

## EMERGENZA SANITARIA ED ORDINAMENTO DEMOCRATICO: QUESTIONI DI METODO E DI VALORE

*Luca Buscema\**

\*\*\* 18 marzo 2020 \*\*\*

*Il sole incessante, le ore dedicate al sonno e alle vacanze, non invitavano più come prima alle feste dell'acqua e della carne; suonavano vuote, invece, nella città chiusa e silenziosa; avevano perduto il metallico splendore delle stagioni felici. Il sole della peste stingeva tutti i colori e fuggiva ogni gioia.*

(Albert Camus, *La peste*)

### *1. Emergenza sanitaria e crisi dello Stato di diritto: note introduttive*

*“Nel mondo ci sono state, in egual numero, pestilenze e guerre; e tuttavia pestilenze e guerre colgono gli uomini sempre impreparati”* (Albert Camus).

L'emergenza sanitaria che in questi giorni ha assunto le proporzioni di una vera e propria pandemia ha provocato, in uno con una drammatica esposizione a pericolo della vita di ciascuno, il repentino crollo di alcune certezze proprie di uno Stato democratico e della c.d. “società del benessere”.

Si è giunti ad affermare che la situazione di crisi inverteasi (ovviamente, non solamente a livello nazionale) sia quanto di più assimilabile ad un evento di natura bellica, poiché causa di “stringenti” limitazioni ai diritti fondamentali della persona e perché potenziale minaccia alla pace e sicurezza internazionali.

---

\* Abilitato a Professore di II° fascia – Area 12/C1 – Diritto Costituzionale. Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo (Ius 10) – Università degli Studi di Catania. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche – Curriculum: Rapporti interordinamentali e tutela dei diritti fondamentali (Ius 08) – Università degli Studi di Messina. Docente a contratto Università degli Studi di Messina. Mail: [lbuscema@unime.it](mailto:lbuscema@unime.it). Il contributo è stato accettato per la pubblicazione nell'ambito della call *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, su *BioLaw Journal* – Rivista di BioDritto..

Certamente, un'epidemia, specie se diffusa nell'ambito di territori già martoriati da guerre civili o da conflitti tra Stati sovrani, può contribuire a determinare l'insorgenza di nuovi fattori di instabilità interna ed a mettere a repentaglio il mantenimento di pacifiche relazioni internazionali.

In più, laddove precarie si dimostrino le tutele apprestate dall'ordinamento statale circa la consistenza ed effettività dei diritti umani, alle indicibili sofferenze causate dalla malattia si potrebbe accompagnare anche un ulteriore arretramento delle garanzie riconosciute in favore delle libertà civili.

Uno scenario che, però, pur essendo stato ravvisato in passato in occasione della propagazione dell'ebola all'interno del continente africano, non viene unanimemente accolto in dottrina.

Sembra, infatti, secondo una data corrente di pensiero, che risulti difficile identificare uno specifico legame intercorrente tra la diffusione di una malattia infettiva e possibili ripercussioni a livello di stabilità politico/istituzionale (De Waal A., *Reframing governance, security and conflict in the light of HIV/AIDS: a synthesis of findings from the AIDS, Security and Conflict Initiative*, in *Social Science & Medicine*, 2009, 114 ss.); in più, aderendo alla tesi della sovrapposibilità concettuale, quanto a conseguenze ed effetti, tra epidemie e stato di belligeranza, potrebbe presentarsi il pericolo di "delocalizzare" - rimettendo, quasi esclusivamente, alle organizzazioni internazionali gli oneri di gestione della crisi - la responsabilità delle misure di contrasto, in particolare laddove la patologia infettiva sia (solo) endemica (Elbe S., *Should HIV/AIDS Be Securitized? The Ethical Dilemmas of Linking HIV/AIDS and Security*, in *International Studies Quarterly*, 2006, 119 ss.).

In verità, quale che sia la propagazione territoriale del virus (confinato all'interno di una specifica e ben delimitata area geografica, ovvero largamente diffuso), il nemico invisibile da affrontare procura comunque una generalizzata sensazione di smarrimento, individuale e collettivo, ed impone di apprestare, con rapidità, misure di contenimento efficaci, capaci di neutralizzare ed allontanare la scure che, tristemente, si abbatte con ferocia sulla popolazione inerme.

Ciò, postula la ricerca di un difficile bilanciamento tra i diversi valori in gioco e richiede, innanzitutto, l'attivazione dei doveri (costituzionali) di solidarietà, contraltare indefettibile dei diritti inviolabili degli individui.

Le misure restrittive delle libertà fondamentali della persona, in siffatte occasioni tanto necessarie quanto improvvise, pongono, quindi, gli ordinamenti giuridici ispirati ai principi di

fondo del costituzionalismo moderno di fronte alla necessità di predisporre strumenti di prevenzione (di necessità assistiti da una componente sanzionatoria) che, garantendo un accettabile livello di sicurezza (sanitaria) della collettività, non pregiudichino, in ogni caso, in modo irrimediabile, il “nocciolo duro” dei valori consacrati all’interno delle Costituzioni democratiche.

## 2. Lo “*stato di eccezione*”, le libertà e la solidarietà nel corso di una pandemia

Il tema della liceità dell’introduzione, nel corso di uno stato di emergenza, di specifiche previsioni tese a consentire (circoscritte) deroghe al principio di intangibilità dei diritti fondamentali della persona sottintende, innanzitutto, il rispetto di limiti di carattere sostanziale e/o valoriale (oltre che di natura procedimentale e di competenza).

La loro salvaguardia viene affidata ora al controllo politico, proprio di un sistema di governo democratico, svolto dall’assemblea dei rappresentanti del popolo nei confronti dell’organo esecutivo, ora, più propriamente, al sindacato esercitato dai giudici (ordinari e/o costituzionali) in vista della garanzia della primazia del diritto rispetto al (non auspicato, ma pur sempre possibile) pericolo di deriva autoritaria suscettiva di tradursi nell’adozione di (arbitrarie ed “anticostituzionali”) misure restrittive delle libertà nel corso della crisi.

L’instaurazione di veri e propri “*stati di eccezione*” (ovvero di emergenza), situazioni in cui «*l’ordinamento giuridico è sospeso e continuamente infranto*» (Bonetti P., *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, 2006, 158), appare invero fortemente condizionata dalla natura e consistenza dei poteri conferiti agli organi preposti all’esercizio delle funzioni fondamentali dello Stato, in ossequio alle procedure formalmente previste all’interno delle diverse disposizioni costituzionali, in ragione della effettiva situazione di necessità concretamente inveratasi, cui corrisponde la precisazione degli argini entro i quali inscrivere la derogabilità e/o sospendibilità delle garanzie costituzionali poste a presidio dei diritti di libertà (Bonetti P., *op. cit.*, 153 ss.).

Così, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze (da un lato, la tutela dell’interesse collettivo e, dall’altro, la salvaguardia delle garanzie individuali), svolge un ruolo decisivo la valutazione condotta in merito alla necessità e proporzionalità delle misure adottate.

Di conseguenza, se insuperabili motivi di sicurezza collettiva possono giustificare l’impiego di provvedimenti restrittivi di singoli diritti e libertà, particolarmente grave deve essere il pericolo

per ammettere il ricorso alla facoltà di deroga che consenta di sospendere la garanzia anche di diritti per i quali, in tesi, venga postulata la loro intangibilità (Viarengo I., *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 955 ss.).

Rendere cedevoli le libertà fondamentali della persona a fronte di una situazione di emergenza implica, comunque, l'adozione di una "deliberazione" democratica capace di rinsaldare il legame tra la legittimità della decisione politica e la "condivisione sociale" della stessa, garantendo una maggiore effettività delle misure assunte.

Obiettivo che, come già rilevato, in seno ad uno Stato di diritto, invoca il riscontro di presupposti indefettibili giustificativi di una (ancorché momentanea) sospensione e/o deroga ai valori di libertà in quanto "*ciò risulti funzionale ad assicurare all'ordinamento la sua salvaguardia, nell'ossequio al principio del primum vivere*" (Carnevale P., *La Costituzione va alla guerra?*, 2013, 124).

In tal senso, "*anche nei periodi emergenziali primo strumento di difesa della democrazia e del costituzionalismo rispetto alla volontà delle maggioranze politiche del momento è la rigidità delle costituzioni*" (Bonetti *op. cit.*, 25).

Ne deriva che, a fronte della multiforme e cangiante natura ed intensità del pericolo da fronteggiare, necessità e proporzionalità della disciplina derogatoria costituiscono connotazioni assiologiche di decisioni politiche tese a circoscrivere, per quanto possibile, la discrezionalità degli organi del pubblico potere entro una cornice di legalità (costituzionale) che impedisca il tradimento dei valori sui quali si fonda un ordinamento democratico (Bonetti, 2006: 39 ss.).

In specie, vanno apprezzati, in ragione dell'intensità della compressione dei diritti fondamentali dell'individuo, i requisiti della necessità ed urgenza del provvedere, insieme ad una adeguata valutazione della durata dell'efficacia delle misure straordinarie disposte solo per il tempo ritenuto strettamente indispensabile al fine di superare la crisi ed, eventualmente, limitate esclusivamente ad una specifica area geografica laddove il pericolo sia radicato.

Qualora ci si debba confrontare con un'emergenza sanitaria, in particolare, detti elementi (anche di fatto) sono da stimare, ovviamente, non solamente alla luce di un giudizio eminentemente politico, bensì sulla scorta di riflessioni ancorate a saldi parametri tecnico/scientifici, correttamente veicolati e frutto di seria ed approfondita (non superficiale, giammai ideologica) ricerca epistemologica, suscettiva di tradursi in:

- a) un apprezzamento, sorretto dai caratteri dell'indipendenza e dell'autorevolezza degli studi ed approfondimenti condotti, della reale consistenza del pericolo;
- b) una valutazione del rischio, soppesando potenziali costi e benefici per la salute, individuale e collettiva, correlata all'applicazione, o meno, di misure di contenimento della crisi;
- c) una gestione del rischio che coniughi precauzione, proporzionalità, flessibilità ed efficacia degli strumenti di governo della situazione di emergenza.

Ciò, può condurre all'adozione di provvedimenti variamente restrittivi delle libertà dei singoli, ora promuovendo buone pratiche e comportamenti unicamente "raccomandati", ora introducendo prescrizioni obbligatorie, limiti sì stringenti ai diritti fondamentali, ma necessari per la tutela della pubblica incolumità.

In ogni caso, pur nella piena consapevolezza della drammaticità della situazione da affrontare, le "terapie" da apprestare, ancorché implicanti divieti e sofferenze, vanno sempre indirizzate nel senso di salvaguardare quanto più possibile l'intera collettività - con speciale cura riservata in favore delle fasce più deboli - e non chiederne il "martirio" in vista di un asserito ma non (scientificamente, oltre che eticamente e moralmente) dimostrato "bene comune".

Così, in nome della ricerca di una presunta "immunità di gregge", nel caso di repentina diffusione di virus patogeni, tradisce la più intima essenza del costituzionalismo moderno l'idea secondo la quale "ci si debba preparare a perdere i propri cari" senza che sia lo Stato-Istituzione, innanzitutto, a profondere ogni sforzo possibile nella direzione di supportare - e non abbandonare al proprio destino, perché asseritamente "utile" alla collettività - l'inerte popolazione.

Per tale via, si concretizza, di fatto, il fallimento dello Stato (sociale) di diritto e la negazione del principio secondo il quale solo una collettività politica coesa, avvinta dal medesimo *idem sentire* e capace di riscoprire il senso di appartenenza ad un'unica comunità proprio nel corso di una (ancorché drammatica) situazione di emergenza, possa conservare ancora la speranza di superare la crisi inveratasi.

Anche quando non si abbia "*nulla da offrire se non sangue, fatica, lacrime e sudore...di fronte a...molti mesi di lotta e sofferenza*" (Winston Churchill), il sacrificio cui il popolo è chiamato presuppone, infatti, non il ricorso a strategie di matrice darwiniana, bensì la (ri)affermazione, con maggiore forza, dei valori di solidarietà sintetizzabili nel motto "*No one left behind*".

Ciò, però, deve pragmaticamente confrontarsi con l'eventuale (ancorché non auspicata) inadeguatezza di un apparato amministrativo impreparato a gestire l'emergenza a causa di

penuria di dotazioni infrastrutturali, di beni mobili e di personale specializzato; scellerate politiche di contenimento della spesa possono condurre, in tali occasioni, a dover effettuare “scelte tragiche” che, com’è facile intuire, denotano, anch’esse, al pari della “deliberata resa” prima accennata, il tracollo dello Stato sociale rispetto al quale l’estemporanea crisi ne mette tristemente in luce l’inefficienza.

Quanto più diffusa all’interno dell’intero territorio nazionale sia l’esposizione al rischio (sanitario), poi, tanto più pressante appare l’esigenza di garantire uniformità del trattamento giuridico, introdotto “in deroga”, relativo alla consistenza delle libertà fondamentali dell’individuo.

Così, ambiguo e controproducente si dimostra il florilegio di provvedimenti *extra (rectius: contra) ordinem* adottati dalle autorità locali che, seppur animati dalle migliori intenzioni, incidono direttamente sull’efficacia di una strategia unitaria (ancorché sicuramente sempre criticabile e perfettibile) e possono rappresentare la fonte primaria di incertezza del diritto capace di aggravare ulteriormente le ormai (temporaneamente) compromesse libertà (personali, di circolazione, economiche) esposte già a restrizioni.

Ovviamente, va da sé che la (mera) coattività delle misure apprestate si appalesi largamente insufficiente a presidiarne la reale attitudine alla risoluzione della crisi inверatasi; nel corso di una situazione di emergenza, infatti, è solo il massimo, spontaneo adeguamento da parte dei consociati alle prescrizioni impartite dalla pubblica autorità a costituire il reale mezzo per il tramite del quale perseguire gli obiettivi prefissati, innanzitutto in vista della salvaguardia della pubblica incolumità.

In tal contesto, si osserva, l’effettività della norma emergenziale postula l’ottemperanza da parte di tutti e di ciascuno del dovere di solidarietà sociale che contribuisce ad arricchire di contenuti proprio i diritti di libertà momentaneamente compressi, ricordandosi che “*a volte fare del proprio meglio non è abbastanza; dobbiamo fare ciò che è necessario*” (Winston Churchill).

Già nel corso dei primi anni del XX° secolo appariva incontrovertito, in un assetto politico/costituzionale ispirato ai principi propri del costituzionalismo moderno, che “*the liberty secured by the Constitution...does not import an absolute right in each person to be at all times, and in all circumstances, wholly freed from restraint. There are manifold restraints to which every person is necessarily subject for the common good*” (Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 1905).

Del resto, i diritti fondamentali, “*come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averli conquistati una volta per sempre, ma occorre difenderli e custodirli quotidianamente rendendosene degni, avendo l’animo abbastanza forte per affrontare la lotta il giorno in cui fossero in pericolo*” (Jemolo C.A., *Che cos’è la Costituzione*, 2008, 63).

Ed allora, pur “*nell’ora più buia*”, “*arriva un momento speciale nella vita di tutti, un momento per il quale quella persona è nata. Quella speciale opportunità, quando egli la coglie, soddisferà la sua missione - una missione per la quale egli è singolarmente qualificato. In quel momento, egli trova la grandezza. È la sua ora più bella*” (Winston Churchill).

Sovente, nel corso dell’emergenza, i doveri di solidarietà assumono, per tale via, una connotazione diversa ed ulteriore rispetto alla “*mera*” osservanza di prescrizioni giuridicamente vincolanti e risposano all’interno di un bagaglio assiologico personale che qualifica l’adempimento del proprio dovere con fedeltà ed onore, davvero fulgido esempio di alte virtù civili e morali, fino all’estremo sacrificio.

Non può, però, certo essere dimenticato come sventurata sia la terra che ha bisogno di eroi (Bertolt Brecht).

Diviene, quindi, compito ineludibile dello Stato-ordinamento assumere su di sé la responsabilità di perseguire l’obiettivo di superare una situazione di crisi mettendo in campo tutte le risorse a disposizione, non risparmiandosi, ma attivando ogni possibile forma di collaborazione e di cooperazione solidaristica al fine di promuovere, coordinare e organizzare iniziative di soccorso e di aiuto.

### *3. La gestione della crisi (non solo) sanitaria all’interno di un ordinamento democratico*

L’insegnamento che può essere ritratto dallo stato di pandemia inveratosi in questi ultimi tempi va rinvenuto nella necessità di provvedere, una volta superata la fase critica, ad una rinnovata attenzione nei riguardi delle procedure di prevenzione, individuazione, gestione e contenimento delle emergenze (non necessariamente solo) sanitarie.

Ciò, in special modo, in riferimento ad (almeno) una duplice prospettiva: da un lato, una lungimirante pianificazione della spesa pubblica che sappia opportunamente valorizzare la primaria esigenza di garantire un sistema sanitario (socialmente, oltre che economicamente) sostenibile anche nel corso di una crisi; dall’altro lato, un modello generale di misure di contenimento dell’emergenza capace di coniugare, pur nella irrinunciabile “*flessibilità*” delle

previsioni, i diritti fondamentali della persona con il “bene comune”, si giuridicamente in ossequio ai criteri di proporzionalità e gerarchia dei valori, ma anche in un’ottica di “compartecipazione spontanea” della popolazione disposta a ben accettare limitazioni alla propria sfera di (intangibile) libertà pur di perseguire la “*salus rei publicae*”.

Un particolare strumento rivolto a tal fine potrebbe essere rappresentato dai c.d. “decreti cassetto”, ovvero provvedimenti governativi, aventi valore di legge, chiamati a disciplinare preventivamente eventuali emergenze e idonei ad esplicare concreta efficacia solo al presentarsi del pericolo previsto.

Si tratterebbe, cioè, di fonti di rango primario la cui efficacia sarebbe sottoposta alla condizione dell’accertamento, da parte del potere esecutivo, della sussistenza dei presupposti di fatto al ricorrere dei quali assumerebbero “*vigore giuridico erga omnes*” (Grasso P.G., *Guerra. II Disciplina costituzionale della guerra*, in *Enc. Giur.*, XV vol., Roma, 1989, 7), ferma restando, in seno ad una democrazia parlamentare, la indispensabile, successiva conversione in legge.

Sulla stessa scia, potrebbe collocarsi l’ipotesi di decreti con forza costituzionale, il cui fondamento dovrebbe essere ricercato non nell’art. 77 cost., bensì nello stato di necessità, ovvero in una vera e propria situazione di emergenza istituzionale.

L’effetto principale consisterebbe non nella deroga, bensì nella sospensione del precetto costituzionale fintantoché permanga lo stato di crisi.

Tale meccanismo sarebbe formalmente «illegale», ma «non antiggiuridico», in quanto legittimato da una fonte che prevale sulla legge, ovvero la necessità quale fonte-fatto (De Vergottini G., *Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell’emergenza*, in *Dir. e Soc.*, 1992, 241).

L’atto governativo *de quo* potrebbe essere qualificato, cioè, in termini di “atto anomalo di necessità” (Motzo G., *Assedio (stato di)*, in *Enc. Dir.*, III vol., 1958, 263), “*quodammodo ingabbiato nella struttura procedimentale prescritta per i decreti legge, a fini sostanzialmente di garanzia*” (Carnevale P., *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell’attualità*, in *Giur. Cost.*, 2002, 4524).

Nell’ambito di un siffatto quadro ricostruttivo, però, si avverte un vero e proprio conflitto tra valori costituzionali; emergono, infatti, da un lato, la rigidità della Costituzione del 1948 (di modo che la stessa possa essere oggetto di deroga e/o modifica solo in applicazione della procedura prevista dall’art. 138 cost.) e, dall’altro lato, “*il valore dell’identità e continuità dell’ordinamento nel tempo, valore che è prima e fuori ma anche, a un tempo, dentro l’ordine*”

costituzionale, in nome del quale si legittima la momentanea messa tra parentesi dell'art. 77 in combinato disposto con l'art. 138" (Ruggeri A., *Fonti, norme, criteri ordinatori*, 2005, 179).

Invero, rispetto ai meccanismi costituzionali di "reazione all'emergenza" sino a questo momento descritti, si potrebbe prospettare, in realtà, una soluzione connotata da un "minor impatto traumatico"; al di là dell'impiego ordinario della decretazione d'urgenza, sarebbe possibile immaginare il ricorso ad una "legge quadro", frutto di meditata riflessione parlamentare, ovviamente condotta non nel corso della crisi, che consenta di tracciare le coordinate assiologiche essenziali entro le quali inscrivere la ricerca del giusto temperamento tra sicurezza sanitaria e libertà civili.

Ciò, facendo leva su di una approfondita disamina delle evidenze (predittive) offerte dalla comunità scientifica che potrebbe orientare il Legislatore nella direzione della maturazione di un compiuta consapevolezza in merito all'entità dei rischi da affrontare ed alle conseguenti, necessarie misure di contenimento.

Presupposti scientifici, quindi (di per sé, oggettivi e "non democratici"), a supporto di processi decisionali (questi sì democratici in uno Stato di diritto), "tramite i quali le istituzioni pubbliche, sulla base delle accreditate acquisizioni scientifiche, devono operare i bilanciamenti fra i delicati interessi in gioco" (N. Vettori, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2018, 244).

Esemplificativo, pur nella diversità del sistema costituzionale di "pesi e contrappesi", è, in seno all'ordinamento statunitense, il "*Model State Emergency Health Powers Act*", documento redatto all'indomani dei tragici eventi dell'11 settembre 2001 dal Center for Law and the Public's Health at Georgetown and Johns Hopkins Universities, "archetipo di disciplina" posto all'attenzione dei singoli Stati allo scopo di consentire di modellare le proprie legislazioni per meglio e più efficacemente contrastare i pericoli derivanti dal bioterrorismo o da epidemie e/o pandemie (The Centers for Law and the Public's Health: A Collaborative at Johns Hopkins and Georgetown Universities - *The Model State Emergency Health Powers Act (MSEHPA)* in [www.publichealthlaw.net/ModelLaws/MSEHPA.php](http://www.publichealthlaw.net/ModelLaws/MSEHPA.php)).

Trattasi, in particolare, di un prototipo ideale di regolamentazione della crisi - da modulare, all'interno di uno Stato federale, sulla base delle peculiari esigenze territoriali - elaborato nella prospettiva della ricerca di un (fragile) equilibrio tra interessi pubblici e libertà fondamentali della persona mediante una puntualizzazione delle garanzie (sostanziali e procedurali) da rispettare onde non mortificare, pur durante una situazione di emergenza sanitaria, il "nocciolo

duro” dei diritti inviolabili dell’individuo. (L. O. Gostin, *The Model State Emergency Health Powers Act: Public Health and Civil Liberties in a Time of Terrorism*, in *Health Matrix*, 2003, 13, 15 ss.; J. G. Hodge, Jr., L. O. Gostin, *The Model State Emergency Health Powers Act - A Brief Commentary*, in <http://www.publichealthlaw.net/MSEHPA/Center%20MSEHPA%20Commentary.pdf>).

Per tale via, in verità, si apre la strada ad una nuova concezione dell’amministrazione dell’emergenza, in termini di prevenzione e precauzione, nell’ambito di una “società del rischio” resa edotta circa l’“ordinarietà” dell’esposizione a pericolo dovuta ad una sempre più massiccia “antropizzazione della natura”.

Ciò, postula la previsione e l’esercizio di inedite potestà (anche amministrative), non necessariamente predeterminate in assoluto, ma comunque orientate nella direzione di una progressiva, compiuta “costituzionalizzazione dell’emergenza”.

Permane intonsa, in ogni caso, quale indispensabile presupposto, una radicata coscienza collettiva che contribuisca a far confluire le forze dello Stato-Ordinamento in una condivisa direzione, in vista del superamento della crisi (improvvisamente) esplosa.

Si richiede, quindi, in primo luogo, una rivoluzione culturale, consapevoli del fatto che “*il successo non è mai definitivo, il fallimento non è mai fatale; è il coraggio di continuare che conta*” (Winston Churchill).