarlo agli strani fautori di concezioni soteriologiche del vaccino! – nell'assoluta eliminazione del virus), tenuto conto dei dati raccolti e del monitoraggio compiuto dal Comitato tecnico-scientifico e dal Comitato scientifico per la sorveglianza dei vaccini Covid-19;
- Conseguenze negative “normali” o ragionevolmente “tollerabili” dal soggetto (parametro di carattere scientifico anch'esso soddisfatto alla luce dei dati raccolti). Anche sotto questo profilo, appare opportuno sottolineare che il rischio “zero” non esiste: la Corte Costituzionale, non a caso, si è espressa in termini probabilistici, oltre che di ragionevole tollerabilità. Potremmo osservare, allora, come proprio il tema delle vaccinazioni dimostri l'ambiguità intrinseca del principio di precauzione⁸⁵ (al quale giustamente la Corte Costituzionale ha sempre preferito i classici principi di ragionevolezza e proporzionalità): in nome della precauzione si giustificerebbe l'introduzione dell'obbligo vaccinale, ma al contempo sempre in nome di essa si contesta la stessa misura alla luce di supposti rischi. Ecco, quindi, che – come si è detto – il fondamento costituzionale dell'obbligo vaccinale non risiede in un principio dagli ambigui contorni, com'è quello di precauzione, ma nella dialettica libertà-solidarietà (nella specie, tra autodeterminazione terapeutica e tutela della salute pubblica) “superata” dal legislatore con un bilanciamento conforme a criteri di ragionevolezza e proporzionalità;

⁸⁴ La libertà di cura, infatti, “non vale assolutamente quando è in ballo la salute altrui, sia pubblica che privata, quindi è un non senso invocarla in questo contesto (a tacere del fatto che i vaccini proteggono anche la salute di coloro che li ricevono)”: così efficacemente ha scritto, poco prima della sua scomparsa, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC*, 4/2021, p. 366.

⁸⁵ Su cui, v. ancora C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, cit., *passim*.

- Previsione di indennizzo nei casi eccezionali di effetti collaterali gravi (disposto, in via generale, all'art. 1, comma 1, della legge 210/1992⁸⁶);

A queste considerazioni è d'uopo aggiungere che il decreto-legge 1/2022 rispetta il rigoroso criterio di temporaneità, atteso che l'obbligo vaccinale sussiste sino al 15 giugno 2022. Com'è noto, infatti, “la scelta del legislatore in ordine all'obbligatorietà o meno del vaccino deve tenere conto della situazione di fatto che giustifica l'obbligatorietà”, di talché “una situazione di emergenza sanitaria può giustificare ampiamente l'introduzione dell'obbligo vaccinale (...), ma una volta attuato il programma vaccinale e, quindi, una volta che una gran parte della popolazione viene vaccinata occorre tornare alla scelta individuale libera di sottoporsi alla profilassi vaccinale”⁸⁷.

4. La centralità della dignità della persona nella Carta Costituzionale

Alla luce delle considerazioni svolte, appare evidente come la dignità della persona debba rappresentare, nella sistematica della normativa emergenziale, una bussola essenziale per il legislatore e le amministrazioni. L'emergenza deve sempre fare i conti con il rispetto della dignità della persona in quanto presupposto e alimento dei diritti inviolabili della persona. La *salus rei publicae* non può finire col pregiudicare la dignità di tutti e di ciascuno. Di qui, come si è visto, l'importanza di un bilanciamento dei diritti condotto nel rispetto dei canoni di ragionevolezza e di congruità da parte del legislatore emergenziale. Se ciò non accade, ad essere inficiata è proprio la dignità intrinseca ad ogni esistenza umana. Ciò assume peculiare importanza con riferimento ai cosiddetti soggetti “deboli”, la cui posizione nell'ordito costituzionale è di assoluto *favor*, nella prospettiva della “rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale” che ne limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza e, dunque, il pieno sviluppo della personalità.

Di qui l'importanza di una necessaria (breve) chiarificazione del concetto di dignità della persona nell'ordito costituzionale.

Orbene, della centralità della dignità della persona umana – in quanto suo attributo indefettibile – v'è riprova nella circostanza che – rispetto ai due modelli alternativi di Costituzione, secondo la ripartizione proposta da Costantino Mortati in relazione al diverso ruolo che può assumervi la persona umana – la Costituzione italiana propende decisamente verso una sua configurazione come “valore-fine in sé”,

⁸⁶ “Chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge”.

⁸⁷ Così V. DE SANTIS, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del Green Pass*, cit., p. 12.

invece che come “strumento per la realizzazione degli interessi collettivi”⁸⁸. L’uomo come “scopo in se stesso” (*Zweck an sichselbst*), dunque, per dirla kantianamente.

Ed è attorno al valore centrale della dignità – il quale “permea di sé il diritto positivo” (Corte Cost., sent. 293/2000) – che ruota l’assetto costituzionale, già a partire dall’articolo 2, il quale rivoluziona il rapporto classico tra persona e Stato, affermando che la Repubblica *riconosce* i diritti umani fondamentali, non li crea, non li istituisce, né li concede. Vale a dire che la norma reputa quei diritti coesenziali alla condizione umana, di modo che il cittadino non è suddito dello Stato, bensì è lo Stato, o meglio l’organizzazione pubblica, al servizio della dignità di ciascun individuo.

L’alto compromesso raggiunto in Assemblea Costituente, cui diede un forte impulso l’ordine del giorno Dossetti del settembre 1946, fu alla base del “principio della *anteriorità* e della *precedenza* dei diritti rispetto al riconoscimento dello stato, in quanto essi preesistono a questo come bagaglio insopprimibile della personalità individuale (così anche Corte Cost. nn. 1/1956 e 252/1983).”⁸⁹

La dignità⁹⁰, in questo contesto, appare come un attributo inscindibile e indissolubile della persona: in altre parole, essa si atteggia “come valore ultimo e fondante della persona; come clausola che ne riassume le caratteristiche e le qualità”⁹¹; come “nucleo duro dell’umano”⁹², che vieta di “degradare l’uomo concreto a oggetto, semplice strumento, entità fungibile”⁹³; come qualità e connotato insopprimibile che lo connatura, lo rende altro da una mera “res”⁹⁴.

Dunque, il principio personalistico⁹⁵, quale spicca a partire dall’articolo 2, pone di fatto “la dignità come presupposto implicito di numerosi diritti fondamentali. È un presupposto destinato ad emergere dal riconoscimento, dalla definizione, dalla descrizione e dalla disciplina di quei diritti nel testo

⁸⁸ Così M. R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e doveri di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in *Studi Urbinati* V. 67, N. 1-2 (2016), p. 106.

⁸⁹ Così P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 126

⁹⁰ Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, emergono 5 usi fondamentali della nozione di dignità in senso giuridico: “a) come limite ai diritti fondamentali; b) come fondamento di nuovi diritti; c) come ulteriore sostegno a diritti già riconosciuti; d) come perno del bilanciamento; e) come concetto utilizzato per definire altri concetti”. Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 178.

⁹¹ Così G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 1/2014, p. 11

⁹² Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 178.

⁹³ G. DURIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, No. 2 (1956), pp. 117-175, ricordato da J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in POLIS Working paper, n. 79, Ottobre 2006.

⁹⁴ Dunque, la dignità umana, giuridicamente riconosciuta nella Costituzione italiana, può allora essere “intesa come la premessa della tutela dei diritti fondamentali e come una valvola che assicura alcune esigenze minime di tutela di ciò che è umano di fronte al rischio della sua reificazione” (così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 186).

⁹⁵ Per quanto attiene al principio personalista, è significativa la sentenza della Cassazione civ., I sez., del 16 ottobre 2007, n. 21748, in cui si legge che esso “anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente, concepisce l’intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del ‘rispetto della persona umana’ in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”.

costituzionale”⁹⁶: essa, in altre parole, assurge a metadiritto, a base stessa dei diritti fondamentali⁹⁷, o – riprendendo la lezione di Gaetano Silvestri – “presupposto assiologico dei diritti fondamentali”⁹⁸.

In qualche modo, dunque, può affermarsi che dietro l’*inviolabilità*⁹⁹ dei diritti riconosciuti dall’articolo 2 si celi l’*intangibilità* della dignità umana, di quella *Menschenwürde* di cui parla la Costituzione tedesca.

L’art. 3, 1° comma, della Costituzione, a sua volta, contiene un richiamo alla dignità, che – come ricorda autorevole dottrina – ha una “spiccata connotazione, incentrata sulla concretezza delle condizioni di vita”¹⁰⁰.

La persona umana della Costituzione italiana, dunque, è l’*homme situé*, un uomo calato nella concretezza della dimensione storica, delle sue esigenze e dei suoi bisogni, della vita di tutti i giorni.

La “dignità” della nostra Carta Costituzionale, insomma, è un meraviglioso paradosso: è un *universale concreto*, che guarda a tutti indistintamente e nel contempo a ciascuno, nella sua esistenza specifica¹⁰¹.

E’, questa, una espressione che ci consente di cogliere la duplice dimensione della dignità come “dote indisponibile” e come “conquista”¹⁰². Da una parte, cioè, la dignità come “dote e struttura ontologica

⁹⁶ Così G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, cit., p. 15.

⁹⁷ Scrive, in proposito, G. ROLLA: “Non va dimenticato che la dignità umana non è tanto un diritto, quanto il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona. Rappresenta, in un certo senso, la bussola che serve per interpretare il sistema costituzionale dei diritti, i quali, pur possedendo ciascuno uno specifico significato, tutelano un bene giuridico unitario. I particolari profili della personalità umana, pur risultando autonomamente giustiziabili, appaiono riconducibili alla più generale espressione di dignità umana (...)”. Così G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 71.

⁹⁸ Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit. “Esiste”, quindi, “un nesso tra persona, dignità e diritti fondamentali: la dignità spetta alla persona solo perché è tale e si realizza attraverso l’attribuzione alla persona dei diritti fondamentali, sia di libertà che sociali, e la loro concreta garanzia”: così L. FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, p. 24.

⁹⁹ È d’uopo ricordare che “quando si dice (...) che i diritti fondamentali sono inviolabili si vuol dire che essi sono costituiti da un nucleo di interessi, che né le leggi né gli atti amministrativi e neppure gli atti di diritto privato possono ridurre e tantomeno eliminare, in quanto la persona umana gode di una posizione di supremazia rispetto allo Stato stesso e a tutti i settori in cui si articola la sua sovranità” (così G. BARONE, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*, Roma, 2008, p. 24).

¹⁰⁰ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, cit., p. 125.

¹⁰¹ Scrive in proposito M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017, p. 39: “la dignità (...) è da una parte la misura massima e più alta della persona nella sua unicità, e richiama così per un verso la dimensione della anteriorità della persona medesima alla norma positiva statale, e dunque la sua inviolabilità, come se essa fosse composta di materia indisponibile da parte della autorità politica, dei poteri costituiti, delle maggioranze; ma dall’altra è nello stesso tempo – come recita proprio il nostro art. 3 – concretamente ‘sociale’, perché riferita all’accesso che ciascuno possiede ai beni fondamentali che qualificano come ‘degni’ una vita, ovvero a quei beni (...) materia per la costruzione dei diritti sociali, e dunque l’istruzione, il lavoro, la salute”.

¹⁰² Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, pp. 176 ss. Ad evidenziare la seconda connotazione della dignità, accentuandone la dimensione sociale, è M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, vol. III, pp. 1061 ss, il quale evidenzia come “tanto il paradigma della dignità umana (...) quanto quello della persona umana possono essere definiti solo in ragione di un apprezzamento sociale”, atteso che la dignità non è una “*Leeformel*, ma la concreta determinazione del suo contenuto non può essere *astorica* e *asociale*”.

dell'uomo"¹⁰³; dall'altra, la dignità come "prestazione"¹⁰⁴, come punto d'arrivo di un programma di emancipazione¹⁰⁵.

Il significato dell'art. 3 nel suo complesso viene rafforzato nell'ultimo comma di detto articolo, in forza del quale «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana» limitandone, «di fatto, la libertà e l'eguaglianza». La libertà, dunque, si realizza quando ciascuno trova sia in se stesso, sia nell'aiuto altrui, sia nel sostegno delle istituzioni pubbliche, le risorse per la propria realizzazione personale e per la partecipazione effettiva alla vita comunitaria, *rectius* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese¹⁰⁶.

Rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale significa soprattutto emancipare l'uomo dal bisogno, al fine di consentirne il pieno sviluppo della personalità ed il godimento effettivo di quei diritti fondamentali di cui proprio la dignità, come detto in precedenza, è il presupposto assiologico. In altre parole, si delinea "una prospettiva dinamica, che ruota attorno al valore del libero sviluppo della personalità e permette di ricostruire lo stesso concetto costituzionale di libertà quale 'libertà positiva', come autodeterminazione del singolo in tutte le direzioni possibili (civili, etico sociali, economico politiche)".¹⁰⁷

Ora, il valore individuale della dignità "*si salda strettamente al rapporto fra eguaglianza e diversità, nonché al rapporto fra diritti inviolabili e doveri di solidarietà: non vi può essere pari dignità senza eguaglianza, nel rispetto della diversità (...). La dignità è un attributo naturale e intrinseco di tutti e di ciascuno.*"¹⁰⁸.

Logico corollario di questo legame "ontologico" tra dignità ed eguaglianza è il fecondo rapporto tra dignità e solidarietà: "*La persona, inserita nel sociale, si realizza nel rapporto con gli altri ad un tempo eguali e diversi da lui; proprio a fronte della specificità e delle diversità di ciascuno, non può esservi eguaglianza senza solidarietà, che è capace di superare la diversità nella prospettiva dell'eguaglianza.*"¹⁰⁹.

Ne è ulteriore conferma il fatto che, senza l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, non è possibile realizzare il disegno emancipativo prospettato dal principio di eguaglianza sostanziale.

¹⁰³ Così G. TARANTINO, *Sulla dignità umana come presupposto dei diritti dell'uomo e sul Welfare State. Itinerari per uno studio*, in M. DEL MILAGRO MARTIN LOPEZ, F. TORCHIA (a cura di), *Dittatura economica, democrazia, Welfare State*, Milano, 2020, p. 221.

¹⁰⁴ Ivi, p. 224.

¹⁰⁵ Da un lato, dunque – come si osserva nella conclusione di P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009, pp. 85 ss. – una teoria che simboleggia l'universale; dall'altro, una teoria della dignità – come osserva G. TARANTINO, *Sulla dignità umana come presupposto dei diritti dell'uomo e sul Welfare State. Itinerari per uno studio*, cit., p. 231 – "che si riferisce all'individuale, il quale esige una tutela non univoca, ma differenziata".

¹⁰⁶ "La persona alla quale si allude nel testo costituzionale è centro di rapporti umani, vive e si realizza nel contesto sociale, tramite le relazioni che intrattiene con gli altri, in una rete di interscambi continui": la prospettiva del pieno sviluppo della persona umana è, dunque, quella di "una libertà intesa come coinvolgimento attivo nell'autogoverno della comunità, ma anche come orizzonte nel quale è data a tutti la possibilità di esplicitare le proprie potenzialità a cominciare dalla garanzia delle basi materiali dell'esistenza": così M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Art. 3*, Roma, 2017, p. 114.

¹⁰⁷ Così M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., pp. 138-139.

¹⁰⁸ Così G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, op. cit., p. 19

¹⁰⁹ Ivi, p. 22

Ecco, allora, che emerge in tutta la sua decisiva importanza il tema dell'indissolubilità del rapporto tra diritti e doveri, di cui è consacrazione normativa l'articolo 2 della Costituzione: il dovere costituzionale di solidarietà "deve essere funzionale alla miglior tutela dei diritti fondamentali *dell'altro*"¹¹⁰.

La dimensione dei doveri di solidarietà traduce nella sfera del giuridico la fraternità cristiana e illuministica¹¹¹, calandola nella dimensione concreta dei rapporti sociali: "riconoscere l'altro come essere umano, per un'antropologia personalistica", come quella adottata dalla Costituzione italiana, "significa allora accoglierne e sostenerne la strutturale condizione di fragilità e disporre l'organizzazione dei rapporti sociali alla cura come a un dovere inderogabile"¹¹².

Queste riflessioni sul rapporto diritti/doveri¹¹³ inducono a soffermarci sull'importanza del legame costitutivo tra dignità della persona e riconoscimento dei diritti sociali¹¹⁴: è evidente, infatti, come rileva autorevole dottrina, che "se il singolo, per motivi di carattere materiale, non fosse in grado di esercitare effettivamente la propria libertà, allora questa avrebbe soltanto un valore formale; rimarrebbe sulla carta"¹¹⁵.

¹¹⁰G. AZZARITI, *Il dovere costituzionale della solidarietà*, in C. SMURAGLIA (a cura di), *La Costituzione, 70 anni dopo*, Roma, 2019, p. 245.

¹¹¹ Si pensi alla terza parola del motto dei rivoluzionari francesi ("liberté, égalité, fraternité").

¹¹² Così F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012, p. 39. Sul tema, cfr. anche F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; A. M. BAGGIO (a cura di), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Roma, 2007; A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014. In particolare, secondo A. MATTIONI, *Solidarietà giuridificazione della fraternità*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI, op. cit., p. 42, la fraternità è un'idea "filiata da culture differenti, dottrine religiose, filosofie giusnaturalistiche ed illuministiche, elaborazioni scientifiche senza che questi diversi approcci, storicamente documentati, possano essere considerati alternativi. La fraternità in quanto idea naturale (...) adempie anche alla funzione di rendere possibile un'accentuata positivizzazione della solidarietà giuridificazione della prima e di far sì che principi che nelle diverse forme che assume la governano risultino sottratti alla disponibilità di procedure giuridiche capaci di derogarvi". Sul rapporto tra principio personalista e principio solidarista, cfr. B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013, pp. 33-34: "l'art. 2 Cost. include nel modello dei rapporti tra autorità e libertà posto a fondamento dell'ordine repubblicano, ossia nella forma di Stato configurata dai principi fondamentali della Costituzione, il valore della persona che, tra l'altro, è definita come soggetto 'titolare' di diritti inviolabili e di doveri inderogabili, questi ultimi finalizzati alla costruzione di un contesto sociale, politico ed economico improntato al valore della solidarietà. 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".

¹¹³ Ben si può comprendere, allora, la tesi di Maurizio Fioravanti, che – ricorrendo ad una immagine significativa – nel rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili ravvisa i due fuochi dell'ellisse che rappresenta la Costituzione: da una parte, l'invulnerabilità dei diritti riconosciuti alla persona umana, punto nodale di un "nucleo essenziale e irrinunciabile di principi fondamentali condivisi", a fondamento di una visione della Costituzione come "ordine costituzionale"; dall'altra parte, la solidarietà – il secondo fuoco – concretizzante la Costituzione come "indirizzo fondamentale", o – se si vuol dire diversamente – come programma che guarda al futuro, ad un'idea di società nuova: v. M. FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., pp. 3-8. Dello stesso Autore, cfr. anche *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, 2020.

¹¹⁴ Sul tema del riconoscimento dei diritti sociali nel prisma della dignità della persona, sia consentito rinviare ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Napoli, 2020 (in particolare, cfr. cap. I).

¹¹⁵ Così P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 49.

Un legame indissolubile e dal significato cruciale, questo, che ci induce ad individuare un'autentica rivoluzione della dignità, la quale designa, di fatto, una nuova forma di Stato: *‘E’ la ‘persona’ a offrire il principio sostanziale che, coordinato con le strutture ‘formali’ dello Stato di diritto, separa alla radice la nuova democrazia costituzionale dallo ‘Stato totalitario’; è la ‘persona’ a suggerire un’immagine del soggetto distante dall’ ‘individualismo’ liberale, a opporre la ‘solidarietà’ all’ ‘egoismo’, i diritti ‘sociali’ alla mera libertà ‘negativa’.*”¹¹⁶

Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale¹¹⁷, dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto democratico-pluralista¹¹⁸, dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse – secondo la fortunata formulazione di Massimo Severo Giannini – è segnato proprio dal “protagonismo” di una “pari dignità sociale” delle persone¹¹⁹, fondamento e alimento dei diritti – civili e sociali, di prima e seconda generazione – di cui esse sono titolari..

¹¹⁶ Così P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2003, p. 152.

¹¹⁷ In particolare, osserva Adriana Apostoli, “la dignità sociale allude a una dimensione socioeconomica legata indissolubilmente alle radici della nostra peculiare concezione di Welfare State, che permette di conciliare il dualismo persistente nella prima parte della Costituzione all'interno di una visione molto concreta della persona, tanto è vero che due delle tre disposizioni costituzionali che citano espressamente la dignità hanno riguardo ai rapporti economici”. Così A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, p. 12. Sulla “pari dignità sociale” come motore del superamento dell'individualismo liberale, cfr. le autorevoli riflessioni di G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, pp. 1098 ss.

¹¹⁸ In particolare, si segnalano le riflessioni di L. Ferrajoli sulla configurazione di uno Stato sociale di diritto: “ripensare lo stato sociale nelle forme dello stato costituzionale di diritto è oggi uno dei compiti principali di una teoria giuridica della democrazia costituzionale. Così come il ‘liberalismo’ non è pensabile al di fuori del paradigma dello ‘stato liberale di diritto’, analogamente il ‘socialismo’, dopo il fallimento dei vari socialismi reali, non è oggi pensabile se non nelle forme dello ‘stato sociale di diritto’: da un lato tramite la sua articolazione nelle funzioni di garanzia, primarie e secondarie, delle varie classi di diritti sociali – alla sussistenza, al lavoro, alla salute, all'istruzione – e la configurazione come indebite lacune della loro eventuale mancanza in capo alla sfera pubblica; dall'altro sulla base dello sviluppo, ad opera di leggi di attuazione imposte dalla costituzionalizzazione di tali diritti, di istituzioni di garanzia indipendenti, a loro volta primarie e secondarie, separate funzionalmente e organicamente da quelle politiche di governo. Accanto al vecchio *garantismo liberale*, occorre insomma sviluppare un *garantismo sociale*, che non appartiene al paradigma del costituzionalismo classico, bensì al costituzionalismo rigido del secondo dopoguerra, e che tuttavia non solo non è con esso incompatibile ma ne rappresenta al contrario una condizione essenziale di effettività. Contrariamente alle tesi (...) del virtuale conflitto tra diritti fondamentali e di una sorta di ‘somma zero’ per quanto riguarda gli effetti della loro tutela, esiste infatti un duplice nesso tra democrazia sociale e democrazia politica e liberale, tra diritti sociali e diritti politici e di libertà, in forza del quale la garanzia degli uni non solo non va a scapito di quella degli altri ma è rispetto a questa complementare. Così L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 396.

¹¹⁹ In altri termini, non si può prescindere da quella “rivoluzione della dignità” che rende così peculiare la tradizione del costituzionalismo del Secondo Dopoguerra rispetto al liberalismo ottocentesco, che può designarsi, come rilevava RODOTÀ nel tracciare l'antropologia costituzionale dell'*homo dignus*, attraverso una serie di passaggi:

- “dal soggetto come mero centro di imputazione di situazioni giuridiche alla persona come via per il recupero integrale dell'individualità e per l'identificazione di valori fondativi del sistema;
- da una nozione che predicava indifferenza, più che neutralità, a una che si fa tramite dei dati di realtà;
- da un concetto fissato una volta per tutte ad una struttura giuridica che accompagna lo sviluppo della personalità;
- da una situazione di separazione ad una condivisione;
- da una fondazione metafisica a una realistica”.

Lo schema è tratto da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 164.

Allora, posto che l'articolo 3 della Costituzione ci consegna l'idea di una "pari dignità sociale", e – dunque – della dignità di un uomo 'in relazione'¹²⁰, non di un individuo-atomo senza legami e senza radici, ben può comprendersi l'esigenza di "rafforzare la tutela dei soggetti deboli e della loro dignità"¹²¹, garantendo al contempo "il loro diritto alla diversità"¹²², atteso che la dignità costituisce "il presupposto della relazione con l'altro e del riconoscimento reciproco"¹²³, atteggiandosi come fondamento del rispetto di ogni diversità¹²⁴.

In questo contesto, la pari dignità sociale è logico presupposto dell'eguaglianza e, in tal senso, da una parte "richiede di garantire a tutti le stesse possibilità di sviluppo"¹²⁵ e, dall'altra, "si specifica nel divieto di discriminazioni"¹²⁶. L'esigenza primaria "di rispettare la dignità umana impone di evitare comportamenti che – per la loro natura o per le modalità con le quali sono posti in essere – provochino nella persona un senso di umiliazione o una sensazione di avvilito: in questa prospettiva, le molte differenze (...) che frastagliano la società non debbono costituire il presupposto per atti di discriminazione, suscettibili di incrinare la eguale dignità delle persone"¹²⁷.

Inoltre, la pari dignità sociale¹²⁸ non è soltanto il punto di partenza ed il presupposto della tutela dei diritti fondamentali della persona umana, ivi compresi i diritti dei soggetti "deboli" (persone con disabilità, anziani, bambini, ammalati...), ma ne è al contempo l'esito concreto: essa assicura eguali chance di emancipazione a tutti i cittadini e postula la neutralizzazione delle circostanze esistenziali e materiali che ledono lo sviluppo della persona. La sintesi di eguaglianza e dignità, funzionale alla perequazione delle asimmetrie socio-economiche, precipita nella valorizzazione delle singole personalità, favorendo il godimento uniforme dei diritti e delle libertà fondamentali"¹²⁹.

¹²⁰ Parla di "persona sociale" A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, *passim*.

¹²¹ G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 56.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Sul punto, si rinvia a C. COLAPIETRO, in *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2010, p. 96.

¹²⁵ G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, cit., p. 51.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Così G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, cit., p. 68. Aggiunge G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, cit., p. 51 che "sotto questo profilo, il tema della dignità offre ampio spazio alla riflessione sulla necessità di rafforzare la tutela dei soggetti deboli e della loro dignità; e su quella, connessa, di garantire il loro diritto alla diversità: così da evitare, da un lato, che la garanzia della diversità si risolva in discriminazione e, dall'altro, che quella dell'eguaglianza si risolva in una assimilazione forzata".

¹²⁸ Sul tema, v. anche A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. 1, pp. 43 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011 (nuova ed., 2018); A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2011.

¹²⁹ F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, p. 162.

In questo contesto, pertanto, appare manifesto come l'esclusione sociale rappresenti la “negazione in fatto di tutti i diritti”¹³⁰, e ciò tanto più è vero quanto più si considerino i soggetti deboli, assai sovente emarginati e resi subalterni da rovinose barriere sociali ed economiche di varia natura.

Di qui l'importanza della rivoluzione promessa consegnata dalla Costituzione repubblicana: come amava ripetere Calamandrei, una rivoluzione democratica che si rivolge anzitutto ai soggetti deboli¹³¹, per renderne effettiva la libertà e garantirne lo sviluppo della personalità, nell'ottica della piena partecipazione all' “organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3 Cost.).

Ecco, allora, che personalismo, solidarismo ed eguaglianza si incontrano e si intrecciano per perseguire questo scopo.

E questo incontro non può non avvenire sul terreno del riconoscimento e della garanzia dei diritti sociali, ove i “diritti sociali rivestono (...) il duplice ruolo di strumento sia di attuazione che di possibile ulteriore perfezionamento del principio democratico, in quanto consentono l'effettiva partecipazione di ciascun individuo alla vita politica ed economica del paese, tutelando in tal modo il substrato di valore della democrazia stessa rappresentato dalla pari dignità di ciascun uomo”¹³².

5. Diritti fondamentali e soggetti deboli ai tempi del Covid-19

Alla luce di questa ricognizione del concetto di dignità della persona, di cui si è potuta apprezzare la centralità assunta nella Costituzione repubblicana (e più in generale nello “spirito” costituzionale), l'analisi del presente saggio intende, allora, soffermarsi sui “soggetti deboli”, i quali – in conseguenza delle (più disparate) condizioni di intrinseca difficoltà che li caratterizzano – hanno patito più di altri le complicazioni dell'emergenza pandemica.

È manifesto, infatti, che le restrizioni dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, operate dai decreti legge, dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e dalle molteplici ordinanze succedutisi

¹³⁰ Così F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2008, tomo III, p. 1391.

¹³¹ Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1/1999, pp. 25 ss. Sul tema, cfr. anche L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti “deboli”. Spunti per una teoria della “debolezza”*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, pp. 35 ss. In prospettiva civilistica, v. P. STANZIONE, *Tutela dei soggetti deboli*, Roma, 2004.

¹³² Così F. POLITI, *I diritti sociali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume III, p. 1025, nel ricordare la lezione di P. HÄBERLE (*Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it., Roma, 1993). Sul tema dei diritti sociali, cfr., tra i tanti, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, *Enc. Giur.*, Roma, 1989; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotti*, Padova, 1995; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013; E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2015; Q. CAMERLENGO, *Costituzione economia società*, cit., pp. 122 ss.; L. DI SANTO, *Per un'ermeneutica dei diritti sociali. I quattro pilastri. Famiglia lavoro partecipazione salute*, Bologna, 2020.

in questi mesi, abbiano determinato conseguenze particolarmente delicate nei confronti di coloro i quali versino, per motivi di età o di salute, in condizioni di peculiare fragilità e vulnerabilità.

5.1. (segue) I diritti delle persone con disabilità: l'impatto della pandemia

Appare di immediata evidenza che, ad essere stati particolarmente colpiti dalle misure restrittive, siano stati i diritti delle persone con disabilità¹³³. In particolare, è stata l'imposizione del c.d. *lockdown* a risultare foriera di conseguenze negative su questa categoria.

Ma l'attenzione si è risvegliata gradualmente, benché lentamente.

Solo il 26 marzo 2020, per esempio, è stato aggiornato il modulo di autocertificazione, richiesto ai fini dell'esercizio della libertà di circolazione, con l'inserimento – tra le deroghe – dell'assistenza necessaria ed urgente “a congiunti o a persone con disabilità”.

Inoltre, solo il DPCM del 26 aprile 2020 ha espressamente previsto una disposizione riferita ai soggetti disabili. L'articolo 8 del suddetto decreto, difatti, ha stabilito la riattivazione delle “attività sociali e socio-sanitarie erogate all'interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, (...) assicurando attraverso eventuali specifici protocolli il rispetto delle disposizioni per la prevenzione dal contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori”. Lo stesso decreto, peraltro, ha introdotto all'articolo 3, secondo comma, una deroga all'utilizzo obbligatorio delle mascherine in favore di soggetti con particolari forme di disabilità, sebbene non ulteriormente specificate.

Già con il decreto-legge 18/2020 del 17 marzo, c.d. “Cura Italia”, convertito in legge 27/2020, si è provveduto – invece – ad introdurre specifiche disposizioni a favore delle persone con disabilità e dei rispettivi familiari. In particolare, l'articolo 24 ha previsto, per i mesi di marzo e di aprile, l'incremento del numero di giorni di permesso retribuito coperto da contribuzione figurativa *ex art.* 33, comma 3, della legge 104/1992, per un totale di dodici ulteriori giornate lavorative complessive, fatte salve alcune particolarità connesse all'esercizio di determinate professioni¹³⁴.

¹³³ Sul tema dei diritti delle persone con disabilità, si segnalano, a titolo esemplificativo, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2010; R. BELLÌ (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000; C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2013; F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *Federalismi.it*, 1/2020, pp. 137 ss.; V. VADALÀ, *La tutela delle disabilità*, Milano, 2009; A. BUZZANCA, *Handicap e diritto all'assistenza. Analisi e strumenti di tutela*, Milano, 2009; P. CENDON, *Handicap e diritto. Legge 5 febbraio 1992 n. 104, legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*, Torino, 1997; R. BELLÌ (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000.

¹³⁴ Prevede, infatti, il secondo comma: “Il beneficio di cui al comma 1 è riconosciuto al personale sanitario compatibilmente con le esigenze organizzative delle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale impegnati nell'emergenza COVID-19 e del comparto sanità”. Il comma 2-bis, inoltre, introdotto in sede di conversione in legge, stabilisce una deroga anche per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, del Corpo nazionale di vigili del fuoco, della Polizia penitenziaria e della polizia locale, rispetto ai quali il beneficio in esame è riconosciuto “compatibilmente con le esigenze organizzative dell'ente (...) e con le preminenti esigenze di interesse pubblico da tutelare”.

L'articolo 26 dello stesso decreto, inoltre, ha stabilito, in favore, tra gli altri, dei lavoratori dipendenti pubblici e privati con grave disabilità, l'equiparazione del periodo di assenza dal servizio al ricovero ospedaliero, sulla base di idonea documentazione e di apposite prescrizioni delle autorità sanitarie competenti e del medico di assistenza primaria.

Non si ometterebbe, ancora, l'articolo 39 del decreto in questione, con il quale è stato riconosciuto il diritto dei lavoratori dipendenti con disabilità e dei lavoratori con familiari disabili di usufruire dello *smart working*, *rectius* di "svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile".

Ulteriori disposizioni di *favor* nei confronti delle persone con disabilità si rinvennero nel più ampio decreto-legge 34/2020 del 19 maggio 2020, c.d. "Rilancio" (convertito in legge 77/2020). In particolare, l'articolo 75 ha prolungato i congedi parentali già introdotti con i provvedimenti precedenti e i permessi retribuiti *ex* legge 104/1992, mentre l'articolo 77 ha confermato le misure già oggetto del citato articolo 26 del decreto "Cura Italia". Ma ad apparire significativo è soprattutto l'articolo 78, il quale – sempre in una prospettiva di indiscusso *favor* nei confronti delle categorie più vulnerabili – regola la controversa problematica del cumulo delle indennità, affermando che l'assegno ordinario di invalidità civile non esclude affatto il diritto di usufruire del bonus di seicento euro previsto dalla legislazione emergenziale. Infine, si segnala l'articolo 111, che – oltre all'aumento delle risorse a disposizione del Fondo per la non autosufficienza e del Fondo per il dopo di noi – ha istituito un apposito Fondo di sostegno per le strutture semiresidenziali per persone con disabilità.

5.2. (segue) Focus: il diritto all'istruzione delle persone con disabilità¹³⁵. Emergenza e didattica a distanza

Particolare attenzione merita la disamina concernente la portata e l'incidenza delle misure adottate dalle autorità pubbliche sul godimento del diritto sociale fondamentale all'istruzione, con specifico riferimento alle persone con disabilità.

Sin dai primi provvedimenti, si è registrata una notevole attenzione alla scuola, onde procedere all'attivazione dei servizi di didattica a distanza: già l'articolo 4, 1° comma, lettera d) del DPCM del 1° marzo 2020 prevedeva la facoltà – per i dirigenti scolastici degli istituti nei quali le attività fossero state sospese – di attivare modalità di didattica a distanza “avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità”. Disposizione, questa, sostanzialmente confermata dall'articolo 2, 1° comma, lettera m) del successivo decreto del presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020, con cui contestualmente si è provveduto alla sospensione generale delle attività scolastiche in presenza su tutto il territorio nazionale.

È stato, però, in particolare il successivo decreto-legge 22/2020 dell'8 aprile a rendere obbligatoria la didattica a distanza per dirigenti scolastici e docenti. Anche in questo caso, non è mancata una peculiare attenzione alle esigenze degli studenti disabili, atteso che l'articolo 1, 5° comma, afferma che “I provvedimenti di cui al presente articolo prevedono specifiche modalità per l'adattamento agli studenti con disabilità e disturbi specifici di apprendimento, nonché con altri bisogni educativi speciali”.

Rendere effettive queste misure legislative, tuttavia, incontra non poche difficoltà operative.

Uno dei problemi più significativi che si è posto all'attenzione degli studiosi, oltre che dell'opinione pubblica, è il cosiddetto “digital divide”¹³⁶, vale a dire “il divario tecnologico fra le diverse generazioni e i

¹³⁵ Questo paragrafo riprende e sviluppa le riflessioni presenti in A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, cit., Capitolo IV; sul punto, si consenta di rimandare anche ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: diritto interno e tutela multilevel*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, cit., pp. 1153 ss. Sul tema del diritto all'istruzione delle persone con disabilità, V. anche P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2015, pp. 149-176.; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi*, 2/2017; L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione dei disabili*, in *Rivista AIC*, 4/2015; C. CROCETTA, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o “paper right”?*, in M. CERATO, F. TURLON (a cura di), *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pisa, 2018, pp. 32-67; F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1/2017; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017; G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, in *Rivista – Gruppo di Pisa*, 1/2019; G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, Milano, 2019; S. NOCERA, *Il diritto alla partecipazione scolastica*, Milano, 2015; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano, 2012; S. TROILO, *I “nuovi” diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del convegno di Trapani 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, pp. 535 ss.

¹³⁶ Sull'incidenza del digital divide sul godimento dei diritti sociali fondamentali ai tempi del Coronavirus, cfr. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 285-307. Sulla scuola, v. S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-*

diversi contesti economici e sociali”, che – allo stato – “non consente alla rete di estendersi con la dovuta uniformità e generalità”¹³⁷. E gli impedimenti alla piena fruizione di Internet rappresenta a tutti gli effetti la proiezione nel mondo della rivoluzione digitale di quegli “ostacoli di ordine economico e sociale” che la Repubblica si impegna a rimuovere ex art. 3, 2° comma, Cost.

La non uniforme diffusione della rete in tutto il territorio nazionale, le disagiati condizioni economiche degli individui, la mancanza di un numero adeguato di dispositivi digitali nei nuclei familiari meno fortunati, la non sempre omogenea conoscenza degli strumenti informatici, in altre parole, costituiscono alcuni fra i fattori in cui si sostanzia il divario tecnologico, integrando ipotesi di disegualianza intollerabili che pregiudicano l’effettivo godimento dei diritti fondamentali, ivi compreso – in un periodo di didattica a distanza – il diritto all’istruzione.

I profili di interesse giuridico dei problemi del divario tecnologico e della povertà educativa possono apprezzarsi in relazione agli interventi legislativi adottati nei mesi della pandemia, sotto diverse prospettive.

Per esempio, se l’art. 3 del decreto-legge n. 22 dell’8 aprile 2020 affermava che “in corrispondenza della sospensione delle attività didattiche in presenza a seguito dell’emergenza epidemiologica, il personale docente assicura comunque le prestazioni didattiche nelle modalità a distanza, utilizzando strumenti informatici o tecnologici a disposizione”, solo il successivo “disegno di legge di conversione (...) ha previsto la possibilità di disporre, per l’acquisto di servizi di connettività, delle risorse di cui alla Carta elettronica per l’aggiornamento e la formazione del docente di cui all’articolo 1, comma 121, della legge 13 luglio 2015, n. 107”¹³⁸.

Inoltre, sono state destinate, “all’acquisto della strumentazione informatica necessaria per l’apprendimento a distanza destinata ai meno abbienti, sia le risorse derivanti dall’incremento del fondo per il finanziamento Piano nazionale per la scuola digitale, sia ulteriori risorse a carico dei Programmi operativi nazionali”¹³⁹.

Il problema è di particolare delicatezza, come può agevolmente intuirsi, per gli studenti con disabilità, che abbisognano più di altri della scuola come “luogo fisico” di inclusione e di partecipazione, nell’ottica di una piena valorizzazione delle differenze.

19), in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020; L. CONTE, *La scuola si è fermata. L’impatto del Covid-19 sui diritti all’istruzione all’educazione e all’insegnamento*, in A. M. POGGI, F. ANGELINI, L. CONTE (a cura di), *La scuola nella democrazia. La democrazia nella scuola*, Napoli, 2020, pp. 129 ss.

¹³⁷ Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, p. 64.

¹³⁸ Così G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, p. 413.

¹³⁹ Così P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell’emergenza sanitaria*, cit., p. 300. (cfr. nota MIUR 4878 del 17 aprile 2020, disponibile al sito istituzionale <https://www.miur.gov.it/-/avviso-n-4878-del-17-aprile-2020>).

Proprio con riferimento agli allievi disabili, il punto di partenza imprescindibile, per assicurare loro l'effettività del diritto all'istruzione anche in un contesto digitale emergenziale, resta il PEI, i cui obiettivi non possono essere pregiudicati dalla sospensione delle attività didattiche in presenza. Centrale, in tal senso, è la collaborazione tra scuola e famiglie: come il Ministero ha sottolineato in una Nota del 17 marzo 2020, “è compito del Dirigente scolastico, d'intesa con le famiglie e per il tramite degli insegnanti di sostegno, verificare che ciascun alunno o studente sia in possesso delle strumentalità necessarie”.

All'uopo, i Centri Territoriali di Supporto (CTS), in collaborazione con la Direzione generale per lo studente, l'inclusione e l'orientamento scolastico, sono tenuti a curare – nell'ottica della rimozione degli ostacoli in cui si concreta il digital divide, onde prevenire il formarsi o l'aggravarsi di perigliosi fenomeni di povertà educativa – “l'assegnazione di ausili e sussidi didattici destinati ad alunni e studenti con disabilità, ai sensi dell'art. 7, co.3 del D. Lgs. 63/2017. Oltre alle apparecchiature hardware, possono essere acquistati e concessi in uso anche software didattici”, segnalati sull'apposita pagina web dell'INDIRE¹⁴⁰.

Tuttavia, nonostante gli sforzi profusi dalle istituzioni, permangono rilevanti criticità.

Anzitutto, alle problematiche di carattere generale che ostano alla piena effettività del diritto – a partire dal *digital divide* – si aggiungono situazioni del tutto peculiari, legate alle evidenti difficoltà nel perseguire adeguatamente gli obiettivi di inclusione scolastica attraverso l'erogazione dei servizi di didattica a distanza, senza obliare, naturalmente, il rischio che tali attività vengano coperte per un numero insufficiente di ore dagli insegnanti di sostegno.

Di fronte ai tanti pericoli insiti nella situazione emergenziale per il pieno ed effettivo godimento del diritto sociale fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità, è pertanto da apprezzare lo sforzo che la giurisprudenza ha compiuto per assicurare pari opportunità a tutti gli studenti.

A titolo esemplificativo, si può ricordare in questa sede che il Tribunale di Roma (Ordinanza 11548/2020 del 6 aprile 2020 – diciottesima sezione civile), di fronte all'assegnazione ad uno studente affetto da handicap grave di 16 ore di sostegno settimanali – nonostante il PEI, già formulato, avesse previsto l'indifettibilità del massimo di ore per il sostegno didattico¹⁴¹ – ha ordinato all'amministrazione di

¹⁴⁰ Inoltre, il Ministero dell'Istruzione – nell'ambito di una sezione del sito web dedicata alla didattica a distanza (DAD) – ha inaugurato una pagina specificamente rivolta alle attività di inclusione scolastica attraverso le modalità DAD, che mette a disposizione delle comunità scolastiche, accanto alle principali fonti normative, strumenti pratici per il supporto alla didattica, fra i quali appositi webinar, scambi di esperienze e *best practices*, link utili.

¹⁴¹ Il caso risulta di peculiare interesse anche sotto il profilo del riparto di giurisdizione: nella fattispecie, infatti, il giudice ordinario è pienamente competente a decidere della controversia, atteso che “secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 25011 del 2014), i margini della cognizione del giudice ordinario nella materia in esame sono rinvenibili nell'ipotesi in cui sia stato elaborato per l'interessato il Piano Educativo Individualizzato (P.E.I.) ai sensi della L. 104/1992, ed in concreto non siano assicurate all'alunno le provvidenze ritenute necessarie in quel piano. In tale ipotesi viene a cessare infatti ogni spazio discrezionale per la pubblica amministrazione ‘per diversamente modulare da un punto di vista quantitativo (quindi per ridurre) gli interventi in favore della salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile’, e pertanto l'omissione o le insufficienze nell'apprestamento da parte della

nominare un insegnante di sostegno in deroga “con rapporto 1/1 e per il massimo delle ore consentite, comunque in modo da coprire l'intero orario della didattica a distanza”¹⁴².

Analogamente ha provveduto la Prima Sezione del TAR Veneto (ordinanza 259/2020), che – in un procedimento aperto dai genitori di un alunno gravemente disabile, volto all'annullamento del PEI (“nella parte in cui non richiede il massimo delle ore di sostegno per la scuola”) e del relativo provvedimento di assegnazione di un numero insufficiente di ore di sostegno didattico (13,5 ore settimanali)¹⁴³ – ha accertato il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* ed ha sospeso i provvedimenti impugnati, vincolando altresì il Ministero dell'Istruzione affinché proceda alla rideterminazione delle ore di sostegno, “tenendo (...) conto delle attuali modalità di svolgimento delle attività didattiche a distanza”.

Identico approccio viene in rilievo nelle ordinanze 1046 e 1047 del 2020 della Quarta Sezione del TAR Campania, con cui l'autorità giurisdizionale ha accolto l'istanza cautelare proposta dai ricorrenti ed ha annullato i provvedimenti con i quali le amministrazioni preposte avevano assegnato un numero inadeguato di ore di sostegno, ordinando loro altresì di procedere onde assicurare alla minore disabile il diritto di fruire “dell'insegnante di sostegno in rapporto 1:1 fino al termine dell'anno scolastico in corso ed in relazione all'handicap di cui è portatrice”.

Da segnalare, ancora, è il decreto del Presidente della Sesta Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato (n. 2346/2020), il quale – in un ricorso per la riforma di un'ordinanza con cui il TAR Lazio aveva rigettato l'istanza cautelare dei ricorrenti intesa all'assegnazione in favore di un allievo disabile del numero adeguato di ore per il sostegno didattico – “dispone l'assegnazione alla minore di un numero di ore di sostegno non inferiore a 25 ore settimanali, anche avvalendosi del canale tematico per L'inclusione via web”.

A rilevare, dunque, è (ancora) l'immediata connessione tra il diritto all'insegnante di sostegno e l'effettività del diritto all'istruzione: nondimeno, un profilo di novità è rappresentato dal diretto richiamo al canale web del Ministero dell'Istruzione per l'inclusione scolastica a distanza, istituito per assicurare un

amministrazione scolastica di quella attività doverosa si risolvono nella contrazione del diritto del disabile a godere di pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, realizzando pertanto una forma di discriminazione indiretta, ai sensi dell'art. 2 della l. 67 del 2006”.

Orbene, l'ipotesi del caso di specie concerne proprio la mancata assegnazione ad uno studente affetto da grave handicap del massimo di ore per il sostegno didattico, in maniera difforme da quanto originariamente previsto nel PEI.

¹⁴² Contrariamente all'eccezione dell'Istituto Comprensivo – fondata sull'assenza del *periculum in mora* in conseguenza dell'avvenuta chiusura degli istituti scolastici ai sensi del dPCM 1° marzo 2020 (confermata e prorogata dal successivo dPCM dell'8 marzo) – il Tribunale ha affermato che “il procedere dell'anno scolastico, che presumibilmente proseguirà sino al termine con le attuali modalità, inducono a ritenere integrato anche il requisito dell'urgenza di provvedere”. Quanto ai profili legati al *fumus boni iuris*, basti sottolineare – in questa sede – che il Tribunale ricostruisce rapidamente la giurisprudenza più significativa della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, dalla quale emerge con assoluta evidenza la stretta connessione sussistente tra il diritto all'insegnante di sostegno e l'effettività del diritto all'istruzione costituzionalmente riconosciuto e garantito.

¹⁴³ Il ricorso è volto altresì ad annullare, oltre agli atti di cui *supra*, anche i “provvedimenti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, dell'Ufficio Scolastico Regionale per il Veneto che hanno comportato l'assegnazione alla scuola suindicata di un numero di insegnanti insufficiente ad assicurare un adeguato sostegno scolastico agli studenti disabili iscritti presso tale scuola”.

adeguato supporto ai dirigenti scolastici e ai docenti per l'implementazione dei servizi di didattica a distanza in una prospettiva pienamente inclusiva.

Oltre a questi provvedimenti di natura cautelare, merita di essere richiamata una sentenza della Terza Sezione-bis del TAR Lazio (sentenza 4478/2020), che ha annullato l'atto con il quale il Dirigente Scolastico di un istituto comprensivo assegnato ad un alunno un numero insufficiente di ore per il sostegno scolastico.

In particolare, il TAR osserva che *“le carenze di risorse economiche non possono comportare il venir meno del diritto al sostegno scolastico, previsto a favore di un alunno con grave disabilità, ciò in quanto trattasi di un diritto fondamentale rispetto al quale il legislatore e l'amministrazione scolastica non possono esimersi dall'apprestare un nucleo indefettibile di garanzie, determinando un numero di ore di sostegno pari a quello delle ore di frequenza”*. Di qui la condanna per le amministrazioni resistenti all'attribuzione al minore di un docente di sostegno in rapporto 1:1 per l'intero orario di servizio dell'insegnante specializzato.

5.3. (segue) La seconda fase dell'emergenza: tra DAD e DDI. Cenni sul nuovo PEI

Eppure, nemmeno la garanzia piena del diritto all'insegnante di sostegno si rivela sufficiente per assicurare l'effettività del diritto all'istruzione delle persone con disabilità.

È di tutta evidenza, infatti, che, l'assistenza dell'insegnante di sostegno in modalità DAD non è minimamente comparabile alle attività “in presenza” in rapporto 1:1.

Con il risultato che le famiglie risultano onerate di un ulteriore difficile compito: assistere (anche) nelle attività didattiche i minori con disabilità.

In altre parole, la “bilancia” della collaborazione scuola-famiglia cui è improntata tutta la normativa vigente finisce col pendere decisamente verso la famiglia, sovente acuendo difficili situazioni di disagio.

Per questo motivo, sarebbe stato opportuno provvedere con interventi normativi *ad hoc* in ordine all'estensione del ricorso alle modalità di istruzione domiciliare, sia pur nel doveroso rispetto delle adeguate precauzioni di ordine sanitario. Sarebbe stato necessario saggiare prima la concreta potenzialità normativa costituita dall'articolo 16 del decreto legislativo 66/2017, espressamente rubricato “istruzione domiciliare”, in virtù del quale le istituzioni scolastiche, in collaborazione con l'Ufficio scolastico regionale, gli Enti Locali e le aziende sanitarie locali (in ossequio ai principi di cooperazione inter-istituzionale cui si ispira l'intera normativa), “individuano azioni per garantire il diritto all'istruzione alle bambine e ai bambini, alle alunne e agli alunni, alle studentesse e agli studenti per i quali sia accertata l'impossibilità della frequenza scolastica per un periodo non inferiore a trenta giorni di lezione, anche non continuativi, a causa di gravi patologie certificate”. Senza dimenticare, inoltre, che le modalità di istruzione domiciliare sono ulteriormente specificate dalle Linee Guida Miur del 2019. Nonostante la

norma sia stata evidentemente pensata per soddisfare esigenze peculiari, l'obiettivo ultimo – assicurare l'effettività del diritto all'istruzione di un soggetto debole – è perseguibile vieppiù in una situazione eccezionale di emergenza pandemica.

Prevedere la possibilità del ricorso a queste modalità didattiche, quanto meno nel corso della c.d. fase 2 (ovverosia, in concomitanza con la graduale ripresa di molteplici attività sociali ed economiche, all'indomani dell'esaurirsi della fase più drammatica dell'emergenza sanitaria) avrebbe indubbiamente costituito uno strumento di non marginale efficacia per garantire l'effettività del diritto all'istruzione delle persone con disabilità.

Ebbene, il legislatore pare essersi reso conto del delicato problema in esame: il c.d. decreto “scuola” in sede di conversione ha difatti finalmente previsto l'introduzione della didattica domiciliare: *“qualora le famiglie ne facciano richiesta e ricorrano condizioni di contesto idonee a contemperare il diritto all'istruzione dell'alunno in istruzione domiciliare con l'impiego del personale già in servizio presso l'istituzione scolastica, anche nel rispetto delle misure idonee a garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro (...), assicurando tutte le prescrizioni previste dalle disposizioni in materia di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19”* (art. 1, comma 7-quater, testo coordinato con la legge di conversione 41/2020). Una misura, questa, che si pone decisamente nella direzione di un saggio bilanciamento tra il diritto all'istruzione dei soggetti deboli (a partire, naturalmente, degli allievi con disabilità) e le esigenze di sicurezza del lavoro e di sicurezza sanitaria, con particolare attenzione al diritto alla tutela della salute degli insegnanti.

L'istruzione domiciliare, successivamente, è stata oggetto dell'ordinanza n. 134 del 9 ottobre 2020 del Ministero dell'Istruzione, che ha previsto l'adeguamento dei Piani Educativi Individualizzati e dei Piani Didattici Personalizzati alle modalità peculiari dell'istruzione domiciliare. Inoltre, l'articolo 3, secondo comma, lettera c), della citata ordinanza, con la graduale ripresa delle attività didattiche in presenza, ha comunque introdotto la possibilità per gli studenti con gravi patologie o con immunodepressione, associate “a una condizione documentata che comporti implicazioni emotive o socio-culturali tali da doversi privilegiare la presenza a scuola”, di frequentare le attività in presenza, con le modalità organizzative più opportune e garantendo la massima sicurezza sanitaria.

Con il graduale passaggio verso le fasi successive dell'emergenza pandemica, inoltre, è andata affermandosi la Didattica Digitale Integrata (DDI), di cui al Decreto Ministeriale n. 39 del 26 giugno 2020, caratterizzata da un ricorso alla didattica digitale in via complementare alla ripresa delle attività in presenza. Si tratta, invero, di una semplice ridefinizione della didattica a distanza, volta a sottolinearne il carattere meramente sussidiario, solo in presenza di situazioni di contenimento del contagio che richiedano la momentanea sospensione delle attività didattiche nei plessi scolastici.

Nel Decreto Ministeriale n. 89 del 7 agosto 2020, recante le Linee Guida sulla DDI, si è opportunamente evidenziato come, in presenza di situazioni di disabilità, sia “suggerita” – in quanto opzione privilegiata – la frequenza scolastica in presenza, “prevedendo l’inserimento in turnazioni che contemplino alternanza tra presenza e distanza solo d’intesa con le famiglie”. Inoltre, è stata sottolineata l’importanza di assicurare – nelle attività didattiche in presenza – il coinvolgimento non soltanto dell’insegnante di sostegno, ma anche delle figure di supporto (Assistenti all’autonomia e alla comunicazione)¹⁴⁴.

Va segnalato, in conclusione, che – nonostante l’emergenza (o forse proprio a causa di essa, considerato che la pandemia ha fatto emergere ritardi e vecchie problematiche) – si è finalmente provveduto ad elaborare – con il decreto interministeriale n. 182 del 29 dicembre 2020 – il nuovo schema del PEI, previsto dal decreto legislativo 66/2017 (sarebbe dovuto entrare in vigore già il 1 gennaio 2019). Rinviando ad altra trattazione meriti e vizi del decreto legislativo 66/2017 sull’inclusione scolastica¹⁴⁵, basti qui evidenziare alcuni profili legati al nuovo PEI, soffermando l’attenzione non solo sulle principali novità positive ma anche sulle non poche criticità.

Tra le prime, spicca la notevole precisione degli adempimenti, cui si accompagna la previsione della stesura del nuovo Piano Educativo Individualizzato su base ICF, ovvero sia utilizzando la Classificazione Internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute prevista dall’Organizzazione Mondiale della Sanità.

Bisogna, inoltre, sottolineare come – in piena conformità allo spirito della legislazione vigente – il decreto dia centralità al principio di autodeterminazione dello studente con disabilità, nella prospettiva del pieno sviluppo della sua personalità e della tutela della sua intrinseca dignità, al punto da prevedere l’ingresso dell’alunno nel Gruppo di Lavoro Operativo (GLO) sin dalla scuola secondaria di primo grado, in quanto titolare del “diritto ad essere ascoltato” ai fini della predisposizione del PEI.

In tal senso, il decreto interministeriale – sulla scia del decreto 66/2017, che “assicura” il pieno coinvolgimento dello studente con disabilità – appare collocarsi pienamente nel solco delle indicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che enuncia tra i suoi fondamenti proprio il principio di autodeterminazione.

¹⁴⁴ Inoltre, per quanto riguarda i Bisogni Educativi Speciali di cui alla legge 170/2010, il decreto ministeriale richiede, ai fini del coinvolgimento degli alunni nelle attività di DDI complementare, un’attenta valutazione – basata sulla collaborazione e sulla corresponsabilità scuola-famiglia – che tenga conto dell’effettiva idoneità degli strumenti tecnologici a rappresentare un beneficio per l’efficacia della didattica in favore dei BES. Il *favor* per i soggetti deboli, includendo in una categoria unitaria tanto gli studenti con disabilità quanto gli alunni con Bisogni Educativi Speciali, emerge altresì dal successivo Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 novembre 2020, il cui articolo 1, comma 9, lettera s), afferma: “(...) resta salva la possibilità di svolgere attività in presenza qualora sia necessario l’uso di laboratori o in ragione di mantenere una relazione educativa che realizzi l’effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali (...), garantendo comunque il collegamento on line con gli alunni della classe che sono in didattica digitale integrata”.

¹⁴⁵ Si rinvia ad A. LAMBERTI, *Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, cit., pp. 85 ss.

Accanto al principio di autodeterminazione della persona con disabilità, può certamente affermarsi che l'altra colonna portante del decreto interministeriale in esame sia rappresentata dal principio della personalizzazione degli apprendimenti, che richiede la predisposizione di un Piano adeguato alle specificità e alle peculiarità del singolo alunno, quali emergono dalle circostanze concrete, tanto di tipo medico quanto di tipo psicologico e sociale.

Nondimeno, come si è accennato, non mancano i profili di criticità.

Ci si riferisce, per esempio, alla Tabella per l'individuazione del fabbisogno risorse professionali per il sostegno didattico e l'assistenza, caratterizzata da un rinnovato (e inaccettabile) automatismo nella quantificazione delle ore di sostegno basato sul concetto del "debito di funzionamento"; ed al problema della quantificazione delle ore previste per gli assistenti alla comunicazione e all'autonomia, laddove le risorse professionali sono attribuite dagli Enti preposti sulla base delle richieste dei Dirigenti scolastici (ma, stranamente, non vi è menzione del ruolo essenziale del Gruppo di Lavoro Operativo per l'inclusione), tenendo conto del principio dell'accomodamento ragionevole.

L'augurio dell'interprete, a questo punto, è che il principio dell'accomodamento ragionevole, consacrato dall'articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, non sia oggetto di un *misunderstanding*: l'idea dell'utilizzo non sproporzionato di una risorsa non può certo tradursi in una furba accettazione della contrazione delle risorse da parte degli enti locali, a maggior ragione alla luce dei moniti più volte lanciati dalla Corte Costituzionale (chiaro è il riferimento alle importantissime sentenze 80/2010 e 275/2016¹⁴⁶) e, più recentemente, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso G.L. contro Italia¹⁴⁷, Prima sezione, 10 settembre 2020).

Un'ulteriore criticità emerge dalla possibilità di esonero dello studente da alcune materie di studio: una previsione, questa, che sembra introdurre il rischio di un ritorno ad un (superato) modello di percorsi educativi differenziati.

¹⁴⁶ Cfr. A. APOSTOLI, [I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016](#), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 11 gennaio 2017; R. CABAZZI, [Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016](#), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 29 gennaio 2017; F. PALLANTE, [Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte Costituzionale](#), in [SIDI Blog](#), 2 febbraio 2017; E. FURNO, [Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili](#), in [ConsultaOnline](#), [Studi](#), 1/2017, pp. 105 ss.; L. MADAU, ["È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016](#), in [Osservatorio AIC](#), 17 marzo 2017; A. LONGO, [Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016](#), in [Federalismi.it](#), 17 maggio 2017.

¹⁴⁷ Cfr. M. MARCHEGIANI, ["La disabilità è negli occhi di chi la guarda" \(e resta a guardare\): lo iato tra previsioni normative e attuazione concreta in tema di educazione inclusiva nella prospettiva della Corte Europea. Considerazioni a margine del caso G. L. contro Italia](#), in [SIDI Blog](#), 5 ottobre 2020; F. GARELLI, [I limiti al sostegno scolastico del minore con disabilità grave giustificati da ragioni di bilancio non sono conformi alle disposizioni della Cedu](#), in [Ordine internazionale e diritti umani](#), Osservatorio L'Italia e la Cedu, 4/2020, pp. 1007 ss.; G. MATUCCI, [La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, Sez. I, G.L. c. Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15](#), in [Osservatorio AIC](#), 6/2020, pp. 508 ss.

Il riferimento all'esonero appare particolarmente vago ed indefinito, senza specificare a quali discipline possa essere riferito ed entro quali limiti orari sia ammissibile; a ciò si aggiungono la mancata imposizione di un obbligo di motivazione e l'assenza di specifici criteri giustificativi di una simile scelta didattica (attesa la scarsa precisione dei passi dedicati al tema nell'Allegato B al decreto ministeriale).

Sebbene la possibilità dell'esonero possa essere spiegata alla luce del principio della personalizzazione degli apprendimenti (già oggetto della legge 53/2003), tuttavia, la mancata previsione di una adeguata base motivazionale potrebbe inficiare il pieno godimento del diritto all'istruzione dell'allievo, ravvisandosi così un possibile profilo di contrarietà con il disposto dell'articolo 12, comma 4, della legge 104/1992 ("L'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap") e, indirettamente, con le stesse norme costituzionali, essendo il diritto all'istruzione delle persone con disabilità ricostruibile quale diritto fondamentale ex artt. 2 – 3 – 34, comma 1 – 38, comma 3 della Costituzione.

Tra le altre novità del decreto interministeriale, si segnala l'introduzione di un'apposita sezione del PEI dedicata ad una presentazione personale da parte dell'allievo, a seguito di colloqui *ad hoc*, ma prevista solo per le scuole secondarie di secondo grado.

Questa ultima limitazione appare poco comprensibile, – proprio nella prospettiva della massima attuazione ed esplicazione del principio di autodeterminazione, oltre che nell'ottica dell'acquisizione del maggior numero possibile di elementi conoscitivi per la predisposizione di un piano quanto più adeguato alle specificità del singolo studente.

Non stupisce affatto, infine, che le criticità prima rilevate siano state al centro della sentenza del TAR Lazio n. 9795 del 14 settembre 2021, che ha annullato il decreto interministeriale n. 182/2020. Non soltanto, infatti, non sono mancate censure di carattere formale – atteso che il decreto, per i suoi contenuti innovativi, presenta tutti i caratteri di una fonte secondaria *sub specie* di regolamento, “con conseguente violazione delle norme procedurali per la sua adozione”; dettate dall'articolo 17 della legge 400/1988 – ma numerose, invero, sono quelle di carattere sostanziale:

Tra queste, merita di essere ricordata quella relativa alla rigida predeterminazione delle ore di sostegno, alla possibilità di esonero generalizzato degli studenti con disabilità da alcune attività didattiche della classe e alla stessa possibilità di predisporre un orario ridotto di frequenza senza recuperare le ore di lezione perdute per motivi di ordine terapeutico o sanitario, che, secondo il TAR, si pongono in contrasto con le disposizioni dei decreti legislativi, della stessa legge delega e, soprattutto, con i principi desumibili dalla Convenzione Onu (a partire dal principio dell'accomodamento ragionevole) – giustamente richiamata quale parametro interposto ai sensi dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione. Per queste ragioni,

invero, il Tar avrebbe potuto rilevare il contrasto diretto delle disposizioni del decreto impugnato con gli articoli 2 – 3 – 34, 1° comma e 38, 3° comma, della Costituzione.

6. Soggetti deboli, *digital divide* e diritto di accesso ad Internet

Il discorso sul rapporto tra dignità e soggetti deboli ai tempi della pandemia merita, giunti a questo punto, un ulteriore *focus*, che mostri l'attualità e l'urgenza di un tema – quello del diritto di accesso ad Internet, alla luce del problema del c.d. *digital divide* – su cui da tempo la dottrina più accorta ha soffermato la sua attenzione. Un *focus*, per giunta, che dimostra la pluralità di sfumature e sfaccettature che può assumere il concetto di dignità in rapporto alle più disparate estrinsecazioni della personalità umana. Di ciò, come vedremo, sembra essere consapevole anche lo stesso legislatore emergenziale.

L'emergenza pandemica, d'altronde, ha messo (ulteriormente) in evidenza la centralità della dimensione digitale nell'epoca contemporanea¹⁴⁸. *Smart working*, DAD, esami a distanza mostrano quanto sia decisiva, oggi più che mai, la problematica della diffusione della rete in tutto il Paese (e, conseguentemente, dell'adeguatezza delle infrastrutture digitali) e del possesso di strumenti informatici da parte di tutti i cittadini.

Torna, quindi, prepotentemente alla ribalta della dottrina, e dell'opinione pubblica in generale, il tema del diritto di accesso ad Internet.¹⁴⁹

Il diritto di accesso alla rete si identifica con “l'adattamento alle attuali tecnologie del tradizionale diritto ad esprimere liberamente il proprio pensiero e quindi comporta anche l'individuazione regolamentata dei possibili limiti al suo esercizio.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ Sul tema, v. A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., pp. 191 ss.

¹⁴⁹ Di seguito si riprendono e sviluppano alcune delle riflessioni già a suo tempo formulate in A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia. Profili di tutela multilivello*, Salerno, 2016, capitolo II; ID., *Libertà di informazione e democrazia: approccio multilivello e questioni attuali*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a 20 anni da Tampere*, Napoli, 2020, pp. 139 ss. V., da ultimo, se si vuole, A. LAMBERTI, *L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in A. PAPA, F. G. PIZZETTI, F. SCUTO (a cura di), *Il costituzionalismo multilivello. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in corso di pubblicazione su *Federalismi.it*.

¹⁵⁰ In questi termini G. DE VERGOTTINI, *La libertà di pensiero è sempre attuale?*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, p. 11. Il diritto di accesso alla rete ha trovato una sua formulazione ed un suo riconoscimento positivo in alcuni ordinamenti stranieri: si pensi, a titolo esemplificativo, alla riforma costituzionale greca del 2001, a seguito della quale l'articolo 5A comma 2 Cost. ha visto l'affermarsi del diritto di ognuno alla partecipazione alla Società dell'informazione, o – addirittura – alla vicenda ecuadoregna, che ha conosciuto la configurazione di un vero e proprio diritto soggettivo all'accesso ad Internet con la riforma del 2008 (cfr. G. De Vergottini, *ivi*, p. 12-13). Senza dimenticare, ancora, la revisione della Costituzione messicana, il cui articolo 6 “è stato integrato da nuovi commi che, postulando il diritto di tutti ad accedere liberamente alle informazioni attraverso qualsiasi mezzo, impongono allo Stato di garantire il diritto di accesso alle tecnologie di informazione e comunicazione, incluso Internet in banda larga” (così M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1/2016, nota 76, p. 17). Ancora, l'articolo 108 della Costituzione del Venezuela (1999) stabilisce che “lo Stato garantisce radio e televisione pubbliche e le reti bibliotecarie e di computer, con l'impegno di consentire l'accesso universale all'informazione”, con ciò istituendo una “stretta correlazione tra accesso a internet e universalità della pretesa” (così C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso alla rete internet nell'era dell'accesso*”, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *giurcost.it*, contributo del 10 marzo 2020, p. 7).

La natura di tale diritto è tuttora oggetto di dibattito: non trascurabile, a tal proposito, appare la possibilità di configurare il *right to Internet access* come un diritto sociale, una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche¹⁵¹, con il naturale corollario di un impegno da parte dello Stato ad offrire delle prestazioni tese a garantirne la pienezza e l'effettività.

In tal senso, risulta di non poca rilevanza l'accennato problema del c.d. *digital divide*, ovverosia “il divario tecnologico fra le diverse generazioni e i diversi contesti economici e sociali”, che – allo stato – “non consente alla rete di estendersi con la dovuta uniformità e generalità”¹⁵².

Noto, infatti, è il carattere di strumentalità proprio dell'accesso ad Internet, “che consente non soltanto di soddisfare l'esercizio di una moltitudine di diritti umani, ma anche di superare situazioni di disuguaglianza e di favorire il progresso umano”¹⁵³.

Non è, dunque, un caso se il Report dello *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite *on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* evidenzia al punto 85 che garantire l'accesso universale a Internet dovrebbe essere una priorità per tutti gli Stati.

Le disuguaglianze di fatto, in altri termini, impediscono la piena fruizione del *right to Internet access* e, conseguenzialmente, di altri diritti fondamentali, rappresentando a tutti gli effetti la proiezione nel mondo della rivoluzione digitale di quegli “ostacoli di ordine economico e sociale” che la Repubblica si impegna a rimuovere, ai sensi dell'articolo 3, secondo comma, Cost.

Orbene, appare necessario, anche sulla scia delle esperienze straniere¹⁵⁴, “positivizzare” a livello costituzionale il diritto di accesso ad Internet. Intendendosi questo diritto, secondo la lezione di Stefano Rodotà, non soltanto come “diritto ad essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d'essere della persona nel mondo”¹⁵⁵, è da ritenersi apprezzabile il testo del disegno di legge costituzionale n. 2485 presentato nel 2010, proponente la formulazione di un articolo 21-bis Cost. in questi termini: “Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale”.

¹⁵¹ In questi termini, per esempio, si esprimono gli estensori dei disegni di legge costituzionali proponenti la formulazione dell'art. 34 bis Cost. sul tema del diritto di accesso alla rete (Ddl. Cost. S. n. 1561 del 10 luglio 2014 e Ddl. Cost. C. n. 2816 del 14 gennaio 2015)

¹⁵² Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, p. 64

¹⁵³ O. POLLICINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, *Un 'diritto al digitale'?*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, cit., Volume 2, p. 131.

¹⁵⁴ V. supra nota n. 149.

¹⁵⁵ Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 384. Lo stesso illustre Autore ha sottolineato che “qualificare l'accesso a Internet come diritto fondamentale è un riflesso della funzione assegnata a tale diritto come condizione necessaria per l'effettività di altri diritti fondamentali – in particolare per il diritto alla libera costruzione della personalità e per la libertà di espressione” (S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 467-468)

E' stato felicemente definito come un classico intervento di «manutenzione» costituzionale, che opererebbe all'interno del sistema costituzionale dato¹⁵⁶.

Ha fatto poi seguito la presentazione il 17 febbraio 2014 del disegno di legge costituzionale n. 1317, che prevedeva di inserire nell'art. 21 Cost. un secondo comma così formulato: «Tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica».

Riprendere questo percorso di riforma è quanto mai necessario¹⁵⁷, ben consapevoli che, piuttosto, tenuto conto della sfida del *digital divide* e della natura complessa di Internet (che non è soltanto un mezzo per manifestare il proprio pensiero), risulterebbe opportuno qualificare il diritto in esame anche come un diritto sociale¹⁵⁸, sulla scia dei successivi Ddl. Cost. S. n. 1561 del 10 luglio 2014¹⁵⁹ e Ddl. Cost. C. n. 2816 del 14 gennaio 2015¹⁶⁰ sull'introduzione in Costituzione dell'art. 34 bis e delle considerazioni di attenta dottrina¹⁶¹.

¹⁵⁶ Così, G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 3/2011, p. 374. A questo proposito, si veda anche, con riguardo alla estensione delle garanzie dell'art. 21 Cost. alle testate giornalistiche on-line, il contributo di P. CARETTI, *La Cassazione pone, meritoriamente, alcuni punti fermi in tema di regolazione dell'informazione via internet*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015, pp. 1013 e ss.

¹⁵⁷ In proposito, si segnalano le osservazioni di Azzariti: «La formulazione indicata da Stefano Rodotà mi appare particolarmente felice (...). Devo solo dire che non capisco perché si voglia introdurla come articolo a sé (articolo 21 bis) e non invece inserirla come comma aggiuntivo all'interno dell'esistente articolo 21. A me sembra che il diritto d'accesso alla rete rappresenti una specificazione del più generale diritto alla libera manifestazione del pensiero. Meglio allora inserire l'emendamento proposto al secondo comma dell'art. 21, dopo l'enunciazione generale del principio di manifestazione del pensiero (espressa nel comma 1), come sua specificazione nel campo dell'informatica e nuove tecnologie (comma 2), prima delle più minute regolamentazioni relative alla stampa (attuali commi 2-5), anch'essa espressione di una modalità di manifestare il pensiero. Rimarrebbe – a mio modo di vedere – un'anomalia nell'articolato costituzionale. Mancherebbe ogni riferimento alla comunicazione radiotelevisiva: si passerebbe dalle ultime tecnologie (internet) a quelle tradizionali (la stampa), mentre nulla si direbbe sulle televisioni. Un vuoto di regolazione costituzionale difficilmente spiegabile (e forse politicamente inquietante). Ma questo è un altro discorso» (G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, cit.). Sul punto, cfr. anche il disegno di legge di revisione costituzionale n. 3487 del 2012.

¹⁵⁸ In questo senso, per esempio, F. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet*, in *Politica del diritto*, 3/2012, p. 284, secondo cui «La strada di maggiore interesse, dunque, è quella di qualificare Internet come diritto sociale. In quest'ottica, il cittadino-utente vanterebbe la pretesa nei confronti dei pubblici poteri ad ottenere (la «scolarizzazione», nonché) le infrastrutture necessarie ad accedere alla rete, in condizioni non discriminatorie e con un livello qualitativo predefinito». Cfr., sul punto, anche P. TANZARELLA, *Accesso ad Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *Gruppo di Pisa – Rivista*, 3/2012, disponibile al sito https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Palmina_Tanzarella_Accesso_a_Internet_verso_un_nuovo_diritto_sociale.pdf

¹⁵⁹ Disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014, art. 1: «Dopo l'articolo 34 della Costituzione è inserito il seguente: «Art. 34-bis. – Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *internet*, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁶⁰ Il testo, composto anche in questo caso da un solo articolo, è identico a quello del disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014.

¹⁶¹ Sul punto si rimanda alle considerazioni in apertura del presente paragrafo, oltre a M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit., p. 8, secondo cui l'accostamento concettuale fra il diritto di accesso a Internet e l'art. 21 Cost., che nel suo primo comma richiama la generalità dei mezzi di diffusione del pensiero,

Le due strade di rivisitazione costituzionale non sono necessariamente alternative, ma possono essere tra loro fruttuosamente integrate: il diritto di accesso a Internet, infatti, si presenta con caratteri diversi, tanto da essere stato efficacemente definito “Giano bifronte”¹⁶², che, a seconda di come lo si guardi, mostra ora il volto della libertà individuale ora quello del diritto sociale.

Sul piano della legislazione ordinaria, poi, sarebbe auspicabile un intervento deciso sui temi dell’educazione digitale: il collegamento tra diritto di accesso ad Internet e diritto all’istruzione, infatti, è particolarmente stretto.

Ne è ben conscia, d’altronde, la stessa Corte Costituzionale, che – nella sentenza n. 307 del 2004 – ha riconosciuto il diritto all’istruzione digitale e allo sviluppo culturale informatico in quanto “corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l’uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.)”. Nel caso di specie, la Corte aveva difatti ritenuto perfettamente conforme a Costituzione “la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all’età o al reddito e finalizzati all’acquisto di personal computer abilitati alla connessione Internet, in un’ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica”.

Un chiaro riconoscimento, dunque, della natura sociale del diritto di accesso ad Internet, strettamente connesso al diritto all’istruzione, in un’ottica di evidente *favor* nei confronti dei soggetti deboli.

E’ pertanto da accogliere con favore la circostanza che la Commissione della Camera dei deputati per i diritti e i doveri relativi ad Internet abbia – nella *Dichiarazione dei diritti in Internet* del luglio 2015 – affermato che spetta innanzitutto al legislatore, possibilmente sulla base di un’auspicata costituzionalizzazione,

evidentemente presuppone una concezione di Internet come mezzo di comunicazione. Concezione che, però, appare all’A. in questione riduttiva, considerando che il progresso tecnologico ha sviluppato a tal punto le potenzialità esplicabili attraverso le reti digitali, che esse non possono più essere considerate mezzo/strumento di diffusione di contenuti, ma mondo/ecosistema/ambiente in cui l’individuo svolge la propria personalità, in un multiforme contesto relazionale e interattivo. Per questo, soprattutto dopo l’avvento del *web 2.0*, l’ancoraggio di Internet alla libertà di espressione è apparso sempre più inadeguato a coprire il multiforme novero delle attività che si possono svolgere *online*. Inoltre, al di là di queste caratteristiche proprie di Internet, la sua equiparazione a un mezzo di comunicazione si scontra comunque con quanto ribadito più volte dalla Corte costituzionale, a partire dalla storica sentenza n. 59 del 1960 relativa al sistema radiotelevisivo: al principio di libera manifestazione del pensiero non corrisponde il diritto di libera utilizzazione dei mezzi di comunicazione. Se dunque Internet fosse un mezzo, non si capirebbe perché, a differenza di tutti gli altri mezzi di comunicazione, proprio per Internet dovrebbe potersi configurare un diritto alla sua libera utilizzazione. La conclusione di ALLEGRI è che, quindi, l’art. 21 Cost. non sembra essere la sede più idonea per la previsione del diritto di accesso a Internet. Si veda anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009. In tema, cfr. E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008.

¹⁶²M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit., p. 8.

prevedere “*i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità*”¹⁶³.

Da questo punto di vista, non v'è – quindi – alcun dubbio che, soprattutto laddove si configuri a livello costituzionale l'accesso alla rete ed ai mezzi informatici come diritto sociale, strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali, vada incoraggiata ogni iniziativa legislativa ordinaria che sia diretta a garantire su tutto il territorio nazionale, attraverso misure generali ed omogenee, un livello minimo di accesso alla utilizzazione della rete in termini di strumenti, risorse ed infrastrutture, in quanto misura diretta ad assicurare un livello essenziale di diritti sociali.

La configurazione del diritto di accesso nelle forme del diritto sociale, infatti, richiede – al di là della espressa copertura costituzionale – il riconoscimento del legislatore ordinario, anche in considerazione delle disponibilità finanziarie¹⁶⁴.

L'importanza della correlazione tra diritto di accesso ad Internet e tutela dei soggetti deboli – che ci induce a propendere verso una qualificazione del primo in termini di diritto sociale – emerge proprio sul piano della legislazione ordinaria.

In particolare, è meritevole di menzione la legge n. 4 del 2004 (c.d. “legge Stanca”), “relativa alle disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici, la quale riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici”¹⁶⁵, il cui articolo 1 richiama direttamente il principio di eguaglianza sostanziale scolpito nell'articolo 3, secondo comma, della Carta Costituzionale. Orbene, proprio sul tema in esame, è da segnalare una positiva novità frutto della legislazione emergenziale.

L'articolo 29 del legge c.d. “Semplificazioni” (D.L. 76/2020, convertito con modificazioni dalla legge 120/2020) ha difatti previsto l'estensione degli obblighi di accessibilità, già riconosciuti dalla legge Stanca, anche nei confronti dei soggetti privati, *rectius* “alle strutture ed ai servizi aperti o forniti al pubblico attraverso i nuovi sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione in rete”¹⁶⁶.

¹⁶³ In questa direzione sembra andare, d'altronde, la legge regionale umbra 31/2013, la quale riconosce il diritto di tutti i cittadini ad accedere alla rete Internet, intesa come “strumento di promozione sociale ed economico”, promuovendo tutte le infrastrutture necessarie ad assicurare l'effettività di tale diritto.

¹⁶⁴ F. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet*, cit., p. 285.

¹⁶⁵ Così T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2011, p. 34.

¹⁶⁶ Dunque, accanto ai soggetti già onerati dalla legge 4/2004 (vale a dire le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici economici, le aziende private concessionarie di servizi pubblici, le aziende municipalizzate regionali, gli enti di assistenza e di riabilitazione pubblici, le aziende di trasporto e di telecomunicazione a prevalente partecipazione di capitale pubblico, le aziende appaltatrici di servizi informatici agli organismi di diritto pubblico e tutti i soggetti che usufruiscono di contributi pubblici o agevolazioni per l'erogazione dei propri servizi tramite sistemi informativi o internet), con il recente intervento del legislatore gli obblighi di accessibilità gravano anche sui soggetti privati che offrono servizi al pubblico mediante siti Internet o *app*, purché abbiano registrato un fatturato medio, nel corso degli ultimi tre anni,

Va segnalata, peraltro, la previsione della comminazione di una sanzione pecuniaria da parte dell’Agenzia per l’Italia Digitale (ammontante fino al 5 per cento del fatturato) nei confronti degli enti che non rispettino gli obblighi di legge. Resta in ogni caso ferma la possibilità per il soggetto debole discriminato di avvalersi dei rimedi giurisdizionali di cui alla legge 67/2006, che – in tal modo – conferma la sua importantissima valenza di carattere generale.

Questa novità legislativa appare tanto più interessante quanto più si consideri la sua piena conformità alla recente normativa internazionale e sovranazionale. Basti qui ricordare che l’articolo 9 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, concernente i diritti di accessibilità, conosce un ambito applicativo particolarmente vasto, estendendosi anche “all’informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione”.

Non si obliterino, poi, gli interventi in ambito europeo, dalla direttiva 2102 del 2016, in materia di accessibilità di siti Internet ed applicazioni mobili di enti pubblici, alla più recente direttiva 882 del 2019, la quale impone precisi requisiti di accessibilità che prodotti e servizi forniti al consumatore dovranno possedere a partire dal 28 giugno 2025.

La modifica legislativa della legge Stanca, dunque, appare particolarmente significativa – alla luce degli imperativi costituzionali di eguaglianza sostanziale, dei diritti riconosciuti in sede internazionale e dei provvedimenti normativi in ambito europeo a difesa dei consumatori – proprio nella prospettiva della tutela dei soggetti deboli, i quali debbono costituire un autentico punto di riferimento costante per un legislatore non sempre attento e sensibile all’attuazione piena del disposto costituzionale.

Tuttavia, questi passi in avanti, pur meritevoli, restano ancora non pienamente sufficienti: occorre un impegno a tutto campo da parte delle istituzioni che muova dal riconoscimento formale del diritto di accesso ad Internet o, se si vuole, di un “diritto sociale alle tecnologie”, nella direzione di una regolamentazione completa, all’avanguardia, che assicuri la dignità e l’eguaglianza dei cittadini nell’uso delle piattaforme digitali. In altre parole, occorre assicurare il passaggio “dal diritto sociale alle tecnologie” ad un quadro normativo puntuale e innovativo, cioè ad un “diritto delle tecnologie sociali”¹⁶⁷, assicurando la dignità degli utenti contro il rischio che, specie nei periodi di emergenza, prevalgano gli interessi economici dei grandi colossi tecnologici, attori selvaggi e anti-sovrani¹⁶⁸ del nuovo “capitalismo della sorveglianza”¹⁶⁹.

superiore a cinquecento milioni di euro. Inoltre, eventuali contratti conclusi dai suddetti soggetti per la realizzazione o la modifica di siti web o applicazioni mobili non aventi i requisiti minimi di accessibilità sono considerati nulli.

¹⁶⁷ Così A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disegualianze*, cit., pp. 203-204.

¹⁶⁸ L’espressione è presa in prestito dal celebre saggio di M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996.

¹⁶⁹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

7. I diritti tra garanzia del contenuto essenziale e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni

Una trattazione – com'è quella che si propone – incentrata sull'incidenza della normativa emergenziale sul godimento dei diritti dei soggetti deboli, anzitutto (ma non certo esclusivamente) i diritti sociali (ché anzi i diritti sociali sono costitutivamente connessi ad una situazione di disuguaglianza sostanziale), sarebbe monca senza una riflessione circa il rapporto tra due categorie concettuali, che permeano tutta la letteratura giuridica sui diritti: le categorie del “contenuto essenziale” dei diritti e dei “livelli essenziali delle prestazioni”.

E ciò, si badi, non certo per riproporre esercizi di erudizione, ma per offrire (nuovi) spunti di riflessione per l'attualità (e, dunque, per l'emergenza e per il post-emergenza), specie per quanto attiene – come si vedrà nel prosieguo – ad una (nuova) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni – necessariamente rispettosa del contenuto essenziale dei diritti – che possa rappresentare un'occasione di rilancio dello Stato sociale. In una prospettiva – ancora – che guardi al rapporto di coesistenzialità del rapporto dignità/diritti fondamentali, con particolare riguardo alle situazioni di debolezza.

Se una parte della dottrina tende a configurare un'affinità strutturale, non solo meramente linguistica o semantica, tra i due concetti – esprimendosi ora in termini di assoluta fungibilità¹⁷⁰, ora in termini di relazione di genere a specie¹⁷¹ –, la dottrina maggioritaria condivisibilmente propende per la tesi volta a sottolinearne le differenze. Come è stato osservato autorevolmente¹⁷², “il contenuto essenziale dei diritti costituisce un limite che i giudici (costituzionali e comuni) fanno valere nei confronti della discrezionalità del legislatore, dell'azione delle amministrazioni e dell'esercizio dei poteri privati”, laddove invece “la definizione dei livelli essenziali è il frutto di decisioni politiche a contenuto normativo (generale e astratto) con cui si effettua una ripartizione delle risorse disponibili nelle casse dello Stato erogatore allo scopo di fissare la misura minima di talune prestazioni inerenti a diritti che devono essere garantite indifferentemente sul territorio”.

Se differenti sono, allora, i concetti, nondimeno importante appare sottolinearne il ruolo che essi rispettivamente assumono nel contesto pandemico: da una parte, infatti, la normativa emergenziale a tutela della salute pubblica, nel restringere altri diritti fondamentali, non può spingersi sino al punto di varcare la soglia del “contenuto essenziale” dei suddetti diritti, a pena di incostituzionalità diretta; dall'altra

¹⁷⁰ Così, ad esempio, C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”* (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.), in *Diritto pubblico*, 3/2002, pp. 881-908, specie pp. 895 ss; I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 1095.

¹⁷¹ G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2002, suppl., pp. 32 ss.

¹⁷² D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, pp. 274-275.

parte, le istituzioni pubbliche sono chiamate a garantire le prestazioni almeno entro il livello essenziale determinato con legge dello Stato ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione. La nozione di “contenuto essenziale”, impiegata sovente nella giurisprudenza della Consulta, anche sulla scia del concetto di *Wesensgehalt* da tempo affermato nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, emerge in particolare sul terreno del bilanciamento dei diritti, ponendosi come limite costituzionale che il legislatore non può oltrepassare, “pena la compressione della loro soglia di effettività”¹⁷³.

La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, ivi compresi i diritti sociali, è infatti strutturalmente ed indefettibilmente connessa con il valore supremo della dignità della persona, quale è scolpito negli artt. 2-3 Cost., come tale intangibile in ogni operazione di bilanciamento.

Il criterio della ragionevolezza, allora, tradizionalmente impiegato dalla giurisprudenza costituzionale, finisce – nei giudizi aventi ad oggetto disposizioni di leggi od atti aventi forza di legge che limitino l'erogazione di prestazioni sociali – proprio con l'identificarsi nella soglia minima di godimento dei diritti che non può non riconoscersi alla persona umana, a pena di incorrere in una violazione della sua dignità. E' d'uopo sottolineare, giunti a questo punto, che il bilanciamento deve pur sempre operare tra entità fra loro omogenee: quest'affermazione non è certo di secondaria importanza, giacché ci consente di ridimensionare – o quanto meno di guardare attraverso una luce diversa – la questione del rapporto tra diritti sociali e vincoli di bilancio: difatti, “non si dovrebbe bilanciare (...) direttamente fra diritti sociali ed esigenze di bilancio, bensì fra diritti sociali e diritti sociali o comunque fra diritti e diritti”¹⁷⁴.

Ciò induce, pertanto, a respingere l'assunto per cui i diritti sociali sarebbero “finanziariamente condizionati”: non soltanto, infatti, come da tempo rilevato¹⁷⁵, tutti i diritti costano – civili e sociali, di prima e seconda generazione (e non è un caso, d'altronde, che il legislatore costituente del 2001 abbia parlato, nel citato art. 117, secondo comma, lett. m, di “prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”); in secondo luogo, la fruizione dei diritti, specie dei diritti sociali, non deve condizionarsi ai vincoli di bilancio, facendo del principio consacrato dal “nuovo” articolo 81 Cost. un “super-valore” costituzionale. La stessa giurisprudenza costituzionale, nonostante alcune oscillazioni¹⁷⁶, è giunta, più di recente, ad affermare “nel difficile bilanciamento tra il principio dell'equilibrio finanziario e la tutela costituzionale dei diritti incompressibili”¹⁷⁷, la prevalenza di questi ultimi, affermando che il rilievo costituzionale dei

¹⁷³ Così E. PESARESI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la materia tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1741.

¹⁷⁴ Così afferma autorevolmente M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, p. 13.

¹⁷⁵ Il riferimento è inevitabilmente a S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, *passim*.

¹⁷⁶ In senso contrario, v., ad es., in epoca antecedente alla legge cost. 1/2012, la sentenza 455/1990 della Corte Costituzionale.

¹⁷⁷ In questi termini, E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali. La ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1/2017, p. 18.

diritti sociali “costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio” (Corte Cost., sent. 275/2016). Siffatta affermazione, già presagita dal tenore della sentenza 70/2015, è ripresa anche nella giurisprudenza successiva. Per esempio, sempre – peraltro – in tema di istruzione dei disabili, si segnala la decisione n. 83/2019 della Corte Costituzionale: pur dichiarando, nel caso di specie, la questione infondata, infatti, la Corte si ricollega al precedente del 2016, richiamando di fatto implicitamente l'assunto per cui “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Anzi, essa precisa questo assunto, facendo menzione non già di “diritti incompressibili”¹⁷⁸, ma piuttosto di un “nucleo incompressibile” di un unico diritto all'istruzione del soggetto disabile, ampliandone ed allargandone lo spettro per includervi anche i servizi di assistenza oggetto del caso. È qui evidente il raccordo con le teorizzazioni del c.d. contenuto essenziale dei diritti costituzionali.

Pertanto, logico corollario di questa ricostruzione è la necessità di respingere la tesi, secondo la quale la Corte è “tenuta ad applicare il principio di equilibrio di bilancio come una sorta di super-valore costituzionale, capace cioè di prevalere in modo assoluto, ovvero senza adeguata e ragionevole ponderazione, sui diritti costituzionalmente garantiti allorché questi comportino oneri finanziari che alterano il preesistente quadro di riferimento degli impegni di finanza pubblica collegati ad un determinato obiettivo di bilancio”¹⁷⁹.

E, allora, specie allorquando “vengono in rilievo situazioni giuridiche costituzionalmente garantite di soggetti c.d. deboli, e quindi particolarmente meritevoli di tutela, il legislatore dovrebbe, in ogni caso, attivarsi per garantirli, non potendo giustificare la mancata attuazione a fronte della generica carenza di disponibilità finanziarie, magari destinate a diverse, voluttuarie e facoltative voci di spesa”¹⁸⁰.

Dunque, a ben vedere, il bilanciamento che la Corte è chiamata ad operare è un “bilanciamento ineguale”¹⁸¹, in cui a soccombere sono ineluttabilmente le esigenze di carattere economico-finanziario, di fronte alla superiore necessità di garantire la pienezza e l'effettività dei diritti fondamentali, e la *supremitas* della dignità umana che ne è fondamento. Per riprendere ancora le posizioni di attenta dottrina, quindi,

¹⁷⁸ L'assunto è giustificato atteso che è “difficile immaginare una categoria di diritti «incompressibili» in un contesto costituzionale improntato al pluralismo politico” (v. F. PALLANTE, *Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte Costituzionale*, in *SIDI Blog*, 2 febbraio 2017).

¹⁷⁹ Così G. M. SALERNO, *La sentenza n.70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi*, 10/2015, p. 4.

¹⁸⁰ In questi termini R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 gennaio 2017, p. 2.

¹⁸¹ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 79.

“l’efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività”¹⁸².

Il piatto della bilancia della Corte, pertanto, non può non pendere verso la tutela dei diritti fondamentali, in considerazione del “valore centrale intorno al quale è costruito il sistema costituzionale: la persona umana e la sua dignità”¹⁸³. La Corte, insomma, è chiamata a far valere una questione di “priorità costituzionali”¹⁸⁴ – a partire dalla tutela della persona umana e della sua dignità, nell’ottica del suo continuo, progressivo e pieno sviluppo – “che comportano destinazioni di fondi costituzionalmente doverose, dal momento che vincolano a fini costituzionalmente imposti la legge”¹⁸⁵.

7.1. (segue). Tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ed esercizio dei poteri sostitutivi

Com’è noto, è attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale: chiaro, in una prospettiva di interpretazione sistematica, appare il legame con i principi fondamentali del nostro ordinamento – il principio personalista (art. 2), il principio di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3), il principio di unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5) – che giustifica pienamente la previsione, nell’articolo 120, secondo comma, dell’ammissibilità di un intervento sostitutivo del Governo nei confronti delle Regioni, delle Città Metropolitane, delle Province e dei Comuni “quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, fermo restando il rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione¹⁸⁶.

Come la Corte Costituzionale ha affermato nella storica sentenza 282/2002, non ci troviamo di fronte “ad una ‘materia’ in senso stretto”, ma ad “una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle”; dunque, l’articolo 117, secondo comma, lettera m), delinea una competenza trasversale, ovvero ancora una materia-valore¹⁸⁷, al

¹⁸²M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte Costituzionale*, cit., p. 13.

¹⁸³ Cfr. L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, p. 138.

¹⁸⁴ C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all’istruzione e inclusione sociale*, Milano, 2019, p.28.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Sottolinea il ruolo del principio di leale collaborazione, commentando la sent. 65/2016 della Corte Costituzionale, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte Costituzionale*, 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. 15.

¹⁸⁷ Sul tema, mi sia consentito rinviare ad A. LAMBERTI, *Sussidiarietà e livelli di tutela dei diritti*, cit., *passim*.

punto che autorevole dottrina¹⁸⁸ ha preferito parlare, più che di una “materia”, di un “oggetto” di normazione statale (ciò nondimeno, con riguardo ai livelli essenziali, “la loro capacità di attraversare diagonalmente tutte le materie non degrada la potestà legislativa regionale a potestà di mera attuazione, sicché essi funzionano ‘come se’ fossero una materia”¹⁸⁹).

Corollario di tale trasversalità, allora, è che “l’esercizio della competenza sui livelli essenziali dovrebbe consentire allo Stato di intervenire con proprie leggi, sia nell’ambito della legislazione regionale concorrente, sia nell’ambito della legislazione regionale residuale”¹⁹⁰, finendo col rappresentare nuovi “momenti di supremazia”¹⁹¹. Proprio per questo, tuttavia, la trasversalità richiede consensualità, assumendo così un primario rilievo il principio di leale collaborazione.

Il concetto di “essenzialità” delle prestazioni è stato a lungo dibattuto: ad un approccio “sostanzial-minimalista”, teso a ricostruire la nozione in termini di mera sufficienza delle prestazioni medesime¹⁹², si contrappone un indirizzo maggioritario, “sostanzial-massimalista”, che “la connette all’idea di ‘adeguatezza’ della prestazione stessa e della sua idoneità a conseguire obiettivi di benessere e di equità che vanno oltre il piano strettamente finanziario”¹⁹³.

Accogliendo quest’ultima posizione, allora, emerge che il concetto di livelli essenziali, opportunamente definito una “risorsa dell’unità”¹⁹⁴ – al punto che essi rappresentano “condizioni di primaria importanza per valutare come i diritti sociali siano assicurati sul territorio”¹⁹⁵ –, “tesa a realizzare l’uguaglianza senza distinzione di residenza”¹⁹⁶, “non può assumere dei connotati di absolutezza ed universalità ma è, al contrario, un concetto relativo”¹⁹⁷, in conseguenza del carattere, forse inevitabile, di indeterminatezza delle stesse nozioni di eguaglianza e dignità della persona.

¹⁸⁸ Cfr. R. BALDUZZI, *I livelli essenziali in sanità*, in G. BERTI-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, pp. 247 ss.

¹⁸⁹ Così M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., p. 18.

¹⁹⁰ Così A. PANKIEWICZ, *Federalismo e diritti sociali*, Bari, 2005, pp. 100-101.

¹⁹¹ S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, p. 163.

¹⁹² Sembra inclinare verso questa tesi, nella sentenza 115/2012, la stessa Corte Costituzionale, nel definire i LEA (Livelli essenziali di assistenza) in materia sanitaria degli “standard minimi”, che debbono essere assicurati “in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, affinché sia evitato che gli utenti abbiano un regime di assistenza inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato, essendo limitata la possibilità delle singole Regioni, nell’ambito della loro competenza concorrente in materia di diritto alla salute, a migliorare eventualmente i suddetti livelli di prestazioni” (così E. SCATOLA, *L’emergenza sanitaria nella Repubblica dei LEA. La tutela multilivello del diritto alla salute*, in G. A. CHIESI, M. SANTISE (a cura di), *Diritto e Covid-19*, Torino, 2020, p. 640).

¹⁹³ Così L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2012, p. 12.

¹⁹⁴ A. D’ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Dir. pubbl.* 2004, p. 16.

¹⁹⁵ E. BALBONI, *Coesione sociale e livelli essenziali delle prestazioni: due paradigmi paralleli della tutela multilivello dei diritti sociali*, in ID. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, p. 14.

¹⁹⁶ Così E. PESARESI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la materia tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell’era del decentramento istituzionale*, cit., p. 1736.

¹⁹⁷ *Ibidem*

Le finalità egalarie dell'art. 117, 2° comma, lett. m, sono opportunamente e sapientemente segnalate dalla Corte Costituzionale nella sentenza 88/2003, sistematicamente citata nella giurisprudenza successiva, secondo cui la norma costituzionale “attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto”.

Ciò, se da un lato comporta la discrezionalità del legislatore statale nell'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, dall'altro lato non impedisce la configurazione di un limite a questa stessa discrezionalità, dato, appunto, dal rispetto del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali.

Per dirla altrimenti, dunque, l'essenzialità del livello di prestazioni è fissata dal legislatore entro il limite dell'essenzialità del contenuto intrinseco del diritto che quelle prestazioni sono chiamate a rendere effettivo: ecco, quindi, che su questo terreno emerge la differenza qualitativa e quantitativa dei concetti di “contenuto essenziale” e di “livello essenziale delle prestazioni”, nel senso che “la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni deve avvenire in maniera uguale o maggiore al contenuto essenziale dei diritti civili o sociali di cui si tratta. Non a caso, è diffusamente riconosciuto che una legge statale che determinasse i livelli essenziali delle prestazioni in maniera deficitaria potrebbe essere dichiarata illegittima per lesione del contenuto essenziale dei diritti cui le prestazioni si riferiscono”¹⁹⁸.

Il contenuto essenziale, infatti, è costituzionalmente garantito, mentre i livelli essenziali sono individuati dal legislatore ordinario, dunque dalla maggioranza politica contingente: il primo è un criterio di giudizio dei secondi.

Eppure – segnaliamo criticamente – non mancano taluni arresti della Corte Costituzionale che, in maniera poco convincente, affermano la coincidenza tra le nozioni di livelli essenziali e di contenuto essenziale dei diritti sociali (cfr. sent. 166/2008), con connesse ricadute applicative di non poco momento.

L'importanza della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale è confermata, anzi rafforzata, dalla previsione – di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione – della possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo nei confronti delle Regioni allorquando ciò sia necessario, non solo nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ma anche ai fini della garanzia dell'unità giuridica

¹⁹⁸ Così D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, cit., p. 276.

ed economica della Repubblica, ed in particolare, per l'appunto, quando lo richieda la fondamentale tutela dei livelli essenziali concernenti i diritti civili e sociali¹⁹⁹.

In quest'ultimo caso, “la previsione dell'articolo 120 comma 2 Cost. trova corrispondenza, costituendo norma di tutela ‘a chiusura’ del sistema, in disposizioni costituzionali che attribuiscono la potestà legislativa allo Stato, nella specie identificabile nell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione”²⁰⁰; anzi, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 6 del 2004, ha chiarito che “l'utilizzazione di questi livelli essenziali quale fondamento dell'esercizio dei poteri sostitutivi, ai sensi del secondo comma dell'art. 120 Cost., di norma presuppone che lo Stato abbia previamente esercitato la propria potestà legislativa di tipo esclusivo”.

Si tratta di una norma, questa, che – in un ordinamento che valorizza le autonomie locali, sulla scia del principio fondamentale di cui è espressione l'articolo 5 della Costituzione – assolve una funzione decisiva di “garanzia del principio dell'unità dell'ordinamento”²⁰¹, quale “elemento unificante del sistema istituzionale, a tutela di interessi che travalicano i confini delle singole regioni, per i quali lo Stato continua a permanere il soggetto responsabile nei confronti della generalità dei cittadini e come tale legittimato ad intervenire anche in ambiti ordinariamente non riservati alla sua competenza”²⁰².

La Corte Costituzionale stessa, d'altronde, fin dal principio ha sottolineato che “il nuovo art. 120 Cost. deriva dalla preoccupazione di assicurare comunque, in un sistema di più largo decentramento di funzioni quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle funzioni amministrative, taluni interessi essenziali che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato” (sent. 69/2004).

Non è, dunque, un caso se – nella struttura dell'art. 120, secondo comma – il richiamo ai livelli essenziali rafforzi i riferimenti alla tutela dell' “unità giuridica” e dell' “unità economica”, al punto che potrebbe sostenersi che i livelli essenziali altro non siano che particolari aspetti dell'una e dell'altra, nella misura in cui, precisamente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili dà

¹⁹⁹ Sul tema, cfr. G. VERONESI, *Poteri sostitutivi: recenti orientamenti*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 32 ss.; G. MAINARDIS, *Nuovo Titolo, poteri sostitutivi statali, autonomie speciali*, in *Le Regioni*, 2005, pp. 197 ss.; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali: tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano, 2012. Più in generale, sulla disposizione costituzionale ante- e post-riforma del 2001, v. A. PUBUSA, *Commento all'art. 120*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Le Regioni, le Province, i Comuni*, I, Bologna-Roma, 1985, pp. 444 ss.; M. BERTOLISSI, *Commento all'art. 120*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 731; G. MAINARDIS, *Commento all'art. 120 Cost.*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Torino, 2006, pp. 2379 ss.

²⁰⁰ Così N. FIANO, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Roma, 2012, pp. 72-73.

²⁰¹ V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali: tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, cit., p. 89.

²⁰² Così N. FIANO, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, cit., p. 66.

consistenza di effettività all'unità giuridica, mentre i diritti sociali contribuiscono a sostanziare l'unità economica della Repubblica²⁰³.

Il potere riconosciuto al Governo sembra oscillare, come si evince dal dibattito dottrinale, tra una natura squisitamente politica (che sembrerebbe confermata dall'utilizzo del verbo servile “può”, nel testo della disposizione, il quale declina l'intervento sostitutivo straordinario in termini di facoltatività e non di obbligatorietà) ed un potere di controllo (che, quantunque connotato in termini di facoltatività, pur sempre consegue ad un inadempimento degli organi regionali o degli enti locali), focalizzato su specifici atti od omissioni, piuttosto che sugli organi regionali nel loro complesso, pena il rischio di una sovrapposizione con il ben diverso potere sostitutivo disciplinato dall'articolo 126 (secondo il quale “con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge”).

La disposizione costituzionale, introdotta con la riforma del Titolo V della Parte II della Carta, ha ricevuto una puntuale specificazione nella giurisprudenza della Consulta ed ha avuto, com'è noto, la sua attuazione a livello di normazione ordinaria, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, con l'articolo 8 della c.d. legge La Loggia (legge 131/2003) che individua come oggetto verso il quale si dirige l'intervento sostitutivo del Governo i “provvedimenti dovuti o necessari”, con ciò confermando la lettura della disposizione costituzionale nel senso di riconoscere al Governo un potere sostitutivo diretto non già agli organi, quanto agli atti.

Il ricorso all'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo, in un ordinamento improntato al principio di sussidiarietà, appare evidentemente uno strumento di ultima istanza, una “extrema ratio”, che diviene ineluttabile allorquando modalità alternative per il raggiungimento degli obiettivi costituzionalmente imposti ex art. 120 non siano (ulteriormente) esperibili.

Nel senso della straordinarietà, infatti, lasciano concludere sia la configurazione del presupposto della sua attivazione esclusivamente per fattispecie di particolare gravità, sia l'assenza nella disposizione di elementi che possano ritenersi in contrasto con la pregressa e consolidata tradizione legislativa²⁰⁴.

Eppure, va notato che, a dispetto dell'evidente connotato di straordinarietà di cui si colora tale disposizione, nondimeno essa è stata oggetto di numerose applicazioni, specie nell'ultimo decennio, fino a trasformarsi in uno strumento quasi “ordinario”, piuttosto che eccezionale, di gestione dei rapporti tra Stato e Regioni, in particolare per assicurare il rispetto dei livelli essenziali di assistenza in materia sanitaria.

²⁰³ È questa la posizione di F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e (in)disponibilità delle risorse*, in F. GABRIELE, C. P. GUARINI, G. LUCHENA, A. M. NICO, V. TEOTONICO, *Costituzione diritti sociali ed economia*, Bari, 2020, p. 43.

²⁰⁴ Cfr., se si vuole, A. LAMBERTI, *Riforma del Titolo V della Costituzione ed esigenze unitarie nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, specie pp. 390 ss.

Si può convenire, pertanto, con quell'autorevole dottrina²⁰⁵ che, opportunamente, evidenzia la trasformazione di una norma “emergenziale” in disposizione di frequente applicazione, in una prassi non sempre extra-ordinaria.

Eppure – qual vicenda paradossale! – proprio nel momento in cui si sarebbe avvertita la necessità di ricorrere allo strumento offerto dall'articolo 120, secondo comma – cioè nel periodo acuto dell'emergenza pandemica (questo, sì, un contesto straordinario) – “l'esecutivo, piuttosto che attivare le forme costituzionalmente previste, ha sovente preferito la strada del ricorso al TAR, lasciando dunque decisioni così complesse, come l'allocazione della competenza in casi di emergenza, oppure la ricerca dei margini di derogabilità delle discipline statali ad opera di quelle regionali, ai giudici amministrativi, piuttosto che alla Corte costituzionale, che avrebbe potuto essere chiamata a definire un eventuale conflitto di attribuzioni intersoggettivo a fronte dell'attivazione del potere sostitutivo «straordinario» statale”²⁰⁶.

7.2. (segue). Il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Oltre la pandemia

Ora, aver chiarito – sia pur in termini di sintesi – le analogie e le differenze tra questi due concetti fondamentali del diritto costituzionali non significa aver compiuto un esercizio sterile di ricostruzione erudita.

Anzi, in tempi di emergenza pandemica, il monito che la dottrina giuspubblicistica non può non rivolgere al legislatore è duplice: da una parte, le restrizioni dei diritti fondamentali, nel conformarsi ai principi di legalità, temporaneità, adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza [sicché – come *supra* rilevato – il “nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la «qualità e natura degli eventi»” (Corte Cost., sent. 127/1995) “deve essere rigorosamente rispettato”²⁰⁷], devono rispettare il “contenuto essenziale” dei diritti oggetto di restrizione, con particolare riferimento al *Wesensgehalt* dei diritti sociali fondamentali; dall'altra parte, Regioni ed enti locali sono chiamati a garantire l'effettività delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali nel rispetto dei livelli essenziali determinati con legge dello Stato, mentre il legislatore statale, ove intendesse ridefinire i LEP, non dovrebbe varcare al ribasso la soglia del contenuto essenziale del diritto cui le singole prestazioni ineriscono (per di più, come rilevato nella giurisprudenza costituzionale, un'eventuale modifica al ribasso dei LEP, ma pur sempre entro il limite del contenuto essenziale del diritto, deve essere accompagnata da un'idonea motivazione).

²⁰⁵I. CIOLLI, *Poteri sostitutivi statali, piani di rientro e vincoli di bilancio in materia sanitaria, tra disuguaglianze e tentativi di emarginazione della decisione politica*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2021, pp. 40 ss.

²⁰⁶ Così afferma opportunamente M. BELLETTI, *La riforma del Titolo V sotto attacco. Dall'entusiasmo regionalista alle torsioni centraliste*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, p. 34.

²⁰⁷ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 141.

Anzi, l'emergenza pandemica – con i suoi rovinosi risvolti sul piano sociale ed economico – “rende indifferibile la riforma e il rifinanziamento statale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”²⁰⁸: non soltanto “occorre ristrutturare il Servizio sanitario nazionale perché le norme statali sui livelli essenziali delle prestazioni e sulla profilassi internazionale siano effettivamente applicate in tutte le regioni per rendere le strutture sanitarie pronte in via ordinaria a rispondere ad eventuali nuove emergenze sanitarie e per prevenire il contagio”; ma appaiono altresì assolutamente indifferibili “nuove prestazioni essenziali in materia di salute che devono essere assicurate a chiunque su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’art. 117, comma 2 Cost., incluse quelle di sanificazione degli ambienti, di distanziamento delle persone, di riorganizzazione della sanità di base e degli aspetti sanitari connessi con il funzionamento degli edifici scolastici e universitari e dei mezzi di trasporto e con la programmazione e gestione dei servizi socio-assistenziali”²⁰⁹.

Ciò si correla ad una esigenza, ormai sempre più avvertita, di una legislazione ordinaria che, onde garantire il rispetto dei principi fondamentali di universalità, eguaglianza ed equità (sui quali è fondato il Servizio Sanitario Nazionale ai sensi della legge 833/1978), assicuri l'uniformazione delle prestazioni sanitarie, attraverso una sapiente (e costante) opera di coordinamento e di controllo sui sistemi regionali.

In quest’ottica, appare certamente necessario proseguire lungo il cammino tracciato con il “Patto per la salute per gli anni 2019-2021”, con cui il Governo si era assunto l’impegno di porre in essere un monitoraggio più accorto e stringente nelle aree più difficili e carenti, evidenziando le eventuali criticità che fossero emerse rispetto ai livelli essenziali previamente definiti dallo Stato ed implementando così la qualità dei servizi resi alla cittadinanza.

In questo senso, tenuto conto che la tutela della salute “non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio” (Corte Cost., sent. 282/2002) e nel solco dell’ “evoluzione riaccentratrice”²¹⁰ della giurisprudenza costituzionale, risulta condivisibile la proposta di chi ritiene comunque necessaria una legge nazionale che – “per un verso ricorrendo al principio di sussidiarietà e per l’altro reinterpretando l’individuazione con legge nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni” – individui delle funzioni amministrative statali di indirizzo in materia di tutela della salute, facendo leva, inoltre, “sulla disposizione, lasciata nel testo per mancato coordinamento fra la l. cost. 1 del 1999 e la l. cost. 3 del 2001, secondo cui il Presidente della Giunta ‘dirige le funzioni amministrative delegate dallo

²⁰⁸ Così P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria della pandemia del Coronavirus. Spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, p. 730.

²⁰⁹ *Ibidem*

²¹⁰ Così D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018, p. 6. Si rinvia alla giurisprudenza e alla dottrina ivi citata.

Stato alle Regioni, conformandosi alle istruzioni del Governo della Repubblica’ (art. 121, quarto comma, Cost.)”²¹¹.

E’ vero, però, che, prima ancora di strumenti giuridici, è necessario riprendere un proficuo dialogo all’insegna della “leale collaborazione” tra Governo e Regioni, che – invero – è apparso sovente venire a mancare, finanche nelle fasi più acute dell’emergenza sanitaria, con rimpalli di responsabilità non proprio all’insegna dello spirito costituzionale e scaricando tensioni politiche forti sulla Conferenza Stato-Regioni. Appare di fondamentale capitale, allora, in un rinnovato contesto, una politica sanitaria – all’insegna della leale collaborazione tra tutti i soggetti istituzionali coinvolti – che sappia valorizzare, con investimenti pubblici di qualità, la medicina territoriale, troppo spesso sacrificata. Proprio la pandemia, d’altronde, ha messo in luce la necessità di puntare su reti di prossimità e strutture locali efficienti per la medicina territoriale, onde alleggerire un carico ospedaliero assai sovente eccessivo. Sotto questo profilo, è da accogliere con favore l’attenzione che al tema dedica il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (nell’ambito della Missione 6 sono previsti 7 miliardi di euro di finanziamenti specifici per la medicina territoriale e per la telemedicina).

Ancora, si conviene che “non è più rinviabile l’adozione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti l’assistenza sociale e il loro integrale finanziamento a livello statale ai sensi dell’art. 119 Cost., sia per ciò che riguarda l’assistenza sociale ad anziani e disabili, sia per l’assistenza alle esigenze delle famiglie e dei minori, come raccomanda l’art. 31 Cost.”²¹².

In questa prospettiva, vanno accolte con favore le innovazioni introdotte in materia sociale e sociosanitaria dalla legge 77/2020²¹³, di conversione del d. l. 34/2020, che – pur non definendo i livelli essenziali delle prestazioni che debbono essere erogate uniformemente in tutto il territorio nazionale – nondimeno individuano in termini di “prestazioni essenziali” alcuni interventi già oggetto della legge 328/2000. In particolare, l’articolo 89 definisce come “servizi pubblici essenziali” i servizi di prossimità e la presa in carico, nonché l’assistenza domiciliare (nel rispetto dei LEA sociosanitari fissati nel DPCM del 12 gennaio 2017); segnatamente, le cure domiciliari sono riarticolate in un percorso di assistenza che, a partire da un primo colloquio con il paziente, procede attraverso una valutazione multidimensionale dei bisogni e delle esigenze della persona, necessaria ai fini della presa in carico da parte della struttura competente dell’ASL, cui si accompagna la predisposizione di un apposito Progetto di Assistenza

²¹¹ C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Amministrazione in Cammino*, 29 aprile 2020, p. 8.

²¹² *Ibidem*

²¹³ Sul punto, cfr. A. BLANCHERO, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali sono diventati realtà? Considerazioni in materia di servizi sociali e sociosanitari, in base alla disciplina della legge 17 luglio 2020, n. 77*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, in particolare pp. 7 ss.

individualizzato ovvero di un Progetto riabilitativo individuale, unitamente alla designazione di un “Case manager” di supporto alle famiglie.

Infine, l'emergenza pandemica ha messo in luce la necessità ineludibile di definire legislativamente i livelli essenziali di prestazioni concernenti taluni diritti fondamentali, soprattutto i diritti sociali, la cui domanda di effettività si è resa quanto mai (drammaticamente) evidente in questo periodo: basti riferirsi, per limitarci ai singoli focus oggetto del presente saggio, ai LEP concernenti il diritto all'istruzione, con particolare riferimento agli studenti con disabilità (necessità, invero, già segnalata in precedenti lavori²¹⁴), e – soprattutto – ai LEP in materia di diritto di accesso ad Internet, che dovrebbero essere chiamati a definire le molte declinazioni e dimensioni di questo “nuovo” diritto (dall'accesso alla banda larga di trasmissione ai profili dell'educazione digitale, passando per il potenziamento sui territori delle infrastrutture digitali).

8. Scelte tragiche, diritti del malato, diritti del morente: vecchi e nuovi diritti alla prova dell'emergenza

Concluso il *focus* sul rapporto tra contenuto essenziale dei diritti e livelli essenziali delle prestazioni, il rapporto tra dignità umana e tutela dei soggetti deboli, punto di riferimento costante nella trattazione oggetto del presente saggio, merita di esser riguardato, infine, anche sotto un ulteriore (tragico) profilo, a testimonianza ulteriore della pluralità di declinazioni e di sfumature che questo tema, inevitabilmente, assume.

E' tristemente noto che, specie nelle fasi più buie dell'emergenza pandemica, si sono sovente imposte delle “scelte tragiche” alle quali è stato chiamato il personale sanitario. Scelte, queste, che hanno esiti decisivi sull'effettività del diritto alla salute e sullo stesso diritto alla vita.

Scelte che, per dirla con parole nette, decidono della vita o della morte di un uomo.

In questa prospettiva, appare opportuno affrontare, sia pur incidentalmente, il delicatissimo problema dei profili giuridici del cosiddetto *triage*. Una parola, quest'ultima, che abbiamo tutti imparato a conoscere nel corso degli ultimi mesi, ma che merita di essere inquadrata entro limiti etici e giuridici il più possibile definiti.

Lontani, fortunatamente, sono i tempi in cui il *triage* si svolgeva individuando, tra i feriti in battaglia dell'epoca napoleonica, prima gli ufficiali e poi i soldati comuni. Una “selezione” (questa è, d'altronde, l'etimologia del termine francese) su base *sociale* del paziente, quindi, oggi eticamente e giuridicamente inaccettabile.

²¹⁴ Si permetta di rinviare ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Napoli, 2020, specie pp. 85 ss., ed alla bibliografia ivi citata.

Ma individuare criteri adeguati per “selezionare” (ahinoi, che brutto termine darwiniano!), in condizioni di estrema urgenza e di ristrettezze di risorse, i pazienti da curare – se non proprio da salvare – ed i pazienti da sacrificare, appare un’impresa oltremodo ardua.

Proprio in tema si segnalano le *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, presentate il 6 marzo scorso a cura di un Gruppo di lavoro della SIAARTI (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva).

Orbene, fermo restando che queste raccomandazioni non hanno alcun valore giuridico vincolante, appare nondimeno utile segnalare alcuni profili di criticità²¹⁵.

Certamente è da accogliere con favore il rifiuto di criteri selettivi dei pazienti del tutto casuali, ispirati alla logica del *first come, first served* (che potremmo assai più prosaicamente definire come la logica del “chi prima arriva meglio alloggia”), nella prospettiva, piuttosto, dell’individuazione del criterio della speranza di vita dei pazienti.

Tuttavia, il criterio della speranza di vita appare a sua volta scomponibile in due sotto-criteri, uno di natura oggettiva (legato all’età della persona) ed un altro di carattere soggettivo (correlato allo stato di salute del paziente, tenendo conto di eventuali comorbidità e fattori di rischio).

Ora, ad apparire non poco dubbio – sia pure agli occhi di un non-medico – è il richiamo, come primo sotto-criterio per individuare la speranza di vita di un paziente, al mero fattore anagrafico. Non solo, più in generale, questa scelta appare lesiva del principio di eguaglianza, facendo dell’età un vero e proprio fattore di discriminazione, in evidente spregio dell’articolo 3 della Carta Costituzionale, ma siamo portati anche ad affermare, volendo pure ipoteticamente ammetterne la rilevanza scientifica ed accettare la ragionevolezza giuridica del trattamento differenziato, che avrebbe semmai dovuto assumere una più accentuata preminenza il criterio soggettivo, che guarda allo stato di salute globale del soggetto.

Non va, peraltro, dimenticato come – anche in situazione di emergenza – deve continuare ad osservarsi il principio del consenso informato del paziente, consacrato dall’articolo 1, comma 7, della legge

²¹⁵ Sul punto, si segnalano le riflessioni di C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L’accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, disponibile al sito https://www.biodiritto.org/content/download/3767/45241/version/1/file/02+Di+Costanzo_Zagrebelisky.pdf e di L. D’AVACK, *Covid-19: criteri etici*, disponibile al sito <https://www.biodiritto.org/content/download/3812/45390/version/1/file/32+d%27Avack.pdf>. V. anche G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l’emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Rivista AIC*, 3/2020, pp. 107 ss.; L. CONTE, *Covid-19. Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it*, disponibile al sito <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=41659&dpath=document&dfile=01042020202411.pdf&content=Covid%2D19%2E%2BLe%2BRaccomandazioni%2Bdi%2Betica%2Bclinica%2Bdella%2BSIAARTI%2E%2BProfili%2Bdi%2Binteresse%2Bcostituzionale%2E%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B>.

219/2017: “nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirlo”.

Oltre ai profili problematici dei protocolli di triage, che sollevano questioni delicatissime in ordine al rispetto della dignità della persona, non può non accennarsi anche ad un ulteriore dramma, che deve sollecitare (anche) i giuristi ad una riflessione.

Stiamo parlando del riconoscimento del diritto ad una morte dignitosa, anche in periodi di gravissima emergenza sanitaria. Abbiamo, difatti, assistito alla tragedia umana di tanti, troppi, pazienti – assai sovente anziani – deceduti in completa solitudine²¹⁶, privi di assistenza spirituale, lontani dai propri affetti e senza avere avuto la possibilità di un estremo congedo²¹⁷.

Pur nella straordinaria difficoltà del momento, sarebbe stato necessario prevedere appositi protocolli di sicurezza sanitaria per le visite di almeno un familiare – ed almeno al momento dell'estremo saluto – con le stesse modalità che consentono al personale sanitario di operare in sicurezza minimizzando i rischi di contagio.

Anche il Comitato Nazionale di Bioetica è recentemente intervenuto in merito, con una mozione del 29 gennaio 2021, in cui si sottolineano la rilevanza personale della relazione di cura e l'importanza che assume la vicinanza fisica dei propri cari per lo stato di salute psicologico dell'ammalato e, *a fortiori*, per la persona moribonda, oltre che il forte radicamento nell'esperienza umana dello stesso accompagnamento al morente, in una prospettiva culturale fondata sul “diritto alla cura” e sulla “dignità del morire”. Per questo, dal CNB viene levato un forte monito a fare “ogni sforzo possibile anche all'interno delle strutture ospedaliere per assicurare la presenza di almeno un familiare, o di una persona di fiducia, in particolare nelle situazioni più gravi, nelle fasi terminali e per i pazienti in condizioni di particolari fragilità”, ovviamente con tutte le precauzioni necessarie per minimizzare il rischio di contagio e per garantire un elevato livello di sicurezza sanitaria.

²¹⁶ Sul tema, in una prospettiva di ordine generale, appaiono particolarmente rilevanti le riflessioni filosofiche di S. PETROSINO, il quale osserva che “l'estrema solitudine che ha afflitto molti pazienti durante il loro percorso verso la morte costringe a ripensare il senso e la ragione di quelle tradizioni, di quei riti, di quelle celebrazioni religiose, ma non solo religiose, che da sempre e ovunque hanno accompagnato gli uomini nel loro ultimo viaggio. Anche in questo caso molta cultura contemporanea, supernutrita di scienza e sempre più sicura di se stessa, ha giudicato con leggerezza, e talvolta con vera e propria supponenza, l'insieme di queste pratiche che nei migliori dei casi sono state giudicate come degli utili palliativi in grado di alleviare, in qualche modo, il dolore degli uomini di fronte all'irreparabile. Eppure siamo sicuri che si tratti solo di questo? Possiamo liquidare questo immenso patrimonio di sapienza solo come una manifestazione delle (...) ‘pulsioni incontrollate, illusioni e nuvole’? Quale ragione, proprio in quanto ragione, ha il coraggio di dimostrarsi così irragionevole da non farsi più interrogare da queste pratiche che essa corre il rischio di liquidare come semplici tracce di un passato dell'uomo ormai superato?”. Così S. PETROSINO, *Lo scandalo dell'imprevedibile. Pensare l'epidemia*, Novara, 2020, pp. 47-48.

²¹⁷ Sul tema, v. anche le considerazioni di M. FOGLIA, *La solitudine del morente al tempo del Covid-19*, in *The future of science and ethics. Rivista scientifica a cura del Comitato Etico della Fondazione Umberto Veronesi*, 5/2020, pp. 35 ss.

In questo contesto, è certamente da salutare con favore la delibera della Giunta regionale della Toscana del 21 dicembre 2020, la quale – in considerazione del fatto che “la vicinanza delle persone sofferenti ai propri affetti costituisce un presupposto importante del processo di cura la cui interruzione, sebbene motivata da indiscutibili ragioni di sicurezza, comporta rischi per la salute e per il benessere delle persone ricoverate” – dispone che, in tutte le Aziende Sanitarie, in tutti gli Enti del Servizio Sanitario Regionale e nelle strutture socio sanitarie, debba essere garantito prioritariamente il diritto ai contatti alle persone affette da patologia grave o con prognosi infausta a breve tempo, attraverso una ridefinizione delle procedure organizzative e la “presa in carico congiunta con le Unità di Cure Palliative, per essere accompagnati con un approccio globale (sanitario, psicologico, sociale e spirituale) nel percorso di cura fino al termine della vita”.

Tale delibera prevede anche uno schema di procedura operativa per la gestione operativa delle visite da parte di familiari, *caregivers* e persone di fiducia dei pazienti nei reparti Covid e no-Covid, ma si tratta pur sempre di un atto circoscritto, in quanto limitato ad una sola Regione.

Per questo, è fortemente auspicabile la definizione di appositi protocolli di sicurezza sanitaria a livello nazionale, volti ad assicurare il rispetto delle esigenze personalissime di cura, sostegno affettivo ed assistenza spirituale degli ammalati da Coronavirus, specie in gravi condizioni, nel quadro di appositi livelli essenziali di prestazioni concernenti il c.d. diritto ad una morte dignitosa, disciplinati nel quadro della potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Ciò è tanto più vero quanto più si consideri che, nella fase “matura” dell’emergenza, sono stati definiti numerosi protocolli volti all’espletamento di una pluralità di attività (economiche, sociali, culturali, ecc.) in condizioni di sicurezza: sarebbe allora del tutto irragionevole e discriminatorio, a fronte di simili interventi, non assicurare forme minime di contatto personale nelle strutture ospedaliere, in una prospettiva di cura complessiva, anche psicologica, del paziente.

Pertanto, la situazione di inerzia che è andata perdurando rappresenta un motivo di discriminazione e di irragionevolezza, oltre a costituire – più in generale – un chiaro “ostacolo”, nell’ottica dell’art. 3, secondo comma, Cost., al pieno sviluppo della persona umana ed al dispiegarsi della sua dignità, anche nelle fasi conclusive del ciclo della vita.

Si tratta, d’altronde, di una opzione condivisa anche da un gruppo di autorevoli teologi cattolici e protestanti, i quali, in una lettera-appello²¹⁸ scritta già nel marzo 2020 (nel pieno dell’emergenza), segnalavano l’importanza decisiva per il dibattito democratico del tema del “carattere umanizzante del

²¹⁸ Ci si riferisce alla lettera-appello firmata da Lidia Maggi, Paolo Squizzato, Andrea Grillo, Fabio Corazzina, Cristina Arcidiacono, Massimo Aprile, Paolo Curtaz, Carlo Molari, Gianni Marmorini, Silvia Giacomoni, Marco Campedelli, Angelo Reginato.

morire”, in nome di una superiore “dignità del vivere e del morire di tutte e di tutti”, così denunciando la tragedia di tante morti avvenute nella più completa ed alienante solitudine affettiva.

“È veramente improponibile pensare” – scrivevano gli estensori dell’appello – “che una persona cara, nell’assoluto rispetto delle norme sanitarie, possa essere presente per accompagnare un proprio congiunto nel delicato momento del passaggio dalla vita alla morte?”

Ed è proprio in relazione a questa domanda – la quale non può non scuotere ogni coscienza – che torna alla mente un altro importante documento, che mai come oggi si impone all’attenzione dei giuristi.

Il Comitato Etico presso la Fondazione Floriani²¹⁹, già nel maggio 1999, aveva, difatti, redatto una “Carta dei diritti del morente” ed è assai significativo, ai nostri fini, che i punti 10, 11 e 12 scolpiscano dei principi etici che oggi, nel pieno dell’emergenza da Covid-19, sembrano non poco compromessi dalle esigenze di

²¹⁹ La Fondazione Floriani, organizzazione senza scopo di lucro istituita a Milano nel 1977, ha lo scopo di promuovere la diffusione e l’applicazione delle cure palliative; sensibilizzare l’opinione pubblica sui diritti del morente; organizzare e sostenere centri di assistenza domiciliare, ambulatori, day hospital ed hospice per le Cure Palliative all’interno delle strutture pubbliche; favorire il compimento di studi e ricerche scientifiche per le cure palliative; promuovere e curare con gli enti preposti l’istituzione di Cattedre di Medicina Palliativa all’interno delle Facoltà di Medicina degli Atenei italiani.

sicurezza sanitaria: “Chi sta morendo ha diritto alla vicinanza dei suoi cari”²²⁰, “Chi sta morendo ha diritto a non morire nell’isolamento e in solitudine”²²¹, “Chi sta morendo ha diritto a morire in pace e con dignità”²²².

²²⁰ “È opinione di senso comune che le persone tendano alla socialità ed amino vivere con gli altri, soprattutto con coloro che sono “cari”, ossia con le persone con cui si ha una consonanza di vita. Nelle fasi finali dell’esistenza, la presenza di queste persone risulta di particolare importanza per garantire all’interessato la migliore qualità possibile della vita residua, ed anche della morte. Del tutto inaccettabile appare quindi la situazione che la medicina contemporanea sovente crea quando, privilegiando l’aspetto terapeutico o tecnico rispetto alla soddisfazione di esigenze umane fondamentali, costringe il morente all’isolamento. La “Carta” intende ribadire il diritto del morente alla vicinanza dei suoi cari nella convinzione che tale vicinanza costituisca di per sé uno dei fattori che più possono “riempire la vita”, dando quel conforto che ancora può rimanere. Questo aspetto residuo è del tutto decisivo in situazioni in cui non resta altro che la prossimità fisica, essendo le altre relazioni spesso difficili, se non addirittura impossibili. Privare il morente di questa relazione di vicinanza equivale quindi a procurargli un vero e proprio danno. Il diritto del morente alla vicinanza dei suoi cari nasce dal fatto che tale vicinanza ha una determinante influenza positiva sul suo modo di essere e di vivere l’ultima fase della sua vita. Si deve comunque prestare attenzione ad un importante aspetto della vita sociale attuale. Mentre tradizionalmente i “cari” si identificavano con i famigliari, nella società attuale altrettanto, e talora anche più importanti, sono diventate le relazioni degli affetti. Ora “caro” non indica necessariamente il parente, bensì la persona con cui si ha una consonanza di vita. La corretta identificazione di chi è “caro” dovrebbe diminuire di molto anche i possibili contrasti in altre direzioni, ossia quelli emergenti dal disaccordo o dal palese conflitto di opinioni circa le procedure da seguire nelle fasi finali della vita. Non si deve mai dimenticare che è il paziente e non altri soggetti, nemmeno quelli a lui più vicini, il titolare del diritto a ricevere informazioni e a prendere le decisioni che riguardano l’ultima fase della sua vita, ma si può ragionevolmente ritenere che grazie alla “consonanza di vita”, che scaturisce dall’affetto e dalla condivisione di molti valori fra il malato e i suoi cari, questi possano utilmente assumere, quando necessario, il ruolo di fedeli portavoce di colui con cui condividono convinzioni profonde e valori” (Punto 10 – Carta dei diritti del morente)

²²¹ “In una società caratterizzata dal prevalere del conformismo, della massificazione, dalla tendenza ad uniformare abiti mentali e stili di vita, la solitudine può assumere la valenza positiva di consapevole scelta esistenziale propria di chi, non riconoscendosi nei modelli di comportamento e nei valori prevalenti nella società, ha il coraggio di compiere scelte controcorrente in ogni fase della propria vita. Ma per i malati prossimi alla morte la solitudine non è sempre il risultato di una scelta riguardo al come morire, del tutto legittima e meritevole di rispetto, quand’anche non condivisa dai più. È, piuttosto, l’effetto, indesiderato e produttivo di grandi sofferenze, dovuto all’operare di complessi fattori culturali e strutturali. La rimozione della morte, diffusa in società, quali quelle dei paesi industriali avanzati, nelle quali i miti della produttività e dell’efficienza si sono intrecciati con le aspettative alla guarigione sempre e comunque conseguibile, alimentate da una medicina tanto incline ad enfatizzare i propri successi, quanto a dissimulare i propri limiti, ha, come si è già osservato in precedenza, la sua più concreta e drammatica manifestazione nell’allontanamento dal contesto sociale, e quindi nella determinazione di una sorta di morte sociale, antecedente alla morte biologica, di quei soggetti che la medicina si dichiara impotente a guarire. L’isolamento e la solitudine del morente sono, innanzitutto, le condizioni psicologiche di un soggetto che, quand’anche assistito da famigliari e operatori sanitari, finisce, sovente, per richiudersi in se stesso perché - come si è osservato a commento di altri articoli di questa “Carta” - al centro di una rete di inganni e di dissimulazioni tanto fitta da precludere qualunque forma di sincera relazione. Ma l’isolamento e la solitudine sono anche, assai di frequente, le condizioni materiali di un soggetto che non trova il contesto appropriato alla sua delicata situazione né nella casa, né nell’ospedale. Nella casa, perché, nell’appartamento di piccole o medie dimensioni che, soprattutto nei centri urbani, rappresenta la soluzione abitativa per la maggior parte delle persone, non solo mancano le strutture per far fronte al complesso quadro patologico del malato vicino alla morte, ma non è spesso nemmeno possibile garantire che il malato abbia accanto a sé qualcuno in grado di confortarlo e di assisterlo. Non è infrequente il caso di un malato che vive solo, e, quand’anche il malato abbia una famiglia, i famigliari si trovano pur sempre a dover conciliare la presenza accanto al malato con l’assolvimento di compiti della vita quotidiana che non possono essere trascurati o delegati. Nell’ospedale, perché alla possibilità di trovare, in quel contesto, sollecite ed adeguate risposte alle molteplici necessità ed emergenze connesse alle ultime fasi della malattia, non si accompagna l’attenzione ed il rispetto per fondamentali esigenze alla cui soddisfazione si lega la possibilità di una morte umana e dignitosa. Tra queste, il bisogno di mantenere il più possibile le proprie abitudini e ritmi di vita, e il bisogno di disporre di spazi adeguati in cui ricevere, senz’altro, assistenza ed aiuto da parte di un personale sanitario preparato e disponibile, ma in cui, soprattutto, trascorrere, le ultime fasi della propria esistenza con il conforto delle persone care, senza rigide limitazioni orarie e senza continue violazioni della privacy. L’affermazione del diritto di chi sta morendo a non morire nell’isolamento e in solitudine si ricollega, dunque, per un verso, al riconoscimento del loro diritto a relazioni comunicative non viziate, o addirittura, bloccate da reticenze e dissimulazioni. Per altro verso, si traduce nella pressante richiesta di scelte di politica sanitaria orientate alla trasformazione delle strutture di assistenza oggi disponibili, così come al mutamento di modelli e abiti di comportamento rimasti a lungo dominanti nella medicina tradizionale” (Punto 11 – Carta dei diritti del morente).

²²² “L’intrusione di tecniche e conoscenze mediche sul tempo del morire cresce proporzionalmente all’incapacità dei curanti di affrontare il senso del limite, di accettare i confini della scienza ed in definitiva di accettare la propria impotenza. Verso il morente manca oggi un atteggiamento positivo, appoggiato da una saggezza filosofica che motiva e permette di accettare le sconfitte; prevale invece la dichiarazione di onnipotenza della medicina e una vasta propaganda sui trionfi della tecnica. Ciò causa uno spostamento dell’attenzione da questioni esistenziali fondamentali - gravi e spesso senza risposte (come la morte individuale) - ad una realtà illusoria, nella quale tutto è possibile. In questo scenario il morire del malato senza possibilità di guarigione è considerato come uno sgarbo ad una società che promette una vita di lunga durata, nel benessere e nell’efficienza. La malattia inguaribile è lo scandalo massimo: deve essere isolata, nascosta, rimossa anche dalla

Diritti, questi, dei quali si auspica una definizione legislativa, nel quadro dell'individuazione di appositi livelli essenziali di prestazione, ma che possono dirsi già implicitamente desumibili dall'ordito costituzionale, letto in chiave sistematica – nel nome di una dignità della persona umana che non può mai soccombere, nemmeno di fronte all'esigenza della *salus rei publicae*.

9. Assistenza sanitaria dignitosa ed emergenza pandemica. Il “diritto ad una morte dignitosa”: la configurazione di un diritto fondamentale ai tempi del Covid-19

In una prospettiva *de iure condendo*, pertanto, appare – mai come adesso – necessario che il legislatore intervenga per definire i diritti del morente anche in contesti emergenziali, individuando con chiarezza i contenuti, i contorni ed i limiti delle situazioni giuridiche soggettive, nonché i connessi obblighi delle strutture sanitarie.

In questo senso, motivo di orientamento costituzionale non può non essere, innanzitutto, il combinato disposto degli articoli 2 e 32, secondo comma, Cost., da cui emerge lo strettissimo legame che sussiste tra il principio personalista, quale motore del riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana, ed il principio (scolpito nella seconda delle norme citate) per cui “(...)La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

L'articolo 2 della Carta Costituzionale, infatti, si è imposto da tempo nell'interpretazione dottrinale in termini di “clausola aperta”, una valvola che – nel sollecitare il ricorso ad una tecnica ermeneutica per principi – consente il riconoscimento di “nuovi diritti”, per lo più in via giurisprudenziale, affidando così all'interprete – nel contatto diretto con il testo costituzionale – un ruolo di “cerniera” per l'adeguamento “dell'ordinamento giuridico alle mutate condizioni storico-sociali”²²³. Una lettura, questa, confermata

coscienza. Questo atteggiamento, diffuso nei curanti e in generale nel pubblico, porta ad attitudini e comportamenti “deviati”, rispetto alle reali esigenze e richieste della persona malata: accanimento terapeutico, oltranzismo diagnostico, veicolazione di messaggi che creano false illusioni sulla positiva evoluzione della malattia. Per questo il contesto, nel quale il malato prossimo alla morte, trascorre parte o tutto il tempo del proprio morire è oggi identificabile con strutture di ricovero, ospedali pubblici o privati, dove spesso sono del tutto disattesi i suoi bisogni. Il morire non avviene in un'atmosfera caratterizzata dalla presenza di cose e persone familiari, dalla serena accettazione dell'inevitabilità della morte, dal rapporto dialogico tra morente ed astanti e dai desideri espressi dal malato. Il morire è andato sempre più identificandosi con una lotta ad oltranza contro la morte - anche quando la battaglia è chiaramente persa - segnato da interventi tecnici, dove non è più il naturale estinguersi delle funzioni organiche che porta alla fine, ma la drammatica decisione, da parte del medico, di interrompere la funzione dei macchinari che “tengono in vita” il morente. Riaffermare quindi il diritto a “morire in pace” ha il significato oggi di permettere al morente di trascorrere i suoi ultimi giorni nel luogo che preferisce, dove più abbia la possibilità di riconciliarsi con tutto ciò che sta lasciando, evitandogli qualsiasi intervento che non sia in armonia con le sue scelte. In questa prospettiva, per garantire al malato le più ampie possibilità di scelta, vanno promosse e sostenute attività curativo/assistenziali, che favoriscano interventi di supporto presso diverse realtà: il domicilio, innanzitutto, quando ciò è reso possibile dalla presenza e disponibilità dei familiari e dall'aiuto portato da unità di cura; il ricovero ospedaliero, in letti di Servizi di cure palliative, dedicati ai malati morenti o in strutture “ad hoc” - come gli hospice - dove il malato può ritrovare un'atmosfera ed un ambiente quanto più possibile simili a quelli familiari e rispondenti ai suoi bisogni. Riaffermare il diritto a “morire con dignità” ha il significato di permettere al morente di mantenere lo statuto di “persona” - anche se persona “malata” - nel rispetto assoluto dei suoi valori e della sua biografia, sino alla fine” (Punto 12 - Carta dei diritti del morente).

²²³ A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 149.

dalla svolta della giurisprudenza costituzionale a partire dalla fine degli anni Ottanta, in particolare a seguito della sentenza 561/1987²²⁴.

Ai nostri fini, l'articolo 2 della Costituzione deve essere rapportato sia al primo che al secondo comma dell'articolo 32 della Carta: il primo, infatti, nel riconoscere la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo (oltre che come interesse della collettività), accoglie una visione olistica, onnicomprensiva e non parcellizzata, della salute umana, intesa – alla luce della definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità²²⁵ – come “uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale”, ragion per cui la tutela costituzionale è rivolta anche alla salute psichica e intellettuale (rafforzata dal mantenimento dei legami affettivi); il secondo comma, nel prevedere dei limiti imposti “dal rispetto della persona umana”, evidenzia la funzione primaria e fondamentale assoluta dalla dignità della persona²²⁶, al punto che la tutela della salute non può spingersi oltre questo limite invalicabile, a testimonianza ulteriore della *supremitas* che la dignità umana assume nell'orbita costituzionale.

Dall'articolo 32 della Carta Costituzionale, in effetti, è desumibile non soltanto la duplice dimensione “di libertà” e “prestazionale” del diritto alla salute – ovverosia tanto la protezione erga omnes “del benessere e dell'equilibrio psico-fisico dell'essere umano rispetto a qualsiasi forma di condizionamento, impedimento o comportamento lesivo proveniente da altri soggetti”, quanto la pretesa individuale “ad ottenere le prestazioni sanitarie”²²⁷ – ma, soprattutto, il profilo “etico-sociale” del diritto (entro un'ottica che, lungi dal focalizzarsi esclusivamente sulla protezione dell'integrità fisica, privilegia la considerazione dell'equilibrio complessivo “tra soma e psiche”²²⁸ del soggetto), unitamente alla dimensione dinamica: si guarda alla salute, cioè, come ad un “processo in continuo divenire”, oltre che “relazionale”²²⁹.

²²⁴ La sentenza riconobbe, attraverso il richiamo all'articolo 2, il diritto alla libertà sessuale (con il conseguente diritto al risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'articolo 2059 cc.) – svolta storica già opportunamente segnalata dal Presidente Saja nella sua Relazione Annuale per il 1987.

²²⁵ È già l'Atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, firmato a New York nel 1946, ad accogliere una definizione di salute come “*state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”.

²²⁶ L'interpretazione dell'articolo 32, 2° comma, Cost. come contenente un implicito riferimento alla dignità della persona è accolta da P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. Soc.*, 2008, pp. 31-32; G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento di diritto positivo*, Roma, 2016; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, cit.; G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, cit.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. 4, Napoli, 2011. Di differente avviso è D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., pp. 53-54, secondo la quale la diversità di formula usata nell'articolo 32 “sembra indicare l'esistenza e la protezione di un ‘bene’ non perfettamente coincidente con quello della dignità umana, nel senso che include quest'ultima ma non si esaurisce in essa”: “in questo senso” – continua l'A. – “può condividersi la conclusione di quella parte della dottrina che (...) assegna a questa esigenza di rispetto della persona umana una portata che va ben oltre il divieto di ledere la dignità dell'uomo. Quest'ultima, infatti, può essere violata mediante offese di ordine morale o a causa di abbandono in situazioni di degrado fisico. Il rispetto della persona umana, invece, oltrepassa queste fattispecie ed arriva a coprire anche (...) le esigenze collegate al pudore della persona sottoposta al trattamento sanitario ed alla riservatezza delle notizie che concernono il suo stato di salute”. Invero, queste esigenze di tutela appaiono già pienamente soddisfatte dal richiamo implicito alla dignità.

²²⁷ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., p. 2.

²²⁸ Ivi, p. 9.

²²⁹ Ivi, p. 28.

A partire da questi fondamenti costituzionali, pertanto, può riconoscersi l'esistenza di una particolare specificazione del “diritto ad una morte dignitosa”, nel quadro della libertà di autodeterminazione terapeutica²³⁰ e del principio cardine della dignità della persona umana.

“Diritto ad una morte dignitosa”, invero, appare una formula “sintetica”, nel senso che – nella sua ampiezza – può includere una molteplicità di declinazioni, di eguale ancoraggio costituzionale. Dunque, il diritto ad una morte dignitosa, che si può configurare come un “nuovo diritto fondamentale”, si articola in una pluralità – per così dire – di “sub-diritti”, o meglio di specifiche posizioni giuridiche attive, che lo definiscono e lo arricchiscono: oltre che il diritto al consenso informato (già oggetto della legge 219/2017) e il diritto alle cure (anche palliative), anche il diritto alla visita dei propri familiari ed il diritto all'assistenza spirituale.

E sono proprio queste ultime due situazioni giuridiche soggettive attive ad acquisire una notevole rilevanza in tempo di pandemia, al punto che le esigenze di salute pubblica non possono ritenersi prevalenti in senso assoluto sul necessario rispetto di queste due “declinazioni” del diritto ad una morte dignitosa.

Riconoscere, infatti, come diritto fondamentale il “diritto ad una morte dignitosa”, nel cui ambito si affermano il diritto alla visita dei familiari dell'ammalato ed il diritto all'assistenza spirituale del morente, comporta l'impostazione di un bilanciamento tra esigenze entrambe di interesse costituzionale, con la conseguenza per cui, qualsiasi sia la scelta compiuta dal legislatore, indefettibile sarà il rispetto del “contenuto essenziale” di ciascuna di esse.

Come si è detto, invece, la cronaca, soprattutto della prima fase della pandemia (ma non solo), ci ha riportato numerosissimi e drammatici casi di pazienti deceduti in completa solitudine, peraltro dopo una degenza ospedaliera, a volte anche prolungata, egualmente svoltasi in condizioni di assoluto isolamento, sia pur con la costante assistenza – puntuale e accudente – del personale sanitario.

Sotto questo profilo, non è difficile affermare – sia pure con tutta la cautela che impone di adoperare la considerazione della particolarissima situazione di difficoltà in cui è venuto improvvisamente a trovarsi il

²³⁰ Il legame tra libertà di autodeterminazione terapeutica e diritto alla morte dignitosa, sia pure in un contesto completamente differente, è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella nota vicenda Cappato (ord. 207/2018; sent. 242/2019). Sul tema e sulle pronunce della Corte, cfr. C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in *Consulta Online*, 1/2020; M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte Costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020; G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; M. ROMANO, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte Costituzionale)*, in *Sistema Penale*, disponibile al sito https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1578432588_romano-2020a-aiuto-al-suicidio-eutanasia-corte-cost-242-2019.pdf; F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020; P. VALIANTE, *Aiuto al suicidio e controllo di costituzionalità: l'insofferenza della Corte per le regole del suo giudizio*, in *L-Jus*, 2/2020.

Paese a partire dal 2020 che, nella gestione della emergenza, siano stati privilegiati la dimensione sociale e la dimensione sanitaria del fenomeno da fronteggiare. E' stata invece notevolmente sacrificata la dimensione relazionale ed è stata praticamente obliterata la dimensione antropologica, come se la nostra Costituzione non avesse fatto anche una scelta antropologica, non avesse cioè fatta propria una determinata concezione della persona.

Si intende dire che proprio il principio personalista cui largamente è improntato l'art. 2 Cost., laddove si riconosce anche la centralità delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'essere umano e si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, avrebbe dovuto fungere da punto di riferimento per la gestione di quel particolare (e, per certi versi, del tutto inedito) aspetto della emergenza, costituito dalla assistenza dei malati gravi di Covid ricoverati nelle strutture ospedaliere o accuditi nelle residenze sanitarie.

E, in questo contesto di fondo, si innestano gli ulteriori diritti costituzionalmente garantiti, che sono coinvolti nella situazione di chi muore in solitudine, senza che i suoi cari possano assicurargli sostegno, prima, e gli onori funebri, poi (ma, per certi versi, anche senza poter controllare la adeguatezza delle cure): non solo il diritto alla salute (art. 32 Cost.), ma anche i diritti della famiglia (art. 29 Cost.) e il diritto di professare la propria fede religiosa (art. 19 Cost.)²³¹.

E non si dimentichi, in proposito, ad ulteriore conferma dell'esistenza di un diritto all'assistenza spirituale, correlata alla tutela della salute, la portata dell'articolo 11, primo comma, del Concordato tra Italia e Santa Sede del 1984 – che, com'è noto, assume il rango di una norma interposta nei giudizi di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 7 Cost. –, alla luce del quale l'esercizio della libertà religiosa e della libertà di culto (che della prima è una significativa declinazione) non può essere impedito dal mero fatto della degenza in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, con la conseguenza per cui, ai sensi del secondo comma, sono all'uopo preposti degli ecclesiastici nominati dalle autorità italiane “su designazione dell'autorità ecclesiastica” (rimandando ad apposita intesa para-concordataria la determinazione delle modalità, dello stato giuridico e dell'organico).

Ora, il vero terreno sul quale si misura la effettività dei diritti fondamentali è costituito appunto dalle situazioni nelle quali la vita della persona è in condizioni di estrema difficoltà e debolezza (in particolar modo, nelle fasi dell'inizio e della fine della vita).

²³¹ Diritto – quest'ultimo – che deve essere considerato anche sotto il profilo della garanzia per il malato, a maggior ragione se a rischio di morte, di poter ricevere i sacramenti (per esempio, l'eucarestia o l'unzione degli infermi) durante il ricovero, non potendosi la sua posizione equiparare a quella di tutti gli altri credenti in condizioni di buona salute, egualmente privati durante la fase emergenziale della possibilità di esercitare il culto in pubblico e di accedere ai sacramenti (e sempre ammesso che tale generale limitazione – ma non è questa la sede per valutarlo – potesse comunque considerarsi giustificata).

Non sembri una considerazione estranea alla riflessione in corso, quella secondo cui con il tempo ci siamo abituati a dare copertura dal punto di vista costituzionale e legislativo a situazioni varie di disagio o di difficoltà esistenziale: abbiamo conferito veste di diritti inviolabili ad aspettative e desideri della persona (per esempio, in materia di procreazione – sia per favorirla in situazioni di infertilità, sia per rifiutarla in situazioni di disagio socio-economico o psicologico – o di c.d. identità di genere) e, benché l’una cosa non escluda l’altra, ci siamo progressivamente dimenticati dei diritti fondamentali delle persone realmente in situazione di estrema difficoltà, in cui i diritti stessi sono suscettibili di una lesione definitiva. Sostanzialmente, abbiamo riconosciuto dignità di diritti alle aspirazioni di coloro che avevano la capacità, anche fisica e psicologica, e la forza socio-culturale di affermarli, mentre abbiamo trascurato i veri diritti di coloro che non avevano la voce per rivendicarli.

In questo contesto, anche il diritto alla morte dignitosa è stato enfatizzato soprattutto nella sua accezione di essere garantiti nella attuazione concreta delle *“proprie scelte individuali”* per i soggetti affetti da patologie irreversibili che intendano *“sottrarsi ... a un mantenimento artificiale in vita non più voluto”*²³².

Insomma, in questi ultimi anni tale diritto è stato inteso, in sostanza, come il diritto di decidere come e quando morire. Se messo a raffronto con il diritto di cui stiamo discutendo, forse potrebbe essere diversamente e più correttamente definito come il diritto di “darsi la morte” o quantomeno di “accelerarla”: la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 lo afferma espressamente quando stigmatizza che la legislazione in vigore costringa *“il paziente, per congedarsi dalla vita, ... a subire un processo più lento e carico di sofferenze”* e non gli metta a disposizione trattamenti diretti a determinarne la morte con l’assistenza di terzi.

Altra cosa è il diritto di chi, essendo destinato alla morte per malattia e suo malgrado, è costretto a trapassare senza il conforto dei suoi cari e senza avere una sepoltura ed un congedo dignitosi. Eppure la stessa sentenza n. 242/2019 aveva mostrato di dare ingresso ai diritti dei familiari, sottolineando – per fondare, anche da una diversa prospettiva, il riconoscimento della rimozione dell’ostacolo all’accoglimento della richiesta del malato di interrompere i trattamenti sanitari – che il declino più lento del paziente fosse, al tempo stesso, *“più carico di sofferenze per le persone che gli sono care”*.

Il diritto ad una morte dignitosa è stato inteso, di fatto, come il diritto a morire senza provare sofferenza o dolore. Qui, si parla di altro: siamo di fronte a persone che sono morte e che muoiono con sofferenza, in situazione di sostanziale impossibilità di operare scelte e di dipendenza dal personale sanitario, e che proprio per questo avrebbero necessità del sostegno e del conforto dei propri cari.

Insomma, anche le vicende dell’emergenza da Covid-19 autorizzerebbero a concludere che, di fatto, il diritto ad una morte dignitosa, nella sua più ampia accezione, sia prevalentemente prerogativa ed

²³² § 2.3 del Considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 del 25.9.2019 (dep. 22.11.2019).

appannaggio di coloro che sono in grado di autodeterminarsi, di coloro che hanno conservato una autonomia decisionale.

Si tratta dell'effetto prodotto da una impostazione del problema tutto incentrato, anche nella fase dell'emergenza, sulla libertà della persona e sul suo benessere materiale; meno, invece, sulla dimensione della solidarietà o sul suo benessere complessivamente inteso.

I limiti di questa impostazione emergono in tutta la loro drammaticità – pur, si ripete, nell'ambito di una ponderata, e tuttavia sincera, riflessione che resti comunque ancorata al necessario apprezzamento delle complessità del momento – sol che si consideri che i diritti conseguentemente sacrificati non sono più suscettibili di alcun ristoro.

Le limitazioni del diritto al lavoro sono in qualche modo compensabili con un indennizzo. Le compressioni del diritto all'istruzione saranno variamente recuperabili. In ogni caso, vengono offerte dallo Stato alternative, insoddisfacenti quanto si vuole, ma pur sempre alternative. E la libertà di circolazione, che pure ha subito pesanti restrizioni, è almeno destinata a ri-espandersi. Lo stesso potrà dirsi per il diritto di riunirsi, di agire in giudizio, di difendersi nel processo, etc.

Invece, i diritti di cui parliamo non sono ristorabili, né prevedono alternative: il loro sacrificio è stato irreversibile.

Beninteso, questi diritti, sebbene – come detto – già implicitamente desumibili dall'ordito costituzionale, non avevano mai conosciuto, nella vigenza della Legge fondamentale, una situazione in cui il loro esercizio da parte dei titolari e la conseguente tutela da assicurare a tal fine fossero così pesantemente condizionati.

Si può dire, in un certo senso, che la loro stessa individuazione quali diritti che fosse necessario porre in bilanciamento con altri è avvenuta proprio in occasione dell'emergenza epidemiologica: si tratta di diritti di cui non si parlerebbe, se non ci fosse stato il Covid-19.

Si deve ora dare atto, però, che la previsione di una più compiuta regolazione delle situazioni in cui i diritti in questione possono entrare in attrito con la tutela della salute collettiva²³³ è ineludibile.

²³³ Una indiscriminata prevalenza della salute come emergenza di ordine pubblico interno ed internazionale costituirebbe un arretramento nel processo che ha portato nel corso degli ultimi secoli all'affermarsi del diritto alla salute nell'ampiezza e nella portata attuale. A partire dalla seconda metà dell'800 le politiche di profilassi per contenere gli eventi epidemiologici, infatti, erano momenti emblematici di una più generale politica di controllo del territorio dal punto di vista dell'ordine pubblico, che potevano sfociare in misure concrete che presentavano di frequente un importante profilo repressivo; di conseguenza, a nulla rilevava la salute come situazione giuridica soggettiva della persona, come aspettativa qualificata di prestazioni. Il diritto alla salute ha richiesto per la sua emersione un contesto sociale, economico e politico diverso, in cui i bisogni di base delle persone ricevono sufficiente soddisfazione. Le costituzioni del secondo dopoguerra, segnando il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, sussumeranno poi il diritto alla salute negli ordinamenti positivi in tutto il suo spessore di situazione giuridica soggettiva della persona. Si veda diffusamente sul punto, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di biodiritto* (diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI), Milano, 2010, pp. 3-18.

Del resto, la stessa Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 207 del 2018 resa in tutt'altro contesto (quello sopra delineato, poi concretizzatosi nella sentenza n. 242 del 2019, del riconoscimento del diritto di chiedere un aiuto al suicidio da parte di persona affetta da patologia irreversibile e tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale), aveva già affermato, nel prendere in considerazione la condizione di *“persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine”*, che *“... è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili condizioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)”*²³⁴.

Per essere ancora più espliciti, dunque, il legislatore potrà individuare protocolli di sicurezza sanitaria, che non sanciscano la tirannia né delle esigenze di salute pubblica né quelle dei diritti individuali, ma che – per l'appunto – assicurino il “contenuto essenziale” tanto della *salus publica* quanto dei diritti individuali. Nemmeno in situazioni di straordinaria emergenza, dunque, la persona può essere privata della sua dignità, soprattutto nella fase estrema del suo congedo dalla vita terrena.

Ma, a ben vedere, la dimensione della dignità della persona umana, suo attributo intrinseco ed indefettibile, continua a valere anche oltre la morte, transcendendo i confini della stessa vita terrena: ed è in nome di questa dignità – presupposto di tutti i diritti fondamentali e fulcro del programma personalista di emancipazione umana consacrato a partire dagli articoli 2 e 3 della Costituzione – che richiede un necessario riconoscimento (e una altrettanto necessaria fruizione) il diritto della persona agli onori funebri, anche – lo ribadiamo con forza – di fronte all'imperversare dell'emergenza sanitaria.

Fin dall'antichità il rito funebre²³⁵ rappresenta un momento di omaggio alla “dignità” del defunto, un'occasione di estremo congedo, ma anche un'opportunità rituale collettiva di purificazione – dove si sfiorano immanenza e trascendenza –, un comune riconoscersi come “uomini” di fronte al mistero della vita e della morte²³⁶. Ed è questo comune riconoscersi che ha il suo fondamento ineludibile proprio nella dignità di ogni essere umano.

²³⁴ § 6 del Considerato in diritto dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 24.10.2018 (dep. 16.11.2018).

²³⁵ “L'uomo e la donna della post-modernità non possono vivere l'esperienza del morire senza affidarsi alla dimensione della ritualità. Di fronte alla morte si riscontra una sorprendente domanda di riti, perché non bastano risposte più o meno ideologiche, non bastano i discorsi astratti, seppur fascinosi, seri e profondi. Malgrado i venti della secolarizzazione, i riti legati alla morte, anche se minacciati, resistono – magari trasformandosi – perché per affrontare il mistero della morte, come per le altre tappe esistenziali di passaggio o di crisi – quali la nascita, l'ingresso nell'età adulta, lo sposarsi, la malattia –, «ci vogliono i riti» (A. de Saint-Exupéry). La stessa elaborazione meramente civile del lutto va oggi in cerca di ritualità significative. La morte e il lutto esigono di essere gestiti non intellettualisticamente né teoricamente, ma esistenzialmente e ritualmente” (F. MAGNANI, *Postfazione*, in CEI. Ufficio liturgico nazionale, *Atti del Convegno, Rito delle esequie. “Umbra mortis vitae aurora”. Prospettive per la riflessione e la prassi*, Roma, 2014, p. 241).

²³⁶ Come ha scritto G. DE LUNA, in *La Stampa* del 25.3.2020, “la morte, con i riti che l'accompagnano, è anche un'occasione per insaldare i legami sociali. Quelli familiari anzitutto ... I processi di elaborazione del lutto, l'acquisizione della consapevolezza del legame interrotto, la riformulazione delle relazioni sociali nei confronti di una persona che continua a esistere nel ricordo dei viventi: tutto questo è stato brutalmente lacerato dalle morti di massa scatenate dal corona virus. Siamo quindi debitori verso chi è morto in questi giorni e verso le loro famiglie; dobbiamo a ognuno di essi quelli di cui sono stati privati. Dovremo inventarci cerimonie pubbliche che rimettano al centro le loro singole

Pertanto, si condivide l'impostazione di chi afferma – alla luce del combinato disposto degli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione – che “gli appigli normativi di sistema richiamati (...) potevano suffragare da parte dello Stato una posizione differente, la quale anziché includere – peraltro esplicitamente – le esequie quali manifestazioni vietate in quanto potenzialmente pericolose per la salute pubblica, poteva contemplare proprio tale tipologia di ‘celebrazioni’ quale eccezione alle restrizioni imposte. Tale eccezione poteva essere giuridicamente fondata non solo alla luce della tutela della libertà religiosa (tanto più in un momento in cui l'effetto dell'emergenza è proprio la morte delle persone), ma anche alla luce di considerazioni di carattere strettamente antropologico-esistenziale. Gli sforzi potevano essere concentrati ad esempio sull'estendere alle celebrazioni esequiali quelle norme di prevenzione e sicurezza sanitaria che oggi sono applicate per le attività correlate ai “servizi pubblici essenziali” (come utilizzo presidi sanitari, limitazione del numero di persone partecipanti, osservanza distanza di sicurezza ecc.)”²³⁷.

E ciò – si badi – siamo portati ad affermarlo tanto in relazione alle esequie religiose quanto con riferimento ai funerali laici di soggetti non credenti, comune essendo l'ancoraggio costituzionale negli articoli 2, 3 e 19 della Costituzione (quest'ultimo, infatti, tutela la libertà religiosa anche in termini meramente “negativi”, come libertà di non credere e di manifestare conseguentemente le proprie scelte in tal senso), nel prisma della *supremitas* della dignità della persona umana.

Dignitas suprema lex esto: a questo, in ultima analisi, ci invita la nostra Carta Costituzionale.

E così sia anche di fronte all'esigenza di salvare la *salus rei publicae*.

10. Conclusioni. Spunti meta-giuridici

Giunti a questo punto, tracciare delle conclusioni su un tema così complesso e, soprattutto, ancora (tragicamente) attuale, è senza dubbio un'opera difficile.

Ma, altrettanto chiaramente, l'estrema importanza delle tematiche affrontate ci impongono, quanto meno, di tracciare un bilancio.

individualità, un ricordo che gli restituisca una presenza significativa anche nelle nostre vite: serve a loro per ritrovare la dignità negatagli e serve a noi per poter elaborare un lutto di cui oggi non siamo ancora pienamente consapevoli”.

²³⁷ Così A. GIANFREDA, *Libertà religiosa e culto dei defunti nell'epoca del Coronavirus*, in *OliR – Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, disponibile al sito <https://www.olir.it/focus/anna-gianfreda-liberta-religiosa-e-culto-dei-defunti-nellepoca-del-coronavirus/>. L'A. osserva, ancora, che “l'opzione dell'eccezione giuridicamente fondata per le celebrazioni esequiali ai limiti alla libertà di riunione, circolazione e movimento, poteva forse essere avanzata in maniera pacata e meditata anche dalle confessioni religiose stesse. È la posizione espressa, ad esempio, sia pur in un chiaro atteggiamento di collaborazione con le autorità civili italiane e nel contesto di un invito alla responsabilità individuale e comunitaria, dall'UCOII, che nella lettera circolare comunitaria n. 01/2020, afferma che ‘Le uniche funzioni inderogabili sono i funerali e la preghiera del gha'ib che può essere svolta a porte chiuse in piccoli gruppi rispettando il metro di distanza e muniti di mascherine evitando il più possibile il contatto diretto’ (n. 5). La centralità teologica del funerale musulmano nella vita dei fedeli e della comunità ha suggerito di considerare inderogabili le funzioni funebri sia pur in questo momento di forti restrizioni alla libertà di culto”.

I soggetti deboli sono, per evidenti ragioni, quelli meno attrezzati a fronteggiare situazioni di difficoltà. Lo sono, per così dire, strutturalmente, e lo sono costantemente, anche in situazioni “ordinarie”, a causa delle loro condizioni di vulnerabilità.

Ma lo sono ancora di più in situazioni di emergenza pressoché generalizzata, nelle quali vanno innanzitutto in affanno le stesse strutture (sia gli organismi in quanto tali, sia le persone che li compongono) deputate ad affiancarli e supportarli nei loro bisogni.

E nelle quali anche l’organizzazione politico-amministrativa, posta di fronte a impreviste ed inedite situazioni di pericolo, mostra (anche comprensibilmente), come sua prima reazione quasi “istintiva”, di occuparsi prevalentemente, se non esclusivamente, dei problemi di più immediata “visibilità” e si rende conto solo gradualmente e con un certo ritardo delle esigenze delle persone più fragili, drammaticamente enfatizzate dalle circostanze emergenziali e meno direttamente percepibili.

In questo modo, lo Stato come istituzione rivela involontariamente di muoversi con uno sguardo troppo centrato sui fenomeni di più evidente rilievo socio-economico e meno attento alle dinamiche della “esclusione”: ciò è senza dubbio indicativo di un approccio ai problemi della disabilità e della fragilità in genere ancora troppo frammentario, che, pur avendo conosciuto negli ultimi decenni importanti evoluzioni sotto il profilo culturale e anche giuridico, non è a tutt’oggi diventato “di sistema”.

Appare ineludibile, allora, in un momento così complesso per la storia del nostro Paese, adottare uno sguardo di ampio respiro “umano” che crei un sinolo indissolubile tra la legge e la vita, tra l’enunciazione dei principi e l’applicazione pratica di quella “rivoluzione della dignità” e di quello spirito inclusivo, che sono l’anima stessa della nostra Costituzione e che hanno contraddistinto le aspirazioni di democrazia, uguaglianza e solidarietà del Secondo Dopoguerra rispetto al liberalismo individualistico di fine Ottocento e inizio Novecento.

Se i giorni più bui dell’emergenza sono stati rischiarati da un po’ di luce sotto il profilo sanitario, soprattutto con la diffusione delle vaccinazioni (ma ciò non significa che l’emergenza sia finita: la diffusione rapida delle varianti lo dimostra), adesso vengono prepotentemente alla ribalta (anche) i problemi economici e sociali, che rischiano di compromettere la coesione del Paese, lacerando un tessuto sociale già duramente provato da una lunghissima crisi economica dalla quale non siamo mai veramente usciti.

Questo lo rende un periodo ancor più duro per i soggetti maggiormente vulnerabili, fragili, deboli.

Per gli anziani e per i poveri, di ieri e di oggi.

E per le persone con disabilità.

Ecco, allora, che i principi di una Costituzione “inclusiva”²³⁸, dalla spiccata vocazione sociale, quale è la nostra, vengono in aiuto: una “bussola” per le istituzioni (e per la stessa società civile), un punto di riferimento costante, un faro nelle tenebre del Coronavirus.

Salvaguardare la coesione sociale, dunque, è (e sarà) l'imperativo categorico per le istituzioni in questo difficile contesto: per farlo, non potrà pregiudicarsi la garanzia dell'effettivo godimento dei diritti sociali²³⁹. Garanzia dei diritti sociali e tutela dei soggetti deboli, in quanto strettamente (e intrinsecamente) interdipendenti, rappresentano condizioni irrinunciabili, oggi più che mai, non soltanto in quanto tratti marcati e qualificanti di uno Stato di democrazia pluralista, ma anche (e soprattutto) come fondamento essenziale della coesione sociale, e – in ultima analisi – della stessa vita comunitaria.

Concludendo, allora, può affermarsi con assoluta convinzione che la crisi generata dalla pandemia ed i suoi nefasti risvolti sul piano economico e sociale possono combattersi solo attraverso l'arma della solidarietà costituzionale – oggi più che mai autenticamente un’“utopia necessaria”²⁴⁰ – e della fraternità – cui Papa Francesco ci invita con grande sensibilità –, sapientemente orientati dalla “bussola”²⁴¹ della dignità della persona.

“Riconoscere ogni essere umano come un fratello o una sorella e ricercare un’amicizia sociale che includa tutti non sono mere utopie. Esigono la decisione e la capacità di trovare i percorsi efficaci che ne assicurino la reale possibilità. Qualunque impegno in tale direzione diventa un esercizio alto della carità. Perché un individuo può aiutare una persona bisognosa, ma quando si unisce ad altri per dare vita a processi sociali di fraternità e di giustizia per tutti, entra nel ‘campo della più vasta carità, della carità politica’. Si tratta di progredire verso un ordine sociale e politico la cui anima sia la carità sociale”²⁴², e che abbia al suo centro la persona umana, con i suoi bisogni e le sue esigenze concrete, nel nome della dignità e del bene comune.

²³⁸Così M. D'AMICO, *Introduzione. Un nuovo modo di guardare al mondo della disabilità: la Costituzione inclusiva*, in M. D'AMICO - G. ARCONZO, *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, 2013, pp. 10-13.

²³⁹ Esigenza, questa, condivisibilmente avvertita da C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, specie pp. 196 ss.

²⁴⁰S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016.

²⁴¹ Cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, cit., p. 71.

²⁴²PAPA FRANCESCO, *Fratelli tutti. Sulla fraternità e l'amicizia sociale*, Venezia, pp. 173-174.