

COLLANA DI STUDI

2

STATO DI DIRITTO EMERGENZA TECNOLOGIA

a cura di

GIOVANNA DE MINICO

MASSIMO VILLONE

2020

CONSULTA ONLINE

Collana di studi di Consulta OnLine

2

Il Volume raccoglie gli atti del *Webinar* “Stato di diritto - Emergenza - Tecnologia”, tenutosi il 4 e 5 maggio 2020, organizzato dal Centro Europeo di Ricerca sui Media per la Società dell'Informazione-Ermes. Il Centro unisce i Dipartimenti di Giurisprudenza e di Ingegneria Elettrica e delle Tecnologie dell'Informazione dell'Università degli Studi di Napoli Federico II (www.ermes.unina.it).

Si ringrazia [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it) RIVISTA DI DIRITTO E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE (ISSN 1971-9892) per l'edizione del volume.

Si ringraziano altresì le dott.sse Maria Francesca De Tullio, Laura Grimaldi e Francesca Niola per il generoso contributo nella correzione delle bozze

Luglio 2020

ISBN: 978-88-945618-0-7

INDICE

Relazioni

GIOVANNA DE MINICO <i>Relazione introduttiva</i>	<u>3</u>
GIOVANNA DE MINICO <i>Costituzionalizziamo l'emergenza?</i>	<u>21</u>
ANDREA PATRONI GRIFFI <i>Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione</i>	<u>41</u>
MARIA CRISTINA GRISOLIA <i>Rapporti tra i poteri ed emergenza</i>	<u>51</u>
LARA TRUCCO <i>Uno sguardo d'insieme su democrazia e voto a distanza</i>	<u>60</u>
PAOLA BILANCIA <i>Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali</i>	
MARILISA D'AMICO <i>Emergenza sanitaria e i diritti dimenticati</i>	<u>82</u>
FEDERICO GUSTAVO PIZZETTI <i>Decisione politica ed expertise tecnico</i>	<u>110</u>
CARLO CASONATO <i>Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza</i>	<u>120</u>
ALFONSO VUOLO <i>Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia</i>	<u>129</u>

FULVIA ABBONDANTE <i>Emergenza sanitaria, stato di diritto e big data</i>	<u>140</u>
--	----------------------------

Interventi

MARIA FRANCESCA DE TULLIO <i>Solidarietà e Covid-19</i>	<u>153</u>
--	----------------------------

LAURA GRIMALDI <i>Progresso tecnico-scientifico alla prova dell'emergenza</i>	<u>163</u>
--	----------------------------

FRANCESCA NIOLA <i>Il paradigma della proporzionalità nel confronto tra obblighi vaccinali e l'app Immuni</i>	<u>171</u>
--	----------------------------

MARIA OREFICE <i>L'app Immuni: salute, privacy e trasparenza</i>	<u>177</u>
---	----------------------------

ALESSANDRO PICARONE <i>Coronavirus e principio di uguaglianza: problematiche e spunti</i>	<u>189</u>
--	----------------------------

ANTONIO RUGGERI <i>Stato di diritto, emergenza, tecnologia</i>	<u>196</u>
---	----------------------------

MASSIMO VILLONE <i>Conclusioni</i>	<u>213</u>
--	----------------------------

ELENCO DELLE AUTRICI E DEGLI AUTORI	<u>219</u>
-------------------------------------	----------------------------

Relazioni

Giovanna De Minico Relazione introduttiva

SOMMARIO: 1. Il discorso degli effetti sociali asimmetrici del Covid. – 2. Il ruolo del fattore tecnologico nella trilogia. – 3. L'accesso alla rete è divenuto un diritto sociale? – 4. Le reti di nuova generazione: un esempio di come orientare socialmente la tecnologia. – 5. Un modello sociale di reti di nuova generazione. – 6. La posizione del Governo sulla questione reti in tempo di virus. – 7. Come guidare gli algoritmi verso il *common good*? – 8. Conclusioni.

1. Il discorso degli effetti sociali asimmetrici del Covid

Rachman in un editoriale sul *Financial Times*¹ rifletteva sugli effetti del Covid: il virus aveva limitato i diritti fondamentali di tutti gli individui, ma a questa formale equiordinazione nella titolarità del sacrificio corrispondeva una sostanziale disuguaglianza nell'entità del pregiudizio subito.

Questa affermazione pone una domanda: quale ragione giustifica una regolazione caratterizzata da una così "vistosa asimmetria negli effetti sociali"?

Riteniamo che il decisore politico nel comparare², secondo la consueta tecnica del bilanciamento, il diritto alla salute pubblica, promosso a bene supremo, con gli altri diritti fondamentali antagonisti, degradati a figli di un Dio minore, abbia interpretato in chiave riduttiva l'art. 3, comma 1, della Cost. Infatti, ha accolto come criterio che orienta la comparazione tra i diritti³ la sola accezione della norma che impone di assegnare a situazioni uguali il medesimo trattamento, trascurando l'esistenza dell'altra regola speculare alla prima, secondo la quale situazioni differenti richiedono, ove possibile, una disciplina motivatamente diversa⁴.

Uniformare situazioni che andrebbero obiettivamente differenziate crea di per sé una disuguaglianza perché non riconosce alla diversità un'autonoma disciplina da situazioni non ragionevolmente equiordinabili alla prima⁵. Pertanto, aver ignorato la diversità dei punti di partenza ha comportato che il sacrificio, imposto a persone già fragili socialmente o economicamente, abbia pesato di più se confrontato con la medesima privazione sopportata da chi partiva da una condizione di iniziale benessere.

Qualche esempio renderà visivo quanto affermato. Si pensi ai bambini diversamente abili, rispetto ai quali i giorni di "domicilio coatto" sono stati vissuti quasi come una prigionia perché il divieto di allontanarsi da casa è stato insopportabile dato il loro stato

¹ G. RACHMAN, *Nationalism Is a Side-effect of Coronavirus*, in *Financial Times*, 23 March 2020.

² Il bilanciamento è stato il tema trattato o richiamato da molte delle relazioni svolte durante il *webinar*, ora raccolte in questo stesso volume. In particolare, si rinvia ai contributi di A. PATRONI GRIFFI e P. BILANCIA per gli opportuni approfondimenti.

³ Per tutti L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 75 e 169 ss., l'Autore assume l'art. 3 come "criterio generale della legislazione", collocando solo sullo sfondo la sua ulteriore destinazione nei confronti del potere amministrativo e giurisdizionale.

⁴ G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (cur.), *Giurisprudenza costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova, 1984, 91.

⁵ G. SORRENTI, "Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica". Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 441.

fisico o psichico. Anche chi ha perso il lavoro può rappresentare il banco di prova dell'iniquità regolativa: infatti, diversa è la condizione del lavoratore autonomo che ha potuto contare sui risparmi messi da parte da quella del dipendente monoreddito, privo invece di capacità di accumulo. Un recente rapporto Istat⁶ ci dice che il secondo lavoratore, esauriti i 2.500 euro risparmiati, non è riuscito a provvedere ai suoi bisogni primari a differenza dell'altro. Ebbene, le misure pubbliche di sostegno al reddito, pur nella varietà di forme e di titoli costitutivi - a partire dal Decreto cura Italia - hanno equiparato queste due condizioni lavorative, che invece andavano trattate secondo il criterio della ragionevole diversità di disciplina data obiettiva diversità dei bisogni e dei tempi della necessità.

Scarsa attenzione è stata riservata anche alla condizione di vulnerabilità delle donne: in particolare, per coloro che già vivevano situazioni di violenza domestica, aggravata dalla chiusura dei consultori, "restare a casa" è stata una condanna. Ebbene, questa particolare condizione femminile non ha ricevuto aiuti *ad hoc* dallo Stato, se non quando i limiti alla libertà personale sono stati allentati per tutti, e quindi anche per le donne. Rimanendo ancora sul terreno delle discriminazioni di genere, i dati ci dicono che la perdita del lavoro dovuta al Covid ha colpito prevalentemente le lavoratrici e che la ripresa in modalità *smart working* – che non agevola la progressione di carriera – ha interessato prioritariamente le donne⁷.

Quanto è accaduto era prevedibile in quanto i più fragili camminano lungo il filo sottile della sopravvivenza; per loro ogni evento che rompe l'ordinato corso delle cose può diventare un fattore insopportabile perché non hanno riserve di mezzi e di energie sufficienti per affrontare la straordinarietà. L'emergenza dunque non ha creato la disuguaglianza, la ha semplicemente resa acuta e fatta emergere con un'evidenza, prima d'ora sconosciuta.

La constatazione che il virus abbia messo a nudo privilegi e rendite di posizione pregressi⁸ non ha costituito però il presupposto necessario dell'attesa politica di rientro nella normalità; l'omessa consapevolezza, o peggio l'intenzionale non volontà di considerare i diversi punti di partenza, ha fatto fallire l'azione di *reductio in pristinum*, che non si poteva limitare a far ritornare le cose nella condizione in cui erano prima dell'emergenza, perché ciò avrebbe significato riproporre lo *status quo ante* delle iniziali disuguaglianze.

Tale politica si sarebbe dovuta compiere in azioni asimmetriche *in bonam partem*, cioè in prestazioni aggiuntive, disegnate su misura delle situazioni di fatto: da un lato, riservate a chi era rimasto indietro in modo da accelerare la sua effettiva partecipazione economico-politica; dall'altro, negate in compensazione a chi era già avanti nella corsa verso l'inclusione.

⁶ R. MONDUCCI, *Affare assegnato riguardante le ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro*, atto n. 453, Audizione dell'Istituto nazionale di statistica, 11^a Commissione "Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale" Senato della Repubblica, 28 maggio 2020 (v. nel sito dell'[ISTAT](#)). .

⁷ Per una ragionata casistica si veda il contributo di M. D'AMICO in questo stesso volume.

⁸ Sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO-M.F. DE TULLIO, *Unità, Uguaglianza e Genere*, in [italiadecide](#).

2. Il ruolo del fattore tecnologico nella trilogia

Quanto abbiamo detto è la premessa dell'abbinamento dei tre termini che il Convegno "Stato di diritto - Emergenza e Tecnologia" ha voluto mettere insieme.

La ragione dell'accostamento è nel fatto che gli effetti sociali asimmetrici provocati dallo stato di emergenza potrebbero essere compensati da una tecnologia orientata in direzione opposta a quella intrapresa dall'emergenza. Quindi, la tecnologia si potrebbe prestare come leva al servizio dell'articolo 3, comma 2, Cost., collocandosi in posizione ancillare rispetto al compimento della piena dimensione costituzionale della persona.

Allora chiediamoci se davvero il progresso tecnologico abbia alleviato persone e categorie ingiustamente sacrificate dagli effetti sbilanciati a loro danno. Certamente lo avrebbe potuto fare, se solo la tecnologia fosse stata anticipatamente indirizzata verso il *common good*, un'espressione anglosassone dal significato a ombrello, che riferita al nostro contesto ordinamentale rimanda all'ambizioso programma di *welfare* annunciato dal Costituente.

E sarà proprio il "bene comune" il criterio che sintetizza i valori oggettivi in base ai quali scegliere il modello regolatorio più appropriato alla tecnologia: da un lato, la *self-regulation*⁹, cioè le regole che i privati spontaneamente danno a sé stessi; sull'estremo opposto, l'eteronomia, cioè le regole imposte d'imperio dal decisore politico, con un ampio spazio intermedio occupato da modalità di disciplina che combinano in proporzioni variabili apporti pubblici con interventi privati.

Nella prima ipotesi, che si caratterizza per affidare la tecnologia alle forze naturali della domanda e dell'offerta – nel nostro sistema identificabili nei poteri economici forti¹⁰ – la disciplina autodettata finisce per giocare a vantaggio degli autori privati delle regole. Come ci ricorda una bella letteratura anglosassone¹¹: "They (cioè i gruppi privati di interesse) may claim that their objectives are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate". Ebbene, lo Stato non può scommettere solo sulla parte buona dell'individuo e sperare che essa si realizzi, ma deve prendere in considerazione l'ipotesi inversa: una normale e fisiologica tensione della persona a vivere riversata su se stessa e pertanto deve aiutarla a seguire la sua spinta verso la solidarietà.

A questo punto si pone una questione di metodo: come deve fare lo Stato per orientare lo sguardo dei cittadini verso obiettivi socialmente apprezzabili?

⁹ Ci sia consentito rinviare al nostro studio, *Regole. Comando e Consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, il cui cap. III è dedicato alla *self-regulation* con un'analisi della sua genesi, impieghi e legittimità costituzionale.

¹⁰ In tema già C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, 4, in cui furono accostati termini solo in apparenza contraddittori, autorità e privato. L'Autore mise a nudo la tirannia di questi soggetti privati, che, nel sostituirsi al legislatore, obbligavano i terzi a fare o dare qualcosa, pur privi della necessaria legittimazione politico-rappresentativa per farlo. La felice intuizione fu poi ripresa in chiave pubblicistica da un'interessante letteratura straniera, per tutti si vedano: W. STREECK-P.C. SCHMITTER, *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. STREECK-P.C. SCHMITTER (curr.), *Private interest government: beyond market and state*, Sage, Londra, 16.

¹¹ J. KAY-J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. MAJONE (cur.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, Londra-New York, 1990, 239 ss.

Una possibile risposta è nella seconda opzione regolatoria: l'eteronomia completata dall'autoregolazione. Qui le regole pubbliche dovranno prendere una doppia direzione¹². Da un lato, si potranno avvalere dei privati per integrare il discorso normativo, ma prima dovranno tratteggiarne la fisionomia, imponendo loro la democraticità interna; i sistemi elettivi di *governance*; le precauzioni contro i conflitti di interesse; la trasparenza dell'assetto endoassociativo. Questo disegno statico dei privati regolatori si rende necessario, considerato che dettano regole con efficacia anche verso colui che è rimasto terzo rispetto alla base associativa che si autodisciplina.

Dall'altro, la mano pubblica dovrebbe guidare in anticipo gli sviluppi della *self-regulation*. Precisamente, nel modello qui delineato l'autoregolazione sarebbe solo in parte affidata ai privati, mentre rimarrebbe nella disponibilità del soggetto pubblico il compito di assegnarle un obiettivo finale, unitamente a quello di dettare un contenuto già immediatamente conformativo dei rapporti da autodisciplinare. In una espressione, si ipotizza un'etero-regolazione capace di essere al tempo stesso norma di azione, quando si rivolge al privato-regolatore, ma anche norma di relazione, quando parla direttamente ai privati-regolati. Questa mescolanza, che non è caos indomabile, ma ricchezza di esperienze pubbliche e private, impone al decisore politico un ruolo indelegabile: architetto e responsabile ultimo dell'ordinamento giuridico, concepito, non come un sistema autopoieticamente chiuso, ma "poroso" alle voci dal basso, come Teubner¹³ vorrebbe.

Tutto ciò non è avvenuto, ma indichiamo i fatti alla base di questo giudizio.

L'indagine avrà a oggetto la Banda larga e quella iper-larga della quale in tempo di virus abbiamo avvertito la mancanza, o meglio la sua presenza singhiozzo.

3. L'accesso alla rete è divenuto un diritto sociale?

La nostra indagine sul diritto di accesso parte da un'affermazione: l'accesso come pretesa del cittadino a che lo Stato stenda sull'intero territorio nazionale la rete a banda larga e ultralarga in modo da consentire a chiunque di utilizzarla ovunque risieda e a un prezzo abbordabile. Il cittadino digitale conseguirà un vantaggio una volta che il soggetto pubblico avrà adempiuto alla sua prestazione: potrà telefonare tramite Internet, partecipare alle comunità virtuali o ricevere i servizi virtuali dall'amministrazione¹⁴.

¹² Sull'ampio tema dell'avvalimento da parte del soggetto pubblico dei privati come co-regolatori di secondo piano la dottrina di *common law* si era espressa da tempo, si vedano: P. BIRKINSHAW-I. HARDEN-N. LEWIS, *Government by moonlight: the hybrid parts of the State*, Londra, 1990, *passim*; poi ripresi da C. GRAHAM, *Self-regulation*, in G. RICHARDSON-H.G. GENN (curr.), *Administrative law and government action*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 190, dove gli autori definiscono la "self-regulation as the delegation of public policy tasks to private actors in an institutionalized form".

¹³ Tanti i contributi dello studioso, ma i lavori in cui affermò la sua idea di fondo possono essere indicati in: G. TEUBNER, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review*, 1983, 17, 2, 239 and Id. (cur.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, De Gruyter, European University Institute Series A-Law, 3, 1986.

¹⁴ OECD, *Convergence and next generation networks* (Rapporto reso in occasione del *Ministerial meeting on the future of the internet economy*, Seoul, Korea, 17 giugno 2008), al sito dell'[OECD](http://www.oecd.org), in part. 9: "as a packed network able to provide services including telecommunications services and able to make

E a questo punto dell'analisi abbiamo riproposto il nostro originario disegno dell'accesso¹⁵ coerente con la sua natura di "diritto sociale"¹⁶, cioè pretesa a che lo Stato faccia, si muova per rendere disponibile il *quid* rivendicato dall'individuo. In questo caso il dovere si adempie nell'assicurare una connessione di qualità e con velocità tecnicamente adeguata per poter usufruire dei servizi innovativi offerti dalla *e-society*.

Inizialmente poche voci¹⁷ sostenevano l'appartenenza dell'accesso al *genus* diritti sociali; oggi la dottrina reputa incontestabile questa inclusione, ma lascia ancora aperta la questione se le caratteristiche del diritto digitale lo isolino dal modello di riferimento oppure no. Ebbene, il diritto di accesso presenta attributi propri, inerenti principalmente, ma non solo, alla sua dimensione dinamica: non procura un'utilità identificabile in una specifica prestazione sociale, perché è strumento indispensabile per esercitare sul terreno digitale altre situazioni soggettive: libertà fondamentali e/o economiche¹⁸, modalità alternative di democrazia diretta¹⁹ e, infine, prestazioni di *e-*

use of multiple broadband, [...] in which service related functions are independent from underlying transport-related technologies".

¹⁵ L'iter logico-giuridico che percorremmo per arrivare ad acquisire l'accesso alla fattispecie "diritto sociale" è sviluppato in *Internet. Regola e Anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, cap. IV.

¹⁶ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 808.

¹⁷ Questa tesi fu da noi avanzata già in *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (cur.), *Dalla tecnica ai diritti. Il caso della banda larga*, Jovene, Napoli, 2010.

Fra le principali posizioni contrarie alla ricostruzione da noi proposta, si segnalano i lavori di: [P. PASSAGLIA, Diritto di accesso ad Internet e giustizia costituzionale. Una \(preliminare\) indagine comparata](#), in [Consulta OnLine, 2011](#) (11.III.11), 20; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, *Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia: Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 Giugno 2012, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2012; T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in M. PIETRANGELO (cur.), *Il diritto di accesso a internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, 23 ss.; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (cur.), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Passigli Editore, Firenze, 2013, 9 ss. e G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/ 2011.

La dottrina straniera, da tempo attenta al tema dei nuovi diritti connessi alle tecnologie, non esitò a riconoscere questo status all'accesso, si vedano in proposito: W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *Eur. L. Rev.*, vol. 33, 1/2008, 167-193; D.F. SPULBER-C.S. YOO, *Rethinking Broadband Internet Access*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 22, 2008, in [SSRN](#); nonché si consulti l'intero numero di *Info* - (con contributi di Berne, Falch, Feio, Forge, Goggin, Milne, Simmon e Timmers), vol. 19, 5-6/2008, curato da M. CAVE, che offre una lettura economicamente orientata. Per un'analisi comparata cfr.: D.R. REISS, *Agency Accountability Strategies After Liberalization: Universal Service in the United Kingdom, France, and Sweden*, in *Law & Policy*, vol. 31, 1/2009, 111-141.

Da ultimo, per una ricostruzione anche diacronica che testimonia il ricco dibattito in materia cfr.: T.E. FROSINI, [Il Costituzionalismo nella Società tecnologica](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 25 maggio 2020, 1 e G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21-bis al 34-bis*, in corso di pubblicazione.

Si veda infine il recente documento della CORTE DEI CONTI EUROPEA, *Broadband in the EU Member States: despite progress, not all the Europe 2020 targets will be met*, in [Astrid](#), a testimonianza della distanza tra l'affermare l'accesso come diritto e la sua concreta implementazione.

¹⁸ Il riferimento è a: *Internet. Regola e Anarchia*, cit., sopra.

¹⁹ A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, Giappichelli, 2008, in part. nel cap. II, l'Autrice aveva rivolto la sua attenzione al pluralismo dei diritti in rete; da ultimo, in merito al controverso rapporto di alternatività o cumulatività tra la democrazia digitale e democrazia rappresentativa si vedano le innovative riflessioni di: M.F. DE TULLIO, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, E.S., 2020, in part. il cap. IV.

administration, e-health o e-education, un tempo non recapitabili a domicilio e avvertite come indispensabili proprio in tempo di emergenza.

Se questo punto di fuga dell'accesso lo distanzia dai diritti sociali che lo avevano preceduto, di essi condivide però la funzione: aiutare l'individuo a realizzarsi nella sua dimensione politico-sociale, mettendogli a disposizione, non le cure mediche, il salario o l'abitazione, ma la rete con le sue crescenti potenzialità di inclusione e sviluppo della sua vocazione come *homo œconomicus e politicus*.

Questa lettura teleologica dell'accesso è la premessa concettuale per costruire la fattispecie del diritto di accesso in termini di condizione legale necessaria, ma non sufficiente come diremo in seguito, per moltiplicare i luoghi di esercizio delle libertà: quello *on-line* si affianca, senza sostituirsi, all'antico terreno della realtà materiale.

L'accesso nel suo essere un ponte virtuale tra il mondo analogico e quello digitale opera come una leva fisica che rende uguali chi uguale non era per le avverse condizioni di partenza, grazie alla sua capacità di rimuovere gli ostacoli materiali ed economici che impediscono alla persona²⁰ (art. 2 Cost.) di compiere la sua piena dimensione costituzionale, rimasta al momento ancora inattuata. In definitiva, la missione equilibratrice del diritto di accesso lo pone al servizio dell'uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.).

La giuridicità del dovere di realizzare la banda larga impone allo Stato di attivarsi per rendere la prestazione oggetto dell'accesso, ma la sua condotta debitoria si proietta all'indietro fino a includere una pre-prestazione, condizione preliminare del diritto in esame: l'obbligo di fornire a chiunque un'istruzione digitale, necessaria per esercitare in autonomia e con adeguata cognizione tecnica vecchi e nuovi diritti, resi possibili dal mutato contesto tecnologico. Dunque, l'analfabetismo digitale è di ostacolo all'esercizio dei diritti in rete, che soprattutto in tempo di virus hanno visto contrarsi i due piani di azione, quello *off-line* e quello *on-line*, nell'unico spazio possibile: il secondo. Ne è conseguito che i meno dotati tecnologicamente non hanno potuto fruire delle prestazioni di *e-learning o e-education* perché erogate loro solo nella modalità digitale, l'unica compatibile con il virus. Il *cultural digital divide*, da tempo noto alla cultura anglosassone²¹, è stato felicemente rinominato "distanziamento costituzionale"²², cioè

²⁰ In Assemblea Costituente (*Relazione alla Costituente*, I, 145 ss.) si avanzò un'interpretazione dell'uguaglianza sostanziale come fondamento assiologico dei diritti sociali. La dottrina che sviluppò questa intuizione è ricca di voci, tra le tante, almeno cfr.: F. PERGOLES, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali (collana quaderni della Costituzione)*, Giuffrè, Milano, 1953, 38; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1955, 72; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 319; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, 151 e M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padova, 1995, 101.

²¹ Sterminata la lettura sul tema, ricordiamo solo le voci che hanno rappresentato un'espressione di pensiero insuperabile, e, tra queste, indichiamo le più datate a testimonianza di quanto affermato sopra: D. R. REISS, *Agency Accountability Strategies After Liberalization: Universal Service in the United Kingdom, France, and Sweden*, in *Law & Policy*, vol. 31, 1/2009, 111-141; K. DESMET-R. WACZIARG, *The Cultural Divide*, London, Centre for Economic Policy Research, 2018, al [sito web del CEPR](#); J.J. OSEITUTU, *A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law*, in *Marquette Intellectual Property Law Review*, winter 15/2011, 1; W. SAUTER, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *Eur. L. Rev.*, vol. 33, 2/2008, 167-193.

²² Così A. RUGGERI, in questo stesso volume.

un divario incolmabile tra chi, dotato di rudimenti tecnologici, è in grado di giovare delle nuove libertà fondamentali, continuamente rinnovate nelle modalità dalla rete, e chi invece rimane inerte a guardare per la sua inadeguatezza tecnica. In punto di diritto la situazione non è distante da quella che viveva un'Italia, che agli inizi del novecento aveva ancora uomini e donne, il cui livello di istruzione li privava di fatto della concreta possibilità di votare o di esprimere consapevolmente il loro pensiero, pur conservandone un'inattiva titolarità formale.

Gli obblighi di educazione digitale e di diffusione della rete *super fast* sull'intero territorio²³ comportano che lo Stato si attivi subito per procurarsi le risorse necessarie al loro adempimento, evitando di nascondersi dietro l'esimente della riserva del possibile²⁴. Invero, dinanzi a un obbligo giuridico la scarsità delle risorse è solo una questione di fatto, che da un lato non può rendere facoltativa una condotta doverosa, dall'altro pretende che lo Stato articoli in modo selettivo i bisogni e quindi distribuisca le risorse disponibili in ragione delle preferenze costituzionali prima ordinate²⁵. In caso contrario, lo Stato finisce per confondere il fine (soddisfacimento dei diritti sociali) con il mezzo (l'efficienza economica) e in questo caotico scambio di ruoli tra le entità, sovverte l'originario vantaggio che la Costituzione ha riservato alle libertà fondamentali sui diritti economici in una prevalenza a parti invertite.

Altra cosa sarebbe invece se si graduasse questo obbligo, inizialmente generalizzato, in proporzione alle capacità di spesa di ciascuno in quanto in tempo di crisi all'etica dell'universalismo dei diritti sociali – come l'uguaglianza formale vorrebbe – sintetizzabile nel dovere di dare tutto a tutti, è subentrato il relativismo avaro nei beneficiari e nelle prestazioni, come l'uguaglianza sostanziale giustifica. Un agire questo, che richiama la funzione pareggiatrice del diritto sociale, che già la dottrina cattolica aveva ritenuto incompatibile con la dispersione *erga omnes* del beneficio²⁶, facendo leva sulla carità, capace di contrastare gli squilibri distributivi di un'economia inidonea a “produrre quella coesione sociale di cui pure ha bisogno per ben funzionare”.

Si ritiene, quindi, e lo diceva bene Luigi Ferrajoli²⁷ che lo Stato debba fare un passo avanti, si debba muovere dal suo immobilismo reazionario in direzione di coloro che hanno bisogno, non anche verso chi è già libero dalla necessità. Quindi, l'universalismo

²³ Nonostante gli obiettivi dell'Agenda digitale europea per lo sviluppo delle reti a banda ultralarga, l'Italia è ancora lontana dal raggiungere le cifre di copertura indicate dall'Unione: entro il 2020 dovrebbe essere assicurato l'accesso con velocità pari almeno 30 Mbit/s a tutta la popolazione; mentre una copertura al di sopra dei 100 Mbit/s andrebbe garantita a tutte le imprese e ad almeno metà delle famiglie. In antitesi a questo obiettivo il nostro tasso di penetrazione della banda larga su rete fissa rimane al di sotto della media europea, come dimostra l'indicatore DESI, elaborato dalla Commissione, che colloca l'Italia al diciannovesimo posto nella classifica dei 28 paesi: *The Digital Economy and Society Index*, consultabile sul [sito web della Commissione europea](#).

²⁴ A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Rivista AIC*, 14 luglio 2009, 31, per il quale “come per il Tribunale costituzionale federale tedesco [...], vale la ‘riserva del possibile’, nel senso cioè che l'erogazione delle prestazioni a carico dello Stato deve tener conto delle disponibilità del bilancio statale, ancorché col limite della salvaguardia del minimo essenziale alle esigenze di vita”.

²⁵ Si veda: L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2015, 151 ss.

²⁶ BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate. Lettera Enciclica*, Città del Vaticano, 2009, 43.

²⁷ L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1/1982, 44, pensiero ripreso nelle chiare pagine di *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018, *passim*.

relativo ben si combina con la capacità dell'accesso di spostare flussi di ricchezza dall'alto in basso, realizzando così quella finzione che pone sulla stessa linea persone partite da punti diversi, e iniziando il suo percorso costituzionalmente orientato verso l'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

4. Le reti di nuova generazione: un esempio di come orientare socialmente la tecnologia

La lettura teleologica dell'accesso ha un effetto conformativo sulla politica regolatoria delle reti di nuova generazione²⁸. Invero, all'accesso con dignità di diritto giuridicamente esigibile deve corrispondere un'attività diretta a creare e gestire le reti, attività questa, accostabile almeno nel regime giuridico al servizio universale o all'impresa di pubblica utilità. Quindi, forma giuridica a parte, si deve trattare di una condotta sottratta alla libera iniziativa privata, destinata alla ricerca del lucro e quindi propensa a sacrificare l'accesso veloce nei luoghi non adeguatamente remunerativi o a venderlo a un prezzo non *affordable* in quanto l'inclusione sociale e l'equiordinazione territoriale non costituiscono i suoi obiettivi aziendali, e ne potrebbero esserlo.

Ebbene, questa impostazione concettuale è stata finalmente acquisita alla cultura europea, che con il recente Codice europeo delle comunicazioni elettroniche ha incluso almeno la banda larga nel paniere del servizio universale²⁹. Tale paniere è stato ridefinito in un elenco minimo e dinamico di prestazioni erogabili *online*, pur presentando ancora l'antico vizio di essere determinato *ex post* in ragione del grado di diffusività della domanda.

Pertanto, non valutiamo appagante la definizione europea di servizio universale: se da un lato, essa acquisisce la banda larga – quella che ci fa dialogare, che ci fa stare sui *social network* – al paniere; dall'altro, lascia fuori dal *genus* proprio la *superfast broadband*, quella cioè necessaria ai cittadini per ricevere dall'amministrazione prestazioni di sanità, informazione e intrattenimento da casa, come invece alcuni Paesi di loro iniziativa da tempo fanno, e delle quali si è avvertita l'indispensabilità in tempo del Covid.

Questo ritardo del legislatore europeo, che rimane sempre un passo indietro rispetto al progresso tecnologico, è dipeso dall'aver adottato un criterio statico per selezionare le prestazioni del paniere. Risulta di facile constatazione che un bene, non sufficientemente diffuso *in rerum natura* – quale è appunto la connessione iperveloce a Internet – non possa essere richiesto dal consumatore che, ignorandone i vantaggi, non domanda ciò che non conosce. Quindi, l'attuale definizione di servizio universale è datata, vecchia, perché include nel paniere solo ciò che la maggioranza dei cittadini è abituata a chiedere; ma siccome la maggioranza dei cittadini non ha la *superfast*, non è

²⁸ Sempre attuale la definizione resa dall'[OECD](#), *supra* nota 14.

²⁹ Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in part. art. 84 "Servizio universale a prezzi accessibili". La norma va letta in combinato disposto con l'All. V, che elenca un insieme minimo di servizi che l'accesso adeguato a Internet a banda larga è in grado di supportare ai sensi dell'articolo 84, paragrafo 3.

propensa a farne richiesta. Si finisce per codificare una tecnica di creazione del diritto conservativa dello *status quo*, e quindi ostativa al progetto di uguaglianza sostanziale, che invece comporta innovazione, movimento per superare le rendite di posizione e riservare trattamenti differenziati ai cittadini in nome di un'effettiva uguaglianza nei diritti³⁰.

5. Un modello sociale di reti di nuova generazione

A questo punto sviluppiamo un ragionamento *a contrario*: ammettiamo che le reti di nuova generazione non siano servizio universale; quindi, l'impresa che le gestisce rimane un'azienda privata *tout court*, come tale assolutamente libera di adottare la condotta in grado di garantirle il massimo profitto e di realizzare l'architettura di rete più confacente alla sua politica aziendale. Ne consegue che gli altri operatori, i cd. OLO, spesso privi dell'infrastruttura fisica di rete, potranno accedere alle *next generation networks* solo alle condizioni poste da chi ha realizzato la rete.

Questa concezione dominicale della rete, compressa in se stessa ed egoisticamente gestita, impedisce il compiersi della funzione sociale dell'impresa, imposta dall'art. 41 Cost.; e alla illegittimità interna si aggiunge la sua dubbia compatibilità comunitaria per manifesta irragionevolezza con l'idea di base del Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, pur riconfermando la fede nell'economia di libero mercato (Protocollo 27), corregge gli eccessi di una visione esclusivamente lucrativa dell'attività d'impresa con la coesione sociale e il riequilibrio territoriale (art. 3, comma 3, TUE) e, infine, concretizza il concetto dell'economia sociale di mercato, riconoscendo all'impresa assegnataria di un servizio di pubblica utilità una posizione a se stante (art. 14 TFUE), separata da quella propria dell'azienda finalizzata al solo guadagno³¹.

Teniamoci sullo sfondo le aspirazioni sociali del Trattato di Lisbona, ben affermate ma timidamente attuate nei fatti, ed esaminiamo le politiche pubbliche adottate dai nostri Governi nazionali.

Nelle ultime elezioni i programmi dei principali partiti e movimenti politici italiani concordavano nel ritenere che l'implementazione dei servizi a banda larga e ultralarga potessero costituire la leva per la ripresa economica, nonché lo strumento di superamento delle originarie condizioni di asimmetria sociale e territoriale del Paese.

Anche nella precedente legislatura il Governo aveva annunciato nella "Strategia italiana per la banda ultra larga"³² iniziative pubbliche significative a sostegno della rete veloce, quest'ultima da concentrare principalmente nelle "aree bianche" (cioè quelle sottoposte a fallimento di mercato) in ottemperanza agli obiettivi fissati dall'Agenda Digitale Europea. Nel marzo 2018 col Piano di intervento nelle "aree grigie"³³ (cioè in

³⁰ Già in un nostro precedente lavoro, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, cit., 6-9, si suggeriva di sostituire il criterio quantitativo con quello dinamico-finalistico: l'inclusione nel paniere del servizio universale si dovrebbe concentrare sul bene ultimo procurato dalla prestazione di accesso piuttosto che sulla sua diffusività.

³¹ Tra i tanti, si veda: G.L. TOSATO, *L'impresa pubblica nel diritto europeo*, in V. CERULLI IRELLI-M. LIBERTINI (curr.), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, EGEEA, Milano, 2019, 31 ss.

³² Reperibile alla pertinente [pagina web del Ministero dello sviluppo economico](#).

³³ Sul punto si veda al sito di [Infratel Italia](#).

quei territori che sono in situazioni di monopolio) venivano promessi i servizi ultraveloci (cd. salto di qualità di 1 Giga) unitamente allo sviluppo parallelo della rete 5G. Mentre la fase operativa veniva affidata alla società Open Fiber SPA³⁴, incaricata di realizzare e poi gestire la rete nelle aree bianche presenti nelle principali regioni italiane.

Tale modello di costruzione della rete presenta però una criticità di fondo: un'eccessiva varietà delle soluzioni individuate con un inevitabile moltiplicarsi delle reti (dell'*ex incumbent*, di proprietà pubblica e degli altri operatori privati). Si è trattato di un *mix* di investimenti pubblici e privati, che non è riuscito a fare sintesi intorno al modello di una rete unica nazionale con evidenti sprechi di tempi e di costi; prova ne sia il parallelo muoversi dei principali operatori privati indipendentemente dal soggetto pubblico³⁵.

D'altro canto, la pluralità di reti non ha stimolato la concorrenza fra gli operatori, poiché è mancata la pluralità dell'offerta, rimasta immutata, in quanto basata sull'utilizzo delle diverse reti realizzate a livello *wholesale*. Senza contare che gli operatori più forti economicamente hanno preferito investire in autonomia nella costruzione della propria *essential facility*, in quanto questa scelta ha consentito loro di lucrare un ingiustificato vantaggio da fisiologico conflitto di interessi dovuto all'essere contemporaneamente presenti sia sul mercato *wholesale* che su quello *retail*.

A questa soluzione si oppone la previsione di un'unica infrastruttura di rete a capitale prevalentemente pubblico. Essa presenta il vantaggio³⁶ di scindere l'operatore, verticalmente integrato, in due soggetti economicamente e giuridicamente distinti: il gestore di rete, che in ragione delle sue origini pubbliche sarebbe tenuto a sopportare buona parte del peso economico dell'intera operazione infrastrutturale; e gli operatori privati operanti sul mercato a valle, legittimati ad accedere alla rete unica del primo in condizioni di parità economica e contrattuale. Va tenuto presente che il risultato dell'equivalenza negoziale tra operatori sarebbe naturalmente assicurato dal fatto che il titolare della rete, non avendo interesse nelle contrattazioni sul mercato a valle, considererebbe nello stesso modo la domanda di accesso dell'*incumbent* come quella del piccolo operatore, perché per lui tutti i richiedenti sarebbero al pari clienti nell'acquisto della capacità trasmissiva.

Anche questa proposta ha punti di debolezza: essa concentra l'intera platea degli operatori su quell'unica *next generation network* creata dal soggetto pubblico. Quindi, diversamente dalla soluzione precedente, essa non moltiplica le piattaforme, cioè il

³⁴ L'assetto azionario di Open Fiber è costituito da una partecipazione paritetica (50%) tra Enel S.p.A. e Cdp Equity S.p.A. (CDPE), società del Gruppo Cassa Depositi e Prestiti. Si occupa della realizzazione, gestione e manutenzione della rete in fibra ottica con la *tecnologia Fiber to the Home* (FTTH). In particolare, Open Fiber nasce da un progetto condiviso tra il Gruppo Enel e la Cassa Depositi e Prestiti, volto a realizzare l'infrastruttura lì dove attualmente passano i cavi per l'energia elettrica, evitando lunghe e costose operazioni di scavo, e ad affittare quest'ultima a livello *wholesale* a tutti gli operatori privati che ne facciano richiesta.

³⁵ Ad esempio, l'operatore Tim col Piano DigiTIM con l'impegno di investire, nel triennio 2018-2020, 9 miliardi di euro per lo sviluppo dell'*ultrabroad*.

³⁶ Sottolineammo questo vantaggio quando, almeno da noi, si era eretici a contestare un conflitto fisiologico di interessi nell'*ex* dominante Telecom, in quanto operatore verticalmente integrato, sia in numerosi articoli apparsi sul [Il Sole 24 Ore](#), sia in sedi scientifiche: *Tecnica e diritti*, cit., cap. I, e in *Internet. Regola e anarchia*, cit., cap. III.

mezzo tecnico, ma diversifica i soggetti economici operanti sul mercato a dettaglio, costretti ad avvalersi della medesima rete per prestare il servizio all'utente finale.

Il principale svantaggio di questa impostazione è di tipo economico perché imputa al soggetto pubblico gli insostenibili costi fissi di realizzazione dell'infrastruttura, lì dove il fatto che già esistano parti consistenti di rete in fibra, costruite dagli operatori privati, avrebbe consigliato il loro ragionevole utilizzo, salvo ulteriori azioni di completamento dove la mano privata per disutilità economiche era mancata. Né questa tesi è in grado di risolvere il problema della dominanza dell'*ex incumbent* che, disponendo già di una sua rete in fibra, avrebbe un interesse antagonista a quello dello Stato a trasmigrare sull'infrastruttura di quest'ultimo, il che incentiverebbe il perpetrarsi di comportamenti abusivi a danno degli altri operatori.

Da qui una terza opzione: un gestore misto di un'unica rete, da costruire con i conferimenti in natura, cioè con le parti di rete, dei consorti pubblici e privati.

Questa atipica impresa commerciale, sensibile agli interventi orientativi del legislatore, subirebbe una profonda deviazione dal modello privatistico, perché il perseguimento del fine lucrativo è ammesso nella misura in cui fosse compatibile con gli scopi sociali della promozione territoriale delle zone in *digital divide* e dell'*equal access* alla rete tra i fornitori di servizi. Le deroghe al diritto commerciale si giustificerebbero allora alla luce di queste finalità e l'impresa di diritto speciale riserverebbe poteri statici e dinamici allo Stato, anche lì dove fosse estraneo alla compagine societaria³⁷.

Vogliamo sottolineare che l'impostazione qui proposta presenta l'indubbio vantaggio di lasciare ai privati l'iniziativa economica anche nella realizzazione della rete, liberando lo Stato dai pesanti oneri, ma comporta che il soggetto pubblico imponga al gestore privato della rete almeno tre condizioni affinché sia assolta la vocazione sociale dell'*essential facility*.

In primo luogo, l'architettura delle reti non potrebbe essere definita dal titolare, perché deve essere neutrale in modo da consentire agli altri operatori il suo utilizzo compatibilmente con la propria rete, altrimenti l'accesso rimarrebbe sulla carta, perché di fatto subordinato alle condizioni unilateralmente imposte dal titolare.

In secondo luogo, va ricordata la *policy* regolatoria europea³⁸, che a partire dal 2010 ha preferito, lo ha detto in una Raccomandazione, la forma della società consortile per il gestore di rete, il cui patrimonio si compone degli apporti, in denaro o in natura, di tutti gli operatori. Ma diversamente dalla Raccomandazione, corretta nell'idea di base, non nelle sue implicazioni, nella nostra impostazione i soci che conferiscono gli apporti economici per creare la rete in comune devono essere equiordinati a colui che ha investito economicamente di più nella costruzione della rete. Ne consegue che quando si tratterà di andare a decidere la gestione della rete, il voto dei primi peserà di meno. Per queste ragioni da tempo riteniamo che il soggetto pubblico debba imporre, non solo obblighi di struttura, ma anche di comportamento, nel senso che i diritti amministrativi di coloro che gestiscono la rete dovrebbero essere equiordinati secondo un criterio *pro*

³⁷ Per un approfondimento delle questioni strutturali e funzionali della società di gestione sia consentito il rinvio alle pagine di *Internet. Regola e anarchia*, cit., 116-126, e più in generale all'intero cap. III.

³⁸ Commissione Europea, *Draft Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA) C(2010)*, giugno 2010, consultabile sul [sito web della Commissione europea](#).

capite, a differenza dei relativi introiti economici, che invece devono seguire la logica del capitale e quindi essere proporzionati al conferimento iniziale.

Solo a queste condizioni l'accesso degli operatori minori alla rete sarà assicurato quanto quello dell'*incumbent* perché i primi potranno sedere al tavolo delle trattative con gli stessi poteri amministrativi del dominante. In caso contrario, avremo arricchito lo scenario tecnologico, ma non avremo moltiplicato le occasioni di iniziativa economica degli altri imprenditori; e agli utenti del mercato a valle verranno offerti servizi formalmente differenti, perché imputabili a soggetti diversi, ma con le stesse caratteristiche, in quanto determinate dall'*incumbent* che ha disegnato solitariamente l'architettura di rete. Questa evenienza rimanda a una concezione dominicale della rete, oggetto di acquisizione proprietaria di chi la ha costruita, come se le antiche categorie concettuali dello *ius excludendi omnes alios* potessero essere trasferite automaticamente su Internet che è invece il terreno della condivisione.

La terza condizione prevede un'attiva vigilanza quanto all'obbedienza della società della rete alle condizioni di *governance* socialmente orientate; e tale controllo anticipato o postumo secondo l'occorrenza ben si potrebbe affidare alle Autorità nazionali di regolazione sulla base della loro supposta indipendenza genetica e funzionale dagli operatori forti, salvo un accertamento del possesso reale di questo requisito.

In conclusione, la nostra proposta richiede che il modello di società di gestione, alla quale ogni operatore di TLC conferisce la sua porzione di rete, sia conforme a precisi obblighi dettati dalla sua vocazione sociale: l'equiordinazione dei partecipanti nei diritti amministrativi, l'*equal access* degli stessi nei poteri gestori, ma l'asimmetria nel godimento dei diritti economici proporzionali col conferimento iniziale, e infine la subordinazione a un organismo di vigilanza pubblico e neutrale.

6. La posizione del Governo sulla questione reti in tempo di virus

Da tempo riteniamo che le reti costituiscano l'asset strategico di un Paese e il Covid ha dimostrato che questa affermazione è vera e la ha integrata con un'altra intuizione: la connessione ha contribuito a tenere in piedi il Paese, che altrimenti avrebbe rischiato la paralisi per impossibilità di erogare i servizi essenziali. Infatti, l'istruzione, la sanità e l'informazione, benché in misura variabile da Regione a Regione, sono stati comunque forniti, anche se in modalità digitale³⁹.

Da qui possiamo trarre un'importante lezione per l'avvenire: la creazione della rete non può strutturarsi in ragione della domanda di accesso e quindi venire dopo di essa perché, a differenza di altri beni e servizi, i fili della banda non possono essere distesi a richiesta. In sintesi, la rete non è *on demand* perché deve precedere le necessità, il che comporta che lo Stato non si faccia trovare impreparato, considerati i tempi tecnici e burocratici per realizzare la rete.

Vediamo se e in che modo il nostro Governo ha risposto in tempo di emergenza all'inattesa e accresciuta domanda di accesso veloce a Internet.

³⁹ A. FUGGETTA, *la trasformazione digitale: sfide e opportunità per l'economia italiana*, in Riv. Pol. Ec., 1/2020, 30.

Partiamo dal dato positivo: il d.l. 18/2020⁴⁰ prevede alcune disposizioni su reti e servizi di comunicazione elettronica per contenere gli effetti negativi dell'emergenza COVID-19 sul tessuto socioeconomico nazionale, quindi su famiglie e imprese. L'obiettivo ultimo è chiaro: garantire una connessione alla rete a tutti i cittadini indistintamente, quindi a prescindere dalle aree bianche o grigie ed evitando fenomeni di congestione che impediscono o rallentano l'utilizzo di servizi a valore aggiunto a distanza.

L'art. 82 del decreto dispone che "Le imprese [...] intraprendono misure e svolgono ogni utile iniziativa atta a potenziare le infrastrutture e a garantire il funzionamento delle reti e l'operatività e continuità dei servizi. 3. Le imprese [...] adottano tutte le misure necessarie per potenziare e garantire l'accesso ininterrotto ai servizi di emergenza 4. Le imprese [...] soddisfano qualsiasi richiesta ragionevole di miglioramento della capacità di rete e della qualità del servizio da parte degli utenti, dando priorità alle richieste provenienti dalle strutture e dai settori ritenuti 'prioritari' dall'unità di emergenza della PdC o dalle unità di crisi regionali".

Dalla lettura dell'articolo emerge una cosa chiaramente: l'impresa è la protagonista indiscussa e solitaria della costruzione o miglioramento dell'infrastruttura di rete, come dimostrano le numerose volte in cui il decreto assume l'impresa a soggetto di un'azione. Questa certezza è anche il segno della debolezza della misura, che – in contrasto con gli obiettivi indicati nel preambolo – rimette il potenziamento delle reti, non alla mano pubblica, come la qualificazione dell'accesso in termini di diritto sociale pur avrebbe richiesto, ma alla iniziativa economica privata, controllata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Ben diverso sarebbe stato il discorso se la norma avesse agito su più piani: a) incrementando il paniere del servizio universale con l'allargamento della nozione di servizi di banda larga e ultra larga, opzione questa, che aveva incontrato il favore della normativa europea; b) destinando fondi pubblici al finanziamento dell'attività di impresa privata, ipotesi espressamente scartata dalla norma in oggetto; c) nonché, spingendo verso l'accelerazione del Piano ultra larga, la cui realizzazione incontra ancora ostacoli nella burocrazia amministrativa, nelle iniziative regionali e nella difficoltà di coordinamento.

Un'ulteriore perplessità nasce dal fatto che la norma sia a tempo: possiamo dire che una volta terminata l'emergenza, la necessità di implementare reti e servizi di comunicazione elettronica venga meno?

Infine, ancora una considerazione di sistema, che interessa i poteri di un'autorità indipendente, l'Agcom, qui legittimata a "modificare o integrare" il quadro regolamentare vigente. Questa previsione pone un problema di ordine gerarchico fra le fonti. In altri termini, può un regolamento secondario dell'Autorità disporre in contrasto con fonti di grado primario, ancorché sia l'ordinamento ad autorizzarlo? Superfluo ricordare che la chiusura del sistema delle fonti a livello primarie pone forti dubbi di costituzionalità rispetto all'assetto delle fonti nei termini disegnati nel decreto in esame.

⁴⁰ Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

E, come diremo nel prosieguo⁴¹, l'emergenza non può derogare al sistema delle fonti al punto da attenuarne il principio fondante della gerarchia.

Nessuna norma specifica, invece, è contenuta nel decreto per quanto riguarda i fenomeni di congestione relativi allo specifico caso di tecnologie impiegate per erogare servizi pubblici, quali l'*e-learning*. In quest'ultimo caso lo Stato ha sì destinato appositi fondi pubblici⁴², ma non ha posto norme cogenti per individuare le modalità di didattica a distanza, lasciate alla libera iniziativa dei dirigenti scolastici e degli insegnanti. Insomma, la modalità di insegnamento "sincrona", con la quale si prevede un rapporto contestuale tra docente e discente, ancorché a distanza, volto al confronto reciproco e al coordinamento delle attività da svolgersi a casa, non è un obbligo, ma una iniziativa rimessa agli istituti e agli insegnanti più virtuosi e "alfabetizzati" in senso digitale.

In conclusione, se la tecnologia è al supporto dei cittadini nel momento dell'emergenza, la mano pubblica ha affidato la stessa ai comportamenti virtuosi dei privati. Quindi, l'obiettivo del decreto poggia su basi inidonee ad assicurarne l'effettivo conseguimento.

7. Come guidare gli algoritmi verso il common good?

L'algoritmo⁴³ è un terreno appropriato per verificare quale delle due opzioni

⁴¹ Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in questo stesso volume.

⁴² Art. 120 (*Piattaforme per la didattica a distanza*), del citato decreto legge.

⁴³ Consapevoli dell'impossibilità di sintetizzare in una nota la vasta letteratura in materia, ricordiamo solo le voci più significative: immancabile l'opera di V. MAYER SCHONBERGER-K. CUKIER, *Big Data*, Hartcourt Publishing Company, Boston, 2013; quindi, D.K. CITRON, *Technological Due Process*, in *Wash. U. L. Rev.*, vol. 85, 6/2008, 1249; D.K. CITRON-F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Wash. L. Rev.*, vol. 89, 2014, 1 ss.; K. CRAWFORD-J. SCHULTZ, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *B.C. L. Rev.*, vol. 55, 2014, 93 ss.; L.A. BYGRAVE, *Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling*, *Computer L. & Security Rep.*, vol. 17, 1/2001; M. ANANNY-K. CRAWFORD, *Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and its Application to Algorithmic Accountability*, in *New Media & Soc.*, 1/2016; D.R. DESAI-J.A. KROLL, *Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in *Harv. J.L. & Tech.*, vol. 31, 2017, 1 ss.; M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in J. BUS-M. CROMPTON-M. HILDEBRANDT (CURR.), *Digital Enlightenment Yearbook*, IOS Press, Amsterdam, 2012, 41 ss.; N. M. RICHARDS- J.H. KING, *Big Data Ethics*, in *Wake Forest L. Rev.*, vol. 49, 2014, 393 ss.; J.A. KROLL-J. HUEY-S. BAROCAS-E.W. FELTEN-J.R. REIDENBERG-D.G. ROBINSON-H. YU, *Accountable Algorithms*, in *U. Pa. L. Rev.*, vol. 165, 3/2017, 633 ss.; P. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination* in *U. Pa. L. Rev. Online*, vol. 166, 2017, 189 ss.; W. NICHOLSON PRICE II, *Regulating Black Box Medicine*, in *Mich. L. Rev.*, vol. 116, 2017, 421 ss.; P. SCHWARTZ, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, in *Hastings L.J.*, vol. 43, 1992, 1321 ss.

Nella dottrina italiana cfr.: S. GAETANO, *La decisione amministrativa tra vincolatezza, discrezionalità ed intelligenza artificiale: la prospettiva per la pubblica amministrazione di una responsabilità da «algoritmo»*, in *Riv. elettronica dir. econ. Management*, 2/2018, 44; A.I. NICOTRA-V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Il Foro Amministrativo*, 2018, 1598; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, E.S., Napoli, 2019; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *Giustizia Amministrativa*, 2020; L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, 65; M. BASSINI-G. DE GREGORIO-M. MACCHIA-A. PAJNO, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il*

regolatorie, la *self-regulation* o la disciplina cogente pubblica, sia la più adatta e la *well tailored* all'obiettivo dell'equità sociale, che è il punto di fuga di queste riflessioni.

Solo qualche parola per illustrare cosa è un algoritmo. È uno strumento utilizzato per prevedere gli sviluppi futuri dei comportamenti umani e ha come carburante la raccolta continua e massiva dei dati, i Big data⁴⁴. Noi disseminiamo inconsapevolmente i nostri dati durante le negoziazioni in Internet, nell'interrogare i motori di ricerca o partecipando a riunioni virtuali in rete. Pertanto, gli algoritmi lavorano su quantità crescenti di dati grezzi che interpretano secondo la loro logica specifica al fine di anticipare in base a valutazioni predittive condotte che potrebbero verificarsi.

Stante i più comuni settori di impiego degli algoritmi⁴⁵, a questi spetta di decidere se autorizzare un mutuo, di quantificare il prezzo del premio assicurativo o di orientare gli atteggiamenti di acquisto dei consumatori.

L'Unione Europea ha affrontato questo tema nel Regolamento UE 2016/679⁴⁶ privilegiando un'ottica *ratione personae*. Considerata la prospettiva centrata sull'individuo, il GDPR ha articolato un primo catalogo di diritti individuali negli artt. 12, 13 e 22, incrementabile dagli Stati, ma non riducibile.

In estrema sintesi il Regolamento neutralizza il pericolo del dominio incontrollato della macchina sull'uomo prevedendo il diritto di opporsi a una decisione "basata esclusivamente su un trattamento automatizzato"; contesta le decisioni adottate all'insaputa del destinatario riconoscendogli il diritto a essere immediatamente informato sull'esistenza di un processo automatizzato; marginalizza gli algoritmi oscuri con la pretesa a una motivazione ragionata⁴⁷ e chiara in merito alla logica utilizzata, all'importanza e alle conseguenze del trattamento previsionale e oppone agli algoritmi *biased* e discriminatori (nei punti di partenza o negli esiti) il diritto di contestarli nel corso

giurista, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2019, 205; I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 643; D.U. GALETTA-J.C. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0.? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in [Federalismi.it](#), 2019, 60; B. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Nuove forme adattative tra settori e sistemi*, Edizioni ETS, Pisa, 2018; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1/2019, 63 ss.; M. BASSINI-L. LIGUORI-O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (cur.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, 2019, 199-236; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in [Rivista AIC](#), 1/2020.

⁴⁴ Ci sia consentito per una lettura dell'effetto corrosivo dei Big data sulle categorie giuridiche il rinvio al nostro contributo, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 98 e ss. Per lo stretto intreccio tra i Big data, pandemia e uguaglianza si rinvia invece alle riflessioni di F. ABBONDANTE in questo stesso volume.

⁴⁵ G. MALGIERI-G. COMANDÈ, *Why a right to legibility of automated decision-making exists in the general data protection regulation*, in *Inter. Data Priv. L.*, vol. 7, 4/2017, 243-244.

⁴⁶ Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, in *eur-lex.europa.eu*. Da ora: GDPR.

⁴⁷ Contestano questo diritto, perché relegato solo nel Cons. 71, diversamente dagli altri tipizzati in disposizioni *ad hoc*: S. WACHTE-B. MITTELSTADT-L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int'l Data Privacy L.*, vol. 7, 2/2017, 76.

del procedimento e poi dinanzi a un giudice per eccesso di potere, vizio che qui si palesa nelle figure sintomatiche dell'errore manifesto, dell'illogicità tra i presupposti e le conclusioni, ma altresì nell'irragionevolezza intrinseca dell'algoritmo stesso.

Quindi, il fatto che sia stata adottata una disciplina vincolante è un punto a favore della tesi regolatoria perché il legislatore europeo ha presentato un elenco di diritti che possono essere attivati dall'interessato, invece che affidare il problema all'incontrollata autoregolazione degli organismi privati, che avrebbero potuto non riconoscere le posizioni giuridiche soggettive o accordare loro standard di tutela più bassi.

Ma il vero problema degli algoritmi, che il Regolamento trascura, attiene al metodo in base al quale questa macchina intelligente astrae dalle masse di dati le valutazioni previsionali sulla condotta umana.

La domanda è: chi orienta l'algoritmo? Se a orientarlo è la mente dell'uomo, in base a quale criterio lo indirizza verso un fine piuttosto che verso un altro? E, ancora, quale è il bagaglio valoriale che la macchina osserva?

La risposta potrebbe essere facile: l'uomo deve orientare l'algoritmo verso finalità buone, l'uguaglianza formale, il rispetto della dignità, la difesa delle libertà fondamentali.

Questa eterodeterminazione dei fini vorrebbe evitare in anticipo che le macchine intelligenti arrivino a esiti previsionali contrastanti con il senso dell'umano: gli algoritmi usati nelle indagini di polizia o nelle valutazioni di recidiva degli indagati, se partono da elementi discriminatori non potranno che arrivare a esiti discriminatori. Ciò accade quando l'algoritmo si basa su quanto di regola accade, perpetuando per l'avvenire la stessa dinamica del passato. Ne consegue che chi si è reso colpevole di un certo delitto è valutato come potenziale criminale anche per il futuro⁴⁸. In questo modo non c'è speranza per gli uomini e per le donne che hanno sbagliato. Non si dà loro un'occasione di riscatto o di redenzione: la storia è ritenuta immobile.

Vico sembrerebbe un rivoluzionario perché i suoi corsi e ricorsi erano meno ripetitivi delle prognosi previsionali degli algoritmi americani, abusati nei processi⁴⁹ e tanto contestati da qualche Corte Suprema⁵⁰ per aver rovesciato la presunzione di innocenza in quella di una relativa colpevolezza basata sull'*id quod plerumque accidit*. Gli algoritmi, entrati nelle aule di giustizia, hanno funzionato come insidiose prove della pericolosità e della colpevolezza, perché hanno assegnato queste etichette sulla base del credo indimostrato che chi ha sbagliato continuerà a sbagliare.

Né conforta dire che il giudice si potrebbe non attenere all'algoritmo, assumendolo come un qualsiasi altro fattore del processo, perché di fatto una volta entrato l'algoritmo nel processo, esso vanta quella "patina of fairness"⁵¹, che esercita un'influenza decisiva

⁴⁸ M. HAMILTON, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *Am. Cr. L. Rev.*, vol. 56, 4/2019, 1557.

⁴⁹ Il riferimento è alla decisione sul caso *Loomis*, diventata nella cultura americana l'emblema di come un algoritmo non debba funzionare nel processo: *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016.

Mentre per le puntuali e argomentate critiche si rinvia allo studio di: L. ANGWIN-J. LARSON-S. MATTU-L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in [Propublica](#), 23 maggio 2016.

⁵⁰ *Ewert v. Canada*, 2018 S.C.R. 30, para. 66 (S.C.C. June 13, 2018).

⁵¹ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge and London, Harvard University Press, 2015, 15.

sulla convinzione del giudice. Per non seguirlo, il giudice dovrebbe fare affidamento su prove contrarie supportate da un'autorità scientifica almeno pari a quella che l'algoritmo pretende di avere. Quanto detto ci induce a tracciare un parallelo tra due forme di cattura: quella dei giudici ad opera degli algoritmi e quella delle Autorità Indipendenti per mano dei regolati.

Il sistema giuridico europeo sta invece iniziando a chiedere che gli algoritmi siano validati prima di essere assunti a base di procedure volitive, giudiziali e amministrative⁵²; e solo a queste condizioni il diritto europeo accetta che l'algoritmo possa determinare il contenuto dell'atto pubblico. Con la conseguenza che quest'ultimo perde il connotato volontaristico perché lo spazio per la ragione umana che valuta, soppesa, compara le soluzioni per scegliere la più adatta al caso è assorbito dalla ragione meccanicistica. La volontà algoritmica offre una sola soluzione, obiettiva e immune da errori, a differenza del giudizio umano.

Completa questa correzione *ex ante* la partecipazione del destinatario al procedimento algoritmico, il quale interloquisce con la macchina, chiede di conoscere i suoi elementi, il loro peso e la logica complessiva di funzionamento; in un'espressione pretende di ricevere la motivazione, cioè le ragioni per cui la macchina ha dato quel risultato. Infine, il cerchio si chiude con la possibilità di sindacare l'algoritmo dinanzi a un giudice, al quale la segretezza del codice sorgente non è più opponibile, almeno per una certa cultura giuridica europea. Pertanto, il giudice, per mano di un tecnico, potrà ripercorrere il medesimo iter logico dell'algoritmo ma a ritroso: partirà dalla fine per arrivare ai suoi blocchi di partenza. Se tutto torna, l'algoritmo avrà superato anche la prova del nove, diversamente lo annullerà e prescriverà indicazioni cogenti all'amministrazione per disegnare in ottemperanza un algoritmo immune da errori, ma questo punto varia in ragione dei diversi sistemi di giustizia.

Allora possiamo fare sonni tranquilli? Tra l'etica che guida, il cittadino che interloquisce con la macchina e il giudice che apre la scatola nera, questo algoritmo è diventato più trasparente del potere pubblico, quello riferibile al funzionario seduto dietro una scrivania, sempre riluttante a essere spiato dai cittadini che sbirciano attraverso i muri opachi del potere autoritativo.

Ci sembra invece che il ragionamento qui ricordato sia viziato da un peccato originale: di quale etica stiamo parlando? Esiste forse un'etica assoluta e onnicomprensiva che riesca a disegnare un parametro valoriale che vada bene per tutti gli uomini e le donne?

A noi sembra che ciò che è etico per la cultura occidentale possa essere illecito per quella orientale e serenamente affermerei il contrario. Così mentre per noi il cittadino deve potere conoscere le ragioni dell'agire autoritario, anche se preceduto da un algoritmo, per la cultura cinese questo diritto non è fonte di felicità per l'uomo e quindi il potere si mostra a lui tecnocratico e imperscrutabile. Stessa sorte spetta alla nostra irrinunciabile riservatezza, valore che invece il popolo coreano baratta con disinvoltura contro una prestazione di sicurezza pubblica.

⁵² Un'ampia casistica europea e americana è esaminata da V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (cur.), *Intelligenza artificiale il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 554-556.

Allora, supporre l'esistenza di un patrimonio universale è come affermare la supremazia della nostra cultura sulle altre. Ma se non vogliamo la riedizione tecnologica delle crociate, non possiamo trattare le cose nuove con i vecchi arnesi del diritto.

Forse l'algoritmo deve tener conto delle diversità.

Penseremo piuttosto a un algoritmo disegnato non su un'unica etica, ma su variabili sensibili all'ambito sociale di riferimento: una "biodiversità algoritmica". Certo esiste il principio che cose uguali meritano lo stesso trattamento, ma anche che cose diverse debbono essere disciplinate in modo diverso, altrimenti commetteremmo grandi discriminazioni per la passione di omologare ciò che andava mantenuto distinto. Questo significa che i modelli valoriali degli algoritmi vanno disegnati in ragione delle diverse architetture istituzionali di riferimento, sensibili alle specificità ideologiche di base e con esiti mutevoli a seconda del territorio.

L'algoritmo è diversità, la diversità è allergica all'uniformità, e la difformità è la premessa al cambiamento⁵³.

8. Conclusioni

Abbiamo affermato le seguenti cose: l'accesso alla banda super veloce come diritto sociale a cogenza effettiva; il disegno delle reti di nuova generazione secondo il modello del servizio universale; l'affidamento a un soggetto pubblico della sola titolarità della rete, con la più ampia concorrenza degli operatori privati nella prestazione del servizio all'utente finale e, infine, un'idea di algoritmi intelligenti scrutinabili dagli uomini, apribili dai giudici e orientabili *ex ante* in base alle diversità culturali dei popoli.

Abbiamo anche osservato una politica emergenziale sulle reti in bilico tra un nostalgico liberalismo – nell'affidare la realizzazione delle reti veloci alla buona volontà degli operatori privati – e una timida ripresa della vocazione sociale dello Stato, nell'esaltare l'accesso come diritto sociale, salvo poi negarlo quando lo priva di prescrittività giuridica⁵⁴. A questa condotta ondivaga si aggiunge un'ulteriore indecisione, che attraversa ogni settore del sapere e della politica: abbandonare la tecnologia nelle mani dei privati forti che la piegheranno ai progetti individuali, presumibilmente egoistici con sacrificio della libertà e dell'uguaglianza sostanziale; o riappropriarsene perché l'innovazione digitale è la nuova e vera leva per spostare flussi di ricchezze dall'alto in basso?

Abbiamo dimostrato che la tecnica anarchica attuerebbe alla rovescia l'art. 3, comma 2, Cost.: la distanza tra l'incluso e l'emarginato si dilaterrebbe, invece che asciugarsi per equiordinarli; i ricchi vedrebbero crescere il loro benessere, invece che subirne una riduzione per compensare di chi ha ricevuto meno; e l'*incumbent* sarebbe rafforzato

⁵³ Sia consentito per un approfondimento delle idee in questa sede solo accennate il rinvio a: G. DE MINICO, [Internet. Rules and Anarchy. The test of algorithms](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 28 Aprile 2020, e in corso di pubblicazione in A. D'ALOIA-J. YOO-E. RAFFIOTTA, per la Berkeley Law School Press.

⁵⁴ Il riferimento è alla [Conferenza Stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte, n. 39 del 6 aprile 2020](#), in cui il Presidente del consiglio ha affermato che "[...] la possibilità di collegarsi ad Internet dovrebbe essere ormai un diritto costituzionalmente tutelato".

nella sua dominanza, accresciuta dalle nuove potenzialità digitali, invece che ridimensionata a favore di un'effettiva competizione.

L'emergenza ha messo a nudo le profonde lacerazioni della nostra società e ora che è tempo di rientrare nello *status quo ante*, il ripristino della situazione pregressa è una soluzione insoddisfacente: chi già viveva una condizione di esclusione e di disagio, che l'emergenza ha solo aggravato, pretende di superarla e di essere messo alla pari con chi era inizialmente favorito.

Allora, dovremmo orientarci verso una normalità atipica: cioè verso una situazione diversa da quella iniziale. Dovremmo provare a uscire dall'immobilismo di una società chiusa in caste sociali, riserve di genere, dominanze consolidate, nei cui steccati ognuno tiene ben stretta la sua dotazione originaria che rappresenta una fortuna incontestabile. Dovremmo preparare un futuro per noi e per i nostri figli, che non sia la ripetizione di un copione già recitato, perché quel film rimanda a un modello economico e sociale ancora profondamente patriarcale, basato su rendite di posizione, su presunzioni di colpevolezza dovute alle razze, e soprattutto eccessivamente fermo nel tempo. L'emergenza, come avviene per le vite dei singoli, deve essere un'occasione di crescita anche per lo Stato inteso come apparato. E la crescita, in un'interpretazione costituzionalmente orientata, può significare soltanto una cosa: rimozione degli ostacoli.

Oggi il Governo sta chiedendo solidarietà all'Unione Europea, perché l'uscita dall'emergenza non lasci indietro territori e comunità. Nel tempo del *lockdown* lo stesso Governo ha chiesto solidarietà ai cittadini. Ora è tempo che Noi cittadini chiediamo qualcosa allo Stato.

Attuare questa equazione: solidarietà come uguaglianza, uguaglianza come cambiamento.

Chiudiamo con un desiderio: che il rientro nella legalità sia atipico come lo è stata l'intera emergenza, e sia guidato dalla solidarietà. Quella di avviare le azioni asimmetriche in *bonam partem* verso chi ha bisogno, ma anche quella di acquisire alla disciplina pubblicistica i servizi, le attività e le regole per rendere visibili, non più solo immaginabili, i diritti sociali.

Giovanna De Minico
Costituzionalizziamo l'emergenza?¹

ABSTRACT: The Author reflects on whether and how to draw an emergency clause to be introduced into the constitutional text via art. 138. An emergency clause, neither indispensable nor useless, but appropriate to clarify uncertainties of interpretation, making use of the principles already inherent in the constitutional fabric.

This paper raises some issues: the identity of the Authority entitled to declare the emergency; the type of powers and the limits to the exceptional rules. Among the latter, particular importance is given to the essential core of the rights, unless we understand whether to define them once and for all and in absolute terms or per relationem to the antagonistic right and through the case law of the Constitutional Court.

The work offers a two-track view: on the one hand the hypothetical model of the emergency clause, on the other the concrete management of the Covid-19 pandemic. It remains to be hoped that, if this clause should ever be written, prudence and caution will be required in order to remain within the guidelines of the balance of power and the intangibility of the constitutional identity of the State. Otherwise, in order to avoid the current danger of emergency anarchy, a deep laceration of the Constitution would be caused through a lawful way. Which of the two damages would be the worst?

SOMMARIO: 1. Quadro di riferimento. – 2. Inquadramento della funzione emergenziale. – 3. Apertura dell'emergenza. – 4. Gestione. – 4.1. La sorte del nocciolo duro dei diritti. – 5. Chiusura. – 6. Conclusioni.

1. Quadro di riferimento

In questo lavoro rifletteremo su due temi: la natura di una clausola emergenziale (eventualmente) da introdurre in Costituzione e il disegno del soggetto e dell'oggetto che la comporrebbero.

La clausola deve prevedere almeno il presupposto di fatto e la disciplina giuridica applicabile al suo avveramento. Il presupposto è una situazione emergenziale, intendendosi per essa un fatto naturale o causato dall'uomo, imprevedibile e straordinario, in grado di alterare il corso ordinario della vita pubblica. Lo Stato, posto dinanzi all'urgenza, non può far finta di nulla, se vuole evitare che la straordinarietà degli eventi lo travolga. La necessità dunque gli impone di rispondere al fatto emergenziale con regole idonee per celerità, modalità, entità e durata a consentirgli di ritornare all'assetto iniziale quanto prima.

I Costituenti scelsero di non assumere lo stato di eccezione come fatto legittimante il ricorso al diritto eccezionale, cioè a regole in deroga alla disciplina generale con efficacia temporanea, consegnate in una clausola generale a contenuto indeterminato, applicabile ogni qual volta una situazione imprevedibile e straordinaria, che

¹ Il lavoro amplia un contributo al webinar sul tema "[Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19](#)", organizzato dalla Rivista [Osservatorio sulle fonti](#), il 30 aprile 2020.

rappresentasse una minaccia attuale e grave all'assetto politico-istituzionale fosse accaduta.

Può tornare utile ripercorrere l'iter argomentativo che condusse al conclusivo silenzio dell'Assemblea costituente sul punto. In II Sottocommissione l'on. La Rocca presentò una proposta diretta a dichiarare lo stato d'assedio su decisione solitaria del Capo dello Stato, constatata "la necessità e l'urgenza di una misura straordinaria a garanzia della vita del paese"². La proposta era meno innovativa di come appariva perché la sua impostazione era già nella relazione del Ministero per la Costituente, organo consultivo dell'Assemblea³, al quale si doveva l'idea di razionalizzare lo stato d'assedio. La Sottocommissione, valutati gli argomenti a favore e contro, rifiutò però l'inserimento della clausola nel progetto in quanto la sua presenza avrebbe dimostrato "che vi [era] la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che [sarebbero state] in contraddizione con la logica stessa della costituzione"⁴. Scartata l'ipotesi di una clausola positiva, si discusse la situazione opposta alla prima, proposta dall'on. Fabbri⁵: il divieto di prevedere lo stato d'assedio in Costituzione e la sospensione delle sue norme. Le critiche dell'on. Mortati smorzarono ogni entusiasmo anche per la formulazione in negativo della clausola perché "o nella Costituzione non se ne debba dir nulla, affidandosi allo svolgimento futuro della prassi, o che si debba autorizzarlo in quei limiti e con quelle garanzie che, pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso"⁶.

Abbandonati entrambi i modelli, la Commissione dei 75 propose quindi all'Assemblea plenaria un testo privo di clausola emergenziale. La questione fu però ripresa in Aula con l'emendamento Crispo⁷, che contemplava il solo stato d'assedio indicando l'autorità

² COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, II SOTTOCOMMISSIONE, *Relazione on.le Deputato LA ROCCA, Sul potere Esecutivo*, disponibile sulla pertinente [pagina del sito web della Camera dei deputati](#).

³ COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO, *Relazione all'Assemblea costituente, I, Problemi costituzionali organizzazione dello Stato*, Roma, 1946.

⁴ ASSEMBLEA COSTITUENTE, COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, II SOTTOCOMMISSIONE, *Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, sabato 11 gennaio 1947, in F. CALZARETTI (cur.), [La nascita della Costituzione](#) (online), dove il netto rifiuto dell'on.le E. TOSATO alla clausola si doveva al contesto storico-politico dell'immediato dopo guerra, e quindi al timore di un suo uso distorto a favore di forme di democrazia protetta o più dichiaratamente dittatoriali.

⁵ Dal lato opposto, l'on. G. FABBRI sosteneva una disposizione che proibisse la dichiarazione dello stato d'assedio. Anche se a conclusione del dibattito la proposta FABBRI fu approvata, poi essa scomparve in Assemblea (per gli atti vedi nota *supra*).

⁶ C. MORTATI, *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, sabato 11 gennaio 1947, in F. CALZARETTI (cur.), [La nascita della Costituzione](#) (online)

⁷ Il 16 ottobre 1947, nella seduta pomeridiana, l'Assemblea costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo primo della Parte seconda del progetto di Costituzione: "Il Parlamento", in F. CALZARETTI (a cura), [La nascita della Costituzione](#) (online). Il presidente U. TERRACINI lesse l'articolo 74-bis proposto dall'on. A. CRISPO: "L'esercizio dei diritti di libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo o dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio. Nei casi suddetti, le Camere, anche se sciolte, saranno immediatamente convocate per ratificare o respingere la proclamazione dello stato di assedio e i provvedimenti relativi". Interessante la discussione che seguì con interventi degli on.li G. CODACCI PISANELLI, G. PERSICO e C. MORTATI.

competente a dichiararlo e i necessari poteri. Il soggetto prescelto era il Governo per ragioni di vicinanza effettiva alla situazione straordinaria da gestire; questi sommava nelle sue mani il potere di aprire la situazione emergenziale e quello di limitare o addirittura sospendere le libertà individuali poste in Costituzione; mentre al Parlamento, che andava convocato anche se sciolto, era il giudice politico di ultima istanza, chiamato a ratificare la scelta di aprire lo stato di emergenza e valutare l'opportunità e la necessità delle misure regolatorie sui diritti, decise dal Governo.

L'Aula rigettò l'emendamento in forza dell'argomento *a contrario*: sospendere i diritti di libertà equivaleva a sospendere la democrazia⁸; prevedere la clausola era dunque incompatibile con la fisiologica pretesa di ogni testo Costituzionale di durare nel tempo e di presentare alle generazioni future l'identità politico-istituzionale inizialmente scelta e poi esposta a pressioni dalla vicenda emergenziale.

Ritornare al tempo che preparò il secondo conflitto mondiale in Europa può aiutare a capire le ragioni di fondo dell'avversione alla clausola: l'art. 48 della Costituzione di Weimar, il cui peso fu decisivo sulla fine di quella Repubblica, aveva attribuito al Presidente del Reich il potere di adottare le misure necessarie a ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. E così aveva creato le condizioni che da lì a breve avrebbero permesso a Hitler di arrivare al potere per una via formalmente lecita. L'art. 48 rappresentava dunque un triste esempio di una clausola, che, nata per difendere la democrazia, di fatto ne aveva favorito la dissoluzione a vantaggio del regime dittatoriale. Quindi, la storia stava suggerendo ai nostri Padri Costituenti un atteggiamento di cautela, da qui l'assoluto silenzio sul punto del testo approvato.

L'autorevole voce scientifica di Barile riprese dopo anni l'emendamento dell'on. Crispo per assegnare all'emergenza, a differenza dello stato di guerra, una procedura dichiarativa autonoma da quella dell'art. 78 Cost., superando dunque la riserva parlamentare del relativo potere. L'Autore traeva dalla mancanza di una clausola *ad hoc* nel testo costituzionale argomenti a favore della legittimità sia della dichiarazione disposta con legge del Parlamento che di altra contenuta nel decreto legge del Governo⁹. Anzi, nella sua ricostruzione, il Governo veniva proposto come il decisore naturale per la migliore conoscenza dei fatti rispetto al Parlamento e per la possibilità di decidere tempestivamente grazie al decreto; lì dove i tempi inevitabilmente più dilatati per l'approvazione di una legge avrebbero potuto pregiudicare la risoluzione della crisi¹⁰.

In sintesi, i lavori preparatori della Costituzione non offrono elementi utili per ricostruire un istituto che alla fine non è entrato nel testo fondamentale; ma l'omissione

⁸ B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108 ss.

⁹ Tesi questa ripresa da molti, tra i tanti: A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto legge*, vol. I, Cedam, Padova, 1997, 360; G. CORSO, (voce) *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, 448; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti leggi*, Giuffrè, Milano, 1970, 111 ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, (voce) *Stato d'assedio*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1971, 290 ss. e A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1/1982, 11 ss.

¹⁰ Sarebbe anche sostenibile che il Governo venisse delegato dal Parlamento per gestire l'emergenza, ma sempre con delega conferita *ex lege*. Quest'ultima probabilmente potrebbe essere sollevata dall'osservanza dei limiti di oggetto e di tempo di cui all'art. 76 Cost. Riterremmo comunque che l'art. 76 non possa essere in ogni sua parte superato dall'emergenza e che, quindi, la legge di delega debba quantomeno contenere i limiti e i principi direttivi conformativi la futura azione normativa del Governo nel disciplinare le libertà in tempo di crisi.

non impedisce di trarre dal sistema argomenti favorevoli alla sua esistenza implicita e alla modalità di un'eventuale scrittura.

L'elasticità delle Costituzioni è uno di questi. Per essa si intende quella particolare qualità – da non confondersi con la debolezza della Carte costituzionali dell'800 suscettibili di essere modificate da semplici leggi ordinarie – che consente l'attivazione di poteri anche inespressi, purché compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento¹¹. Nel caso in esame la funzione emergenziale è il potere innominato indispensabile, mentre il diritto-dovere dello Stato all'autodifesa è il valore generante il primo. L'essenzialità del potere è connessa alla necessità per lo Stato di reagire al fatto emergenziale; se questi invece negasse il suo accadere, si esporrebbe alla forza naturale degli eventi e all'attacco di chi sapesse approfittare del vuoto normativo per travolgerlo.

Invece, lo Stato nel momento in cui nasce afferma il diritto di esistere senza limiti di tempo e quindi pretende di proteggersi dai fatti che minacciano la sua sopravvivenza. Questo diritto è la “condizione prima della conservazione della comunità nazionale”¹², da qui la qualificazione in termini obbligatori del comportamento difensivo: “dovere collocato al di sopra di tutti gli altri [...] che nessuna legge potrebbe far venire meno” in quanto strettamente connesso a beni essenziali e indivisibili dell'integrità, indipendenza e sopravvivenza¹³.

Quindi, il diritto-dovere dello Stato all'autodifesa può esibire come titolo costitutivo il contesto istituzionale ora ricostruito, il che da solo basterebbe a legittimare la funzione emergenziale, pur in mancanza di una norma scritta.

Anche una seconda ragione concorre però a sostenere l'esistenza implicita della funzione in esame: l'emergenza è un evento patologico, ma pur sempre appartenente al ciclo vitale di un ordinamento, come la nascita, le trasformazioni o l'estinzione. Se una Costituzione non prevedesse il potere di revisione, non si potrebbe negare all'ordinamento il bisogno effettivo di evolversi, di cambiare in parte il suo assetto originario, rispettando i suoi elementi strutturali intangibili¹⁴. Poiché la mancanza di una espressa previsione non riesce a sopprimere un bisogno esistenziale di un ordinamento, il potere di revisione, non contemplato, sarebbe comunque legittimo, ma si porrebbe un problema di forma: da chi debba essere esercitato e in che modo¹⁵.

Lo stesso discorso vale per l'emergenza, se non consegnata in una clausola *ad hoc*, accaduto il fatto che la determina, lo Stato avrebbe sì il potere di difendersi, ma rimarrebbero incerti il titolare della funzione e la procedura da osservare, che si

¹¹ Interessanti le osservazioni di L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, III ed., vol. I, Foundation Press, New York, 2000, 659 e 665, relative alla Costituzione americana. L'Autore ritiene che il potere di dichiarare la guerra sia una funzione tacita in linea con la giurisprudenza della Corte Suprema, che ne ha parlato in termini di “inherent powers”: cioè poteri non formalmente previsti ma impliciti nel tessuto costituzionale, come tali immuni dal sospetto di illegittimità.

¹² [Corte cost., sent. 24 aprile 1957, n. 53.](#)

¹³ [Corte cost., sent. 18 maggio 1989, n. 256.](#)

¹⁴ In questi termini si veda G. VOLPE, *Art. 139*, in G. BRANCA (cur.) e continuato da A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro It., Bologna-Roma, 1981, 745.

¹⁵ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 115, pone in termini rigorosi questo raffronto tra emergenza e revisione.

potrebbero desumere in via interpretativa da disposizioni con analogo oggetto o dai principi generali di sistema¹⁶.

In sintesi, potremmo dire che la modifica di una Costituzione sta al potere di revisione come l'emergenza sta al potere emergenziale. Di entrambe le funzioni l'ordinamento non può fare a meno se vuole essere un'organizzazione politica con pretesa di stabilità nel tempo e di proposta progettuale anche per le generazioni future.

A questo punto della trattazione siamo pervenuti a una certezza: la mancanza di tale clausola non significa assenza di una sicura cornice di riferimento costituzionale, che perimetra lo spazio di legittimità della funzione emergenziale. Quindi, la clausola non indispensabile, né inutile, sarebbe invece opportuna per evitare oscillazioni interpretative in merito all'autorità competente a dichiarare l'emergenza, alla tipologia dei poteri e ai relativi limiti. Questo chiarimento ermeneutico è tanto più urgente quanto maggiore è la domanda di affidabilità, che cresce a fronte di situazioni imprevedibili e alteranti l'ordinato svolgimento della vita istituzionale.

La certezza del diritto, risultato disponibile solo grazie alla clausola scritta, non va confusa però con il divieto di provvedere all'emergenza in difetto di clausola. Piuttosto si sta dicendo che l'assenza della norma costituzionale "n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République"¹⁷.

2. Inquadramento della funzione emergenziale

La funzione emergenziale è stata oggetto di opposte tesi ricostruttive: quella monista e quella dualista. Antitetiche in ogni elemento – dal paradigma del potere alle sue finalità – condividono solo il punto di avvio, ossia una domanda: quale è il titolo costitutivo dello stato d'emergenza? Ciascuna ha dato la sua risposta all'interrogativo.

La teoria monista¹⁸ deve il suo nome all'operazione di astrarre la funzione emergenziale dalla Costituzione, unica fonte di derivazione di ogni potere. Ne consegue

¹⁶ Ricordiamo la soluzione suggerita da P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1984, 39, che desumeva la funzione in oggetto dalla procedura di revisione. A questa tesi si può obiettare che molte Costituzioni escludono proprio l'impiego della revisione in tempi di crisi, in quanto modificare il patto fondamentale richiede una tranquillità di pensiero che la crisi in sé tende a negare. Inoltre, si utilizzerebbe un mezzo eccessivo per un risultato conseguibile con uno strumento minore. Queste argomentazioni ci inducono a non desumere il potere emergenziale dalla funzione di revisione costituzionale.

¹⁷ [Conseil constitutionnel, déc. n. 85-187 DC du 25 janvier 1985](#); da ultimo, [déc. n. 2020-800 DC du 11 mai 2020](#).

¹⁸ Tra le voci più significative, ricordiamo: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Società editrice libraria, Milano, 1904, 1154; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 391; L. PALADIN-G. MOTZO, *Assedio (Stato di)*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, 250; e, più di recente, cfr.: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1984, 130 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 77 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 218 e G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 138 ss.

che la funzione emergenziale avrà gli attributi propri del potere costituito: esiste se e nei limiti in cui l'ordinamento originario la preveda. Ecco il primo elemento di antitesi rispetto alla prospettazione dualista: un potere *in ordine* contro un altro *extra ordinem*. Si tratta pertanto di un'ipotesi di *potestas* che si muove in continuità con l'architettura costituzionale nella quale si va a inserire e che può sospenderla in parte e per un tempo definito.

La sua finalità è conservativa dell'ordinamento e quindi si dovrà muovere nell'ambito del segnato, in negativo, dal nucleo inviolabile della Costituzione stessa. Con la conseguenza che saranno legittime solo le deroghe temporanee e strettamente funzionali a consentire all'ordinamento il pieno ritorno alla normalità. Quindi, se il potere eccezionale deve essere non necessario il prima possibile, dovrà evitare le lacerazioni irreversibili dell'ordine costituito, perché se ciò accadesse, chiusa la parentesi emergenziale, l'ordinamento non sarebbe più lo stesso di quello che era prima del fatto emergenziale.

Un'emergenza novativa dell'identità costituzionale ricorda invece la tesi dualista¹⁹ della funzione emergenziale; questa impostazione promuove la necessità da mero fatto *extra-ordinem* a fonte originaria del diritto eccezionale, capace di sospendere libertà e principi fondativi di quell'assetto politico istituzionale per affermare complessi valoriali antitetici.

Questa costruzione è chiamata dualista perché pone accanto alla Costituzione la necessità la quale, pur mantenendo l'attributo '*extra*', le scorre accanto con la medesima forza attiva e passiva. Quindi, la necessità può tutto e nessun principio o valore costituzionale potrà resisterele, non essendo tenuta al rispetto del diritto preesistente, neanche di quello costituzionale, il che rimanda al suo fine: costringere l'ordinamento a evolversi dalla posizione in cui si trovava prima del fatto emergenziale in direzione di nuove dimensioni politiche.

Questa necessità evolutiva presenterebbe una doppia natura: di fatto lecito rispetto al parametro di giudizio del nuovo ordine giuridico da essa stessa fondato; e anche di fatto illecito rispetto al parametro valutativo del vecchio ordine giuridico, solo in apparenza difeso, ma nella sostanza violato²⁰. In questo contesto continuare a parlare di deroga significherebbe nascondere la realtà delle cose dietro una finzione giuridica; ne sia prova il fatto che, rimossa la *fictio*, affiorerebbe un ordinamento nuovo e alternativo nella sostanza al primo, anche se nella forma continuativo, essendo entrato per la porta lasciata aperta dallo stato d'emergenza.

¹⁹ Magistrali le parole di S. ROMANO quando spiega la sua tesi dualista sulla necessità in *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubb. amm. in Italia*, 1909, 251 ss.

Sono evidenti le suggestioni sulla tesi romaniana di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1931 (trad. it. *Il custode della costituzione* (I ed., 1931), Giuffrè, Milano, 1981), *passim*; anche da un punto di vista storico-costituzionale, Schmitt ricondusse lo stato di eccezione della Germania sotto la presidenza di Hindenburg al paradigma da lui disegnato di un presidente investito del supremo e indeclinabile ruolo di "custode della costituzione".

²⁰ A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 17, 1987, 10, 18 e 19.

Pertanto, la funzione emergenziale legittima è solo quella che agisce nel rispetto del minimo costituzionale inderogabile, che – secondo la teoria dei controlimiti²¹ – impone di osservare la divisione dei poteri, orientata alla centralità parlamentare, e di preservare il nocciolo duro dei diritti fondamentali, nonché dei principi fondativi dell'ordinamento. In conclusione, il diritto eccezionale deve contemplare solo le deroghe compatibili con l'identità costituzionale di uno Stato perché il fine ultimo della funzione emergenziale è permettere al soggetto politico di ritornare quanto prima alla sua originaria consistenza, solo temporaneamente alterata.

3. Apertura dell'emergenza

La stagione emergenziale conosce un inizio, uno svolgimento e una fine; esamineremo separatamente ciascuna fase.

L'avvio pone una precisa domanda: chi valuta se l'eccezionalità della situazione giustifica l'apertura di una parentesi emergenziale?

La centralità del Parlamento è il principio costituzionale che attrarrà la decisione di sospendere l'ordine giuridico alla valutazione politica esclusiva dell'Assemblea parlamentare, in quanto la sua immediata derivazione dalla volontà popolare offre garanzie maggiori di quelle governative nell'arginare le derive liberticide e gli abusi totalitari, sempre potenzialmente presenti in una decisione straordinaria. Il Parlamento risponde con le armi pacifiche del pluralismo politico, dell'antagonismo dialettico tra maggioranza e opposizioni e della piena visibilità dei suoi processi decisionali, argini che non si pongono a chi è investito in via indiretta dal corpo elettorale. Quindi, il Governo potrà intervenire a titolo secondario, come supplente – per delega delle Camere o per urgenza riconducibile al voto parlamentare – nell'esercizio della funzione legislativa primariamente affidata al Parlamento; e questa sua accessorietà nel dichiarare l'emergenza non rappresenta una novità, quanto piuttosto la logica conseguenza della sua subordinazione genetica al Parlamento.

Se si passa dai rapporti tra gli organi alle relazioni tra gli atti, la legge sarà la fonte legittimata ad avviare la stagione del diritto eccezionale, o anche una doppia delibera monocamerale, cioè comunque un atto imputabile alla volontà politica dell'Assemblea. Il decreto legge quindi non potrà vantare esclusive in proposito; il fatto poi che

²¹ Quello dei controlimiti è un tema orizzontale, la cui osservanza si impone a ogni pubblico potere. Rispetto al potere di revisione costituzionale si vedano: M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limite alla revisione della costituzione*, in V. ANGIOLINI (cur.), *Libertà e giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 121 ss.; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, 124 ss. Rispetto al potere emergenziale si rinvia a: P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 71 ss. e G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene editore, Napoli, 2016, 85 ss. Infine, rispetto ai poteri sovranazionali si leggano *ex multis*: P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2405 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, 6 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, "europeizzazione" dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2006, 827 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 117 ss.

l'indifferibilità della situazione emergenziale esiga una risposta normativa immediata sarà solo la circostanza materiale che rende la legge lo strumento meno idoneo ad avviare una stagione emergenziale e simmetricamente il decreto legge quello più idoneo a farlo, precedendo il Parlamento nella dichiarazione.

Chiariti i rispettivi ruoli politici del Parlamento e del Governo, chiediamoci quali altri soggetti potrebbero essere coinvolti nella procedura in qualità di poteri neutrali²² e a titolo consultivo. Sarebbe a tal fine opportuno che il Capo dello Stato affiancasse con una valutazione secondo legittimità la decisione squisitamente politica sull'emergenza, la cui paternità rimarrebbe ferma in capo al soggetto politico-rappresentativo²³?

In realtà la ricostruzione ipotizzata si mostra non necessaria, perché la dichiarazione di stato d'emergenza, indifferentemente disposta con legge o con decreto legge, è già sottoposta (ex artt. 74, comma 1, e 87, comma 5, Cost.), in ragione della forma della decisione, al riesame del Capo dello Stato che in qualità di potere neutrale può contestare ai rispettivi autori illegittimità costituzionali formali e sostanziali. Quindi, se questo compito di garanzia diretto a prevenire illegittimità manifeste è già contemplato come elemento essenziale al perfezionamento della decisione normativa altrui, non vi sarebbe ragione per duplicarlo.

Non senza ragione ci si pone la domanda inversa: si potrebbe privare la procedura dell'emanazione (o della promulgazione) del Capo dello Stato perché l'agire tempestivo lo richiede? Riteniamo che il risparmio di tempo non sia un motivo sufficiente per compensare l'omessa valutazione di costituzionalità, sia pure anticipata e sommaria, in quanto in situazioni di emergenza, che coinvolgono l'esistenza stessa dello Stato, l'ordinario sistema di *checks and balances* deve essere mantenuto fermo il più possibile. Sistema questo, che si rivela particolarmente indispensabile alla causa democratica in situazioni straordinarie, quando cioè la tenuta dell'ordinamento è messa a dura prova. Rafforza l'argomento la considerazione secondo la quale è altamente sconsigliato fare a meno delle garanzie dirette a preservare il corretto funzionamento dei poteri – tale è il fine ultimo del contributo del Capo dello Stato nel processo normativo altrui²⁴ – proprio nel momento in cui l'emergenza potrebbe imboccare una pericolosa deriva totalitaria, cioè rovesciare il patto fondativo su cui si è edificata la comunità statale.

²² L'oggetto è estraneo alla nostra linea di indagine, quindi sarà sufficiente il rinvio per la fisionomia soggettiva e la compatibilità costituzionale a: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, cap. V.

²³ Anche l'esperienza francese ha previsto un rimedio simile tanto per la situazione eccezionale di cui all'art. 16 Cost. francese, che per lo stato d'emergenza. Quanto alla prima si deve al *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Une Ve République plus démocratique* (noto come *Comité Balladur*), la [proposta](#) di sottoporre al parere del Consiglio costituzionale l'atto dichiarativo della situazione di cui all'art. 16 Cost. fr. Il legislatore di revisione fece propria la proposta, inserendo nell'art. 16 il parere del Consiglio costituzionale «aux fins d'apprécier si les conditions fixées au premier alinéa demurent réunies» in funzione di rééquilibrage dei poteri presidenziali (cfr.: A. DI GIOVINE, Note sul rééquilibrage delle istituzioni della V Repubblica nella revisione costituzionale del luglio 2008, in F. LANCHESTER-V. LIPPOLIS (cur.), *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Jovene, Napoli, 2009, passim). Per un'analisi degli stati eccezionali nell'ordinamento francese, incluso l'"État d'urgence" disegnato nella tentata proposta di revisione costituzionale ([Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation](#), n° 3381 du 23 décembre 2015, Leg. XIV) sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, cit, in part. cap. V.

²⁴ Così: L. PALADIN, (voce) *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 213.

Né si possono trarre argomenti favorevoli all'eliminazione del controllo presidenziale dall'intervento successivo ed eventuale della Corte costituzionale sul medesimo atto dichiarativo dell'emergenza, perché le due prestazioni di garanzia²⁵ si completano a vicenda senza sovrapporsi²⁶, né potrebbe essere altrimenti considerato il diverso modo di essere dei rispettivi sindacati e dei vizi²⁷, il che esclude che l'apporto di un soggetto possa rendere superfluo e quindi eliminabile quello dell'altro.

Il rifiuto presidenziale di emanare un decreto legge, che dichiara lo stato di emergenza, è una garanzia ineliminabile soprattutto quando si procurano sacrifici pesanti e irreversibili alle libertà²⁸. Infatti, le facoltà dei diritti fondamentali si consumano tendenzialmente nel momento in cui la norma le comprime – si pensi all'interdizione alla circolazione in talune zone del paese, alla raccolta massiva di dati telematici o all'obbligo di fissa dimora – quindi, ogni rimedio che impedisce all'atto di entrare nell'ordinamento giuridico va preferito a quelli che intervengono *ex post*, cioè quando l'atto ha già prodotto i suoi effetti in quanto la menomazione ai diritti resisterà anche alla cancellazione retroattiva²⁹.

Dunque, il controllo presidenziale rende effettiva la tutela di diritti che subirebbero *medio tempore* una riduzione o addirittura un azzeramento insanabile; pertanto, l'esigenza di assicurare il pieno compimento della dimensione costituzionale della persona si deve ritenere prevalente su un marginale guadagno in termini di rapidità, che si avrebbe eliminando l'intervento del Capo dello Stato dalla procedura dichiarativa dello stato d'emergenza.

Avere ricondotto la dichiarazione dello stato di emergenza alla legge o al decreto legge già soddisfa la richiesta di un'ampia rappresentatività e di una piena partecipazione democratica a sostegno della decisione sullo stato di emergenza, e ci esime dal considerare l'ipotesi di una dichiarazione affidata a un atto non legislativo.

²⁵ P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Giuffrè, Milano, 2000, 337 ss.

²⁶ Non c'è concordia invece nel tracciare i profili comuni tra i due controlli. Infatti, alcuni studiosi ritengono che il sindacato (*ex artt. 74, co. 1, e 87, co. 5 Cost.*) sia di tipo discrezionale perché "le richieste presidenziali di riesame dipendano – nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando* – da libere valutazioni del Capo dello Stato, tenendosi conto non solo dell'esigenza di far osservare la costituzione, ma anche e soprattutto dei riflessi che il fatto di esercitare o non esercitare il potere in questione potrebbe produrre sul complessivo funzionamento delle istituzioni" così: L. PALADIN, (voce) *Presidente della Repubblica*, cit., 213; in termini sostanzialmente analoghi vedi anche: G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, disponibile in [Rivista AIC](#), 1, 2011, 5. Mentre, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 319 ss. e E. CHELLI, *Atto politico e funzione di indirizzo*, cit., 97, 102 e 119, collocano il sindacato presidenziale su un piano non distante da quello della Corte almeno per la sua natura di controllo di legittimità, e non di merito, e per la doverosità del suo esito. Una posizione ancora diversa è quella di G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 959, dove l'Autore parla di "merito costituzionale" che tende a evitare le conseguenze negative per il buon funzionamento della Costituzione.

²⁷ P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro*, disponibile in [Astrid](#), 92, 2009.

²⁸ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 342 per una trattazione completa del sistema dei controlli sul decreto legge avente a oggetto lo stato d'emergenza, che ricorda opportunamente anche la possibilità che la Corte costituzionale sospenda in via cautelare l'esecuzione del decreto: "il decreto legge fosse 'auto applicativo', e cioè immediatamente eseguibile senza l'intermediazione di ulteriori provvedimenti amministrativi".

²⁹ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 265.

Certo, si potrebbe configurare un atto, magari assistito da una particolare solennità come una seduta comune delle Camere, al quale però dovrebbe comunque seguire una fonte normativa volta a disciplinare contenuti, modi di esercizio e limiti dei poteri emergenziali. E dunque l'aggiunta di una fase preliminare potrebbe solo rendere il procedimento più complesso e rallentare la produzione delle regole necessarie.

Rispetto al quadro di riferimento qui ipotizzato come si pone la delibera del 31 gennaio³⁰, con cui il Consiglio dei ministri dichiarava lo stato d'emergenza da Covid-19?

L'atto ha le caratteristiche di una monade, chiusa in sé stessa, perfetta senza il passaggio parlamentare, che sfugge per la sua forma a qualunque sindacato neutrale, di cui si è detto prima. Né il richiamo nella delibera a una legge ordinaria, il decreto legislativo 1/2018, è sufficiente a ritenere soddisfatta o a superare la necessaria centralità del Parlamento, perché un decreto legislativo non ha la forza di convertire la subordinazione del Governo al Parlamento, come consegnata in Costituzione, in un rapporto ancillare in senso inverso.

Solo per completezza indicheremo ulteriori ragioni che impediscono di assumere il d.lgs. 1/2018 a base legale della dichiarazione emergenziale³¹. La tesi vuole trarre da un atto di più di quanto esso possa dare, tenuto presente il suo ambito materiale e l'autorità legittimata a decidere. Quanto al primo, il decreto 1/2018 intende rispondere a una situazione straordinaria di rischio sanitario dagli effetti limitati rispetto a quelli causati dalla pandemia in corso: lo provano le misure da assumere che si risolvono nella rimozione dei materiali, costruzione di alloggi di prima accoglienza, ripristino delle infrastrutture e simili. Mentre l'emergenza del 31 gennaio ha investito ogni aspetto della vita, pubblica e privata, ogni soggetto dal decisore politico nazionale e locale alle persone fisiche, potenziali soggetti esposti al rischio e sicuri destinatari delle misure limitative dei diritti, e ha travolto tutto il fascio delle libertà fondamentali, nessuna esclusa. Infine, il decreto 1/2018 indica l'autorità competente per la protezione civile come soggetto legittimato ad aprire la parentesi eccezionale; mentre il decreto del 31 gennaio è atto del Governo.

Quindi, non è il decreto 1/2018 il titolo legittimante la dichiarazione d'emergenza, la quale dovrà cercare altrove la sua base legale.

Nell'attuale emergenza da Covid-19 non è stata accolta la tesi che sostiene la natura costituita del potere emergenziale. Si ha invece la sensazione che il diritto eccezionale sia stato scritto su una lavagna bianca, confondendo così l'emergenza con l'apertura di una nuova stagione costituyente, illegittima *ex se* in costanza di Costituzione: "Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce – a differenza di altri ordinamenti giuridici – un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima"³².

³⁰ Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, in [G.U. n. 26 del 01-02-2020](#).

³¹ La ricostruzione sopra ricordata si deve principalmente a: M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 11 aprile 2020.

³² Così: *Informativa del Presidente Conte alla Camera del 24 Marzo 2020*, disponibile nel [sito web del Governo italiano](#).

La «[loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19](#)»³³ ha mostrato maggiore ossequio all'*institutional balance* perché, nell'affidare al Governo la dichiarazione emergenziale, è come se la avesse ritenuta sussistente, fermo restando il compito dell'Esecutivo di renderla esplicita e di supportarla con dati scientifici, oggetto di tempestiva informativa al Parlamento e di integrale pubblicità.

4. Gestione

La nostra *emergency clause* dovrebbe anche disegnare la dimensione dinamica del potere emergenziale: chi gestisce l'emergenza e con quali poteri. Questa fase, diversamente dalla prima, non è riservata al Parlamento perché l'Esecutivo per struttura e competenza si presenta adatto a tale compito, peraltro questa divisione del lavoro conserverebbe la necessaria dualità soggettiva tra controllante e controllato, sempre preziosa in democrazia.

Anche per il momento operativo si riproporrebbe l'interrogativo: creare nuovi strumenti o utilizzare l'esistente? Qui possiamo giovarci di quella regola non scritta, secondo la quale i nuovi rimedi sono necessari a condizione che quelli esistenti siano insufficienti allo scopo. Questo *self-restraint* normativo si giustifica in ragione del fine ultimo della funzione emergenziale: ricondurre l'ordinamento alla sua normalità originaria. Tale funzione potrebbe essere compromessa se le deroghe non fossero mantenute al minimo indispensabile; in altri termini, si fa luogo a una deroga solo se non se ne possa fare a meno, diversamente essa sarebbe di ostacolo all'obiettivo di ripristinare lo *status quo ante*.

Il principio di base dello stato d'emergenza, che siano legittime solo le deviazioni dalla regola generale indispensabili per consentire all'ordinamento il recupero quanto prima della normalità, vale anche per l'art. 77 della Costituzione e per il decreto legge. Saranno accettabili deroghe nei limiti in cui il decreto legge si mostri atto funzionalmente idoneo a disciplinare la straordinarietà con immediatezza. Fatta questa premessa, come valutare l'introduzione di un decreto sub legislativo atipico, immediatamente vigente e con efficacia definitiva *ab initio* e quindi perfetto in assenza di conversione? È atto idoneo ad affrontare tempestivamente la straordinarietà e l'emergenza, ma questo vale anche per il decreto legge. Il tratto che distingue i due decreti non è l'immediata produzione di effetti da parte del decreto atipico, ma il suo perfezionarsi in assenza della volontà del Parlamento. La sua atipicità si risolve tutta nell'assegnare al Parlamento una posizione inedita nel processo produttivo del diritto: da centrale per volontà del Costituente a marginale per l'erosione governativa delle proprie prerogative normative. La previsione costituzionale del decreto legge offre una fonte funzionalmente idonea a disciplinare la straordinarietà con immediatezza, ma nel rispetto della sovranità

³³ La legge è stata comunque oggetto di pesanti critiche per la violazione dei parametri di legittimità costituzionale e per l'impostazione governocentrica dell'intera stagione emergenziale. In questi termini, cfr.: O. BEAUD-C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?*, in *Recueil Dalloz*, 16, 2020, 891 ss. e V. SIZAIRE, *Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2020, 5. Analogamente D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3, 2020, 2 giugno 2020, 308 ss.

parlamentare. La deroga volta ad eliminare la centralità del Parlamento senza benefici apprezzabili sul versante della disciplina dell'emergenza non è giustificabile.

Guardiamo come è stata gestita l'emergenza da Covid-19, usando lo stesso metodo finora impiegato che confronta le condotte effettivamente assunte con i modelli astratti previsti da questa ipotetica clausola d'emergenza.

Valuteremo se la nuova sequenza regolativa³⁴ inaugurata dal Governo in carica, decreto legge e d.p.c.m., rispetti il principio della centralità parlamentare.

Riteniamo che le Camere, già estromesse dall'avvio dell'emergenza, non abbiano recuperato un ruolo da protagoniste neanche nella sua gestione: due circostanze confermano questo giudizio.

La prima attiene al fatto che quando il Governo è ricorso ai decreti legge, il Parlamento non si è riappropriato delle prerogative regolatorie neanche durante il processo di conversione, in quanto era depotenziato nella sua rappresentatività politica dalla rinuncia al *plenum* dei suoi componenti, effetto inevitabile della riduzione numerica autoimposta³⁵, e non era effettivamente libero nel giudicare la gestione emergenziale dell'Esecutivo, perché il sistematico ricorso alla questione di fiducia sterilizzava il suo voto in un necessario "sì". Infatti, le questioni di fiducia, almeno quelle sui decreti legge 6 e 19, rispondevano prevalentemente all'esigenza di ricondurre all'ordine una maggioranza parlamentare ribelle; non dunque di arginare l'ostruzionismo delle opposizioni, il cui numero di emendamenti si era mantenuto entro limiti fisiologici e quindi necessitava di correzione con rimedi estremi.

La seconda circostanza ha poi paralizzato del tutto il ruolo delle Camere: il Governo ha inaugurato una catena normativa, che inizia col decreto legge si compie nei d.p.c.m.,

³⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit., 12 ss., cui si deve l'ancoraggio dei d.p.c.m. non solo ai decreti legge Covid-19, ma anche al T.U. 1/2018; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, Special Issue 1, 2020, 96 ss. e, anche se con opportuni caveat, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/ 2020.

Tra le voci contrarie cfr.: G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 39 ss.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, 494 ss.; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 10 aprile 2020, in cui si afferma che: "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!". Per una prospettiva diversa si vedano, da ultimo: A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 558 ss. e S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 531 ss.

³⁵ Il riferimento è agli accordi informali, conclusi all'unanimità tra i presidenti di tutti i gruppi, alla Camera e al Senato, per lavorare a ranghi ridotti in modo da assicurare il numero legale ed evitare il rischio del contagio dovuto al *plenum*. In dottrina non sono mancate voci che hanno ritenuto incostituzionale l'accordo perché "incide sul voto, diritto inalienabile della funzione di ciascun parlamentare" così: M. VILLONE, *Camere a eletti contingentati è incostituzionale*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020. Peraltro, un tale accordo è privo di vincolatività giuridica per i singoli parlamentari, che ben potrebbero disattenderlo e votare senza incorrere in nessuna sanzione, rovesciando il rapporto di forza tra maggioranza e opposizione. Ciò è quanto stava per accadere quando alcuni parlamentari di FDI sono entrati in Aula eccedendo il numero concordato e così inducendo anche i gruppi di maggioranza a fare lo stesso per salvare il risultato della votazione. Si trattava del voto sull'ordine del giorno avente a oggetto il MES 9/2463/341 a firma *Meloni et alii*, in Cam. Dep., XVIII legisl., All. A) ai Resoconti, seduta del 24 aprile 2020, 393. Sul punto si veda l'intervento M.C. GRISOLIA, in questo stesso volume.

atti estranei alla giurisdizione del Parlamento in ragione della loro natura formale di atti amministrativi³⁶. La sequela dei d.p.c.m. ha conformato con limiti incrementali l'intero fascio delle libertà fondamentali, noncuranti della protezione costituzionale rappresentata dalla coppia riserva di legge e riserva di giurisdizione. Qui vengono in rilievo le prime, che comportano che il legislatore parli per primo, dettando una disciplina sufficientemente prescrittiva del rapporto libertà/potere pubblico. Solo in seconda battuta potrà intervenire l'atto normativo secondario del governo, il regolamento. Nel caso in esame se è pur vero che il d.l. 6/20³⁷ (ma il discorso vale anche per il successivo d.l. 19/20) non ha disposto una girata in bianco al Presidente del consiglio, è innegabile che abbia fatto meno di quanto avrebbe dovuto fare per soddisfare l'assorbente attribuzione di competenza, disposta dalla riserva. L'art. 2 del d.l. 6/20 enumera infatti le misure restrittive delle libertà, ma lascia alla valutazione politica del Presidente del consiglio la scelta di quale rendere concretamente operante senza neanche vincolare il suo libero apprezzamento politico ai parametri della necessità, qui degradata ad adeguatezza, e della precauzionalità, qui diluita nella proporzionalità, non sempre peraltro rispettata³⁸. Ne è venuto fuori un quadro delle libertà fondamentali – si pensi a quella personale, che con il divieto di allontanamento dalla propria dimora è accostabile alla misura dell'arresto domiciliare – ridefinite, non dalla legge, e neppure dal decreto legge, più che legittimo vista l'urgenza del provvedere, ma da un atto formalmente amministrativo del Presidente del consiglio. La degradazione della fonte³⁹, e con essa l'amministrativizzazione delle libertà, ha indebolito la protezione riservata ai diritti fondamentali stante la diversità del regime giuridico del d.p.c.m. da quello proprio del decreto legge. Il primo infatti ha un'efficacia definitiva, contro la provvisorietà del decreto legge; si risolve nella volontà incontestabilmente monocratica del Presidente del consiglio, cui fa da contraltare la subordinazione del decreto legge alla parola ultima del Parlamento; è esente sia dall'esame di legittimità preventivo e sommario del Capo dello Stato che da quello successivo e approfondito della Corte costituzionale, ai quali invece il decreto legge non si sottrae⁴⁰.

Questo affannoso rincorrersi tra fonte primaria e sub-secondarie è un modello che si ripete a ondate periodiche: la medesima sequenza si legge nel d.l. 19/20⁴¹ e nei d.p.c.m.

³⁶ Tra i molti, cfr.: F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un D.p.c.m.*, in [Il Sole 24 ore](#), 13 marzo 2020; T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giur. it.*, 5, 2013, 1027 ss. e N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale dir. amm.*, 12, 2012, 1209 ss.

³⁷ In [G.U. n. 45 del 23-02-2020](#).

³⁸ V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1, 2020, 10, lamenta due vizi della regolazione: la scarsa attenzione al criterio della proporzionalità e la sua indifferenza al diverso grado di rischiosità dei territori.

³⁹ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3, 2020, 16.

⁴⁰ A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in [Consulta OnLine](#), 2020/I, 217; l'Autore lamenta con consueta chiarezza l'insufficienza del controllo giurisdizionale sui d.p.c.m. e quindi l'urgente "bisogno di promuovere e far valere i controlli di natura politica (in senso lato), tra i quali annovero qui quelli posti in essere dal Presidente della Repubblica sugli atti del Governo".

⁴¹ In [G.U. n.79 del 25-03-2020](#).

derivati. Questo decreto si colloca su un piano non distante dal d.l. 6, prima esaminato; e il fatto che ripresenti le misure sacrificatorie dei diritti contenute nei d.p.c.m. antecedenti non serve a sanare i vizi di questi ultimi perché al tempo in cui lo strappo alla riserva di legge si consumava, il d.l. 19 non esisteva ancora⁴².

Va però sottolineato un elemento di novità del d.l. 19: non si legge più la clausola di apertura – disposta nell'art. 2 del d.l. 6 – a favore di misure innominate restrittive dei diritti, da prescriversi in caso di insufficienza dei rimedi tipizzati. Insomma, per uno sopravvenuto scrupolo di obbedienza costituzionale il d.l. 19 non ripresenta la clausola in bianco e blinda le misure su quelle enumerate nel testo dell'art. 1 del citato atto, ma, nonostante questa opportuna cancellazione, il decreto in esame continua nella sistematica alterazione del sistema delle fonti e nel trascurare quanto la riserva gli avrebbe imposto di fare⁴³.

Né riteniamo che la parlamentarizzazione dei d.p.c.m. consegna agli atti in esame la necessaria copertura costituzionale. Questo passaggio camerale è stato introdotto con l'emendamento 2.41⁴⁴ all'art. 2 del disegno di legge di conversione del d.l. 19/2020⁴⁵, che consente al Parlamento di esprimere il suo parere sulla misura transattiva ancora provvisoria tra le libertà, che retrocedono, e la salute pubblica, che avanza. Le Camere quindi non condivideranno col Governo il momento decisivo dei futuri d.p.c.m., perché si limitano a formulare un indirizzo politico non vincolante al PDC, che potrà per ragioni politiche disattenderlo. Infatti, a differenza di una legge di conversione, costitutiva ed essenziale per la definitiva efficacia del decreto, il parere parlamentare per la sua natura consultiva lascia alla discrezionalità politica del PDC la scelta di osservarlo o meno. Per cui mentre un d.p.c.m. guadagna definitivamente efficacia nonostante il parere contrario delle Camere, un decreto legge la perde per mancata conversione; ancora la parlamentarizzazione del d.p.c.m. è una consultazione solo eventuale, potendo il PDC non provocarla in caso di urgenza; cui si oppone l'indispensabilità della legge di conversione, pena la decadenza del decreto. Né si può condividere la tesi, secondo la quale il passaggio parlamentare costringa indirettamente il Governo a desistere dal ricorso al d.p.c.m. perché l'effetto di *moral suasion* connesso alla parlamentarizzazione è inibito quando ragioni di urgenza giustificano il perfezionarsi del d.p.c.m. senza il passaggio parlamentare; in assenza di urgenza invece, il Governo non si avvarrà dei d.p.c.m. proprio per la norma sulla parlamentarizzazione. Dunque, in entrambi i casi

⁴² F. ANCORA, *Coronavirus, spostamenti, motivazioni*, disponibile in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 174, rileva l'ulteriore criticità data dalla sfuggevolezza del linguaggio prescrittivo dei d.p.c.m., in contrasto con la certezza del diritto.

⁴³ Così A. D'ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), Special Issue 1/2020..

⁴⁴ Leg. XVIII, *Elenco generale delle proposte emendative (110) in Assemblea riferite al C. 2447-A, All. A*, seduta di martedì 12 maggio 2020: ART. 2. Al comma 1, dopo il secondo periodo, aggiungere il seguente: "Il Presidente del Consiglio o un ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo" (*Testo modificato nel corso della seduta*). Ceccanti, Enrico Borghi, Fassina, De Luca, Bruno Bossio, Navarra, Nesci. (*Approvato*).

⁴⁵ Il riferimento è a *Camera dei deputati*, Legisl. XVIII, Atto n. 2447, d.d.l. "Conversione in legge del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", conv., con modif., nella l. 22 maggio 2020, n. 35.

l'effetto induttivo non si avrà, contrariamente a quanto auspicato nella mozione di maggioranza dell'11 maggio⁴⁶.

In sintesi, se si ritiene che i d.p.c.m. violino la gerarchia delle fonti, la parlamentarizzazione non riuscirà a ripristinarla perché essa copre con una parvenza di legittimità costituzionale una catena normativa che, nata illegittima, continua a esserlo.

In sintesi, questa inedita sequenza regolatoria fondata sui decreti legge e d.p.c.m. solo formalmente rispetta la gerarchia delle fonti, ma nella sostanza aggredisce l'ordine gerarchico e le riserve perché presenta un tessuto normativo che concentra la prescrittività, non tanto nel decreto legge, quanto nel d.p.c.m., promosso sul campo a fonte monocratica quasi primaria.

Conclusivamente, pur in assenza di una clausola emergenziale, il Governo ha trovato nell'emergenza un'occasione per creare catene normative fuori del dettato costituzionale⁴⁷.

4.1. La sorte del nocciolo duro dei diritti

Il secondo binario della nostra clausola si articola nell'osservanza del nocciolo duro dei diritti: l'assoluto inattaccabile, la parte insopprimibile di una libertà, intangibile da ogni potere pubblico, interno e sovranazionale, ordinario e straordinario. Questo essenziale è dunque inderogabile anche dal potere emergenziale perché se fosse alterato, la libertà trasfigurerebbe in un'entità giuridica diversa da quella che era in origine. Esso non si presta a essere definito una volta per tutte, *ex ante*, in autonomia dal rapporto relazionale con il diritto antagonista e quindi non può essere consegnato in un dettaglio immobile nella disposizione costituzionale⁴⁸.

A questo disegno che ingessa il nocciolo duro in una dimensione assoluta e statica la clausola emergenziale dovrebbe preferire una sua costruzione progressiva nel tempo e *per relationem*, dove il termine del rinvio mobile sia composto dal *case law* della Corte costituzionale. Il vantaggio di questa tecnica risiede nell'adattamento costante del testo all'evolversi giurisprudenziale, evitando così continue revisioni formali della disposizione.

Ferma restando l'illegittimità del paradigma d.p.c.m. a dettare la misura compositiva del conflitto tra il diritto collettivo alla salute e l'intero fascio delle libertà fondamentali (cui si aggiungono i diritti economici) per le ragioni dette prima, riflettiamo ora sul merito di questi atti, cioè sul contenuto di questa transazione regolatoria.

Rivolgiamo la nostra attenzione all'entità unitariamente considerata dei "diritti" che costituisce l'oggetto del bilanciamento in sede di d.p.c.m.. Ebbene, nella prima fase dell'emergenza Covid-19 si è data assoluta prevalenza al diritto alla salute sulle altre

⁴⁶ Mozione (D. Crippa et alii) n. 1-00348, Camera dei deputati, Leg. XVIII, Resoconto d'Assemblea, All. A, seduta di lunedì 11 maggio 2020.

⁴⁷ Una tesi intermedia tra l'illegittimità e la legittimità dei d.p.c.m. si deva a: G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in Costituzionalismo.it, 1/2020, III, l'Autore parla appunto di: "auto-assunzione di un potere *extra ordinem* che si legittima per via di necessità".

⁴⁸ Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, cit., in part. 111-132, per una ragionata ricostruzione dell'istituto proprio in riferimento alle leggi della paura e per l'articolazione nel tempo delle diverse posizioni dottrinali sul tema.

libertà, nonostante la Corte abbia sempre escluso l'esistenza di un diritto più fondamentale degli altri⁴⁹. Il Governo ha però rovesciato questa equiordinazione per consegnare una posizione di vantaggio al diritto collettivo alla salute, che fa da tiranno su ogni altra situazione giuridica soggettiva perché se non si assicura la vita come pretesa a svegliarsi ogni mattina, qualunque diritto verrebbe riconosciuto inutilmente, per mancanza del titolare o per sua impossibilità a esercitarlo. Quindi, tutte le libertà sono divenute simultaneamente recessive, anche quelle che era inutile sacrificare, come si vedrà da qui a breve⁵⁰.

Nella fase due – quella avviata dal d.p.c.m. 26 aprile⁵¹ – questa supremazia si rovescia al tocco di una bacchetta magica, che la orienta a favore della ripresa economica. E allora il bilanciamento ribalta l'ordine delle priorità poste nell'iniziale d.l. 6/2020 e la salute, bene supremo fino al mese di aprile, è costretto ad arretrare da maggio in poi dinanzi all'iniziativa economica. Il d.p.c.m. 26 aprile impone dunque una lettura dei diritti sensibile alla volontà politica delle maggioranze di turno, che a loro volta hanno assecondato gli interessi dell'imprenditoria, ansiosa di rimuovere il blocco produttivo a qualunque costo. Questa forte pressione di una sola classe produttiva sul decisore politico spiega le ragioni per cui la salute da bene sommo e inviolabile degrada a valore trascurabile, superato dalla ripresa economica, che guadagna l'apice nella gerarchia dei valori. Il fatto che la Corte abbia costantemente escluso il bilanciamento tra grandezze ineguali, libertà fondamentali e diritti economici, rimanda alla precisa volontà di preservare le libertà dal calcolo economico del momento, perché meritano di essere difese e messe in sicurezza anche dal pericolo rappresentato dalla volontà maggioritaria delle forze di governo. Ma questo non è il risultato perseguito dal d.p.c.m. 26 aprile.

Ora chiediamoci se i d.p.c.m. nel condurre indebitamente questo bilanciamento si siano attenuti ai principi di proporzionalità e necessità, che sono il faro che deve guidare il legislatore primario e, a maggior ragione, quello secondario.

Qui il bilanciamento tra il sacrificio alle libertà, che arretrano tutte insieme, e il guadagno di quell'unica che avanza, il diritto collettivo alla salute, non è stato condotto in modo selettivo, perché l'intero fascio delle libertà fondamentali, da quella personale a quella di culto, ha subito una drastica riduzione in termini indifferenziati e simultanei al punto che sarebbe più corretto parlare di un sostanziale azzeramento dei diritti che non di una loro compressione relativa: si pensi alla libertà personale, costretta tra le mura di casa in obbedienza al divieto di uscire dalla propria dimora. Sarebbe stato più ragionevole selezionare quale diritto comprimere di più e quale in misura minore in ragione della idoneità funzionale di ciascuna libertà a esporre la collettività al rischio del contagio. Stessa grossolanità si coglie nel d.p.c.m. 9 marzo 2020⁵², che estende il c.d. *lockdown* all'intero spazio nazionale, indipendentemente dal grado di esposizione al rischio dei singoli territori che questo spazio compongono. Neppure il d.p.c.m. del 26 aprile 2020 si sottrae a questa critica, poiché nel compiere l'azione opposta ai primi

⁴⁹ Emblematica per la sua chiarezza la [sentenza della Corte cost. sent. 9 maggio 2013, n. 85](#) (c.d. caso Ilva).

⁵⁰ In tema si veda il ricco dialogo tra S. PRISCO e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus*, in *Osservatorio emergenza Covid-19. Paper*, 24 marzo 2020, in [Federalismi.it](#).

⁵¹ V. l'atto nel [sito web del Governo italiano](#).

⁵² In [G.U. n. 62 del 9-3-2020](#).

d.p.c.m., alleggerisce il peso gravante sui diritti fondamentali e sulle libertà economiche, uniformandolo territorialmente. Un'azione politica più sofisticata avrebbe invece graduato l'alleggerimento *ratione loci* perché questo allentare potrebbe risultare ancora insufficiente, se la zona interessata presentasse un indice di rischio prossimo allo zero; mentre la medesima misura potrebbe risultare eccessiva altrove, stante il permanere di un elevato grado di pericolo. Questa mancata differenziazione per oggetto e territorio rende queste misure di ritorno alla normalità viziate per irragionevolezza o perché non necessarie.

E il loro scostamento dal parametro della necessità è ancora più evidente se si considera che le misure sono legittime se rappresentano l'estrema ratio, cioè se superano la prova dell'indispensabilità, vale a dire se non esista altro rimedio meno sacrificatorio per i diritti. Ebbene, questa valutazione di ultima spiaggia non sembra aver preceduto i tanti d.p.c.m. Infatti, se l'obiettivo era prevenire il diffondersi del contagio tra la popolazione, tenerci tutti in casa non era indispensabile, perché lo stesso risultato di contenimento si sarebbe potuto conseguire con un'efficace azione di presidio sul territorio diretta a rilevare la catena dei contagi e, solo dopo averli accertati, a disporre verso taluni soggetti, non verso tutti indiscriminatamente, le misure adeguate al caso.

Infine, nella prima fase l'urgenza del provvedere secondo una certa lettura, qui non condivisa, può arrivare a giustificare uno strappo alla Costituzione e ammettere che una fonte secondaria, il d.p.c.m., possa limitare i diritti, nonostante la riserva. Nella seconda fase invece tale ragione di tempestività non ricorre più perché l'urgenza del provvedere regredisce con il ritirarsi del rischio pandemico. E allora nel momento del rientro nella normalità il tempo non giustifica più il ricorso abusivo al d.p.c.m., la cui apparente legittimità viene messa a nudo, se mai ci fosse stata all'inizio.

5. Chiusura

Riteniamo necessario completare la clausola con la previsione in capo al Parlamento, già titolare del potere di dichiarare l'urgenza, anche di quello di prorogarla, nel caso in cui lo stato di necessità si dovesse protrarre oltre il termine inizialmente previsto. Quindi, se il Parlamento non fosse stato il responsabile della prima mossa perché di fatto anticipato da un Governo più sollecito di lui nel dichiarare con decreto legge l'emergenza, non per questo sarebbe estromesso definitivamente dal processo emergenziale, il quale non si esaurisce in un unico atto, snodandosi invece in una sequenza di atti e fatti tendenti al recupero della normalità. Infatti, l'Assemblea rappresentativa avrà almeno altre due occasioni per affermare la sua presenza: nel convertire il decreto, cioè quando rilegge la valutazione governativa in merito all'indispensabilità iniziale di avviare la situazione emergenziale, che potrà non condividere rifiutando la conversione; e poi nell'approvare la legge di proroga⁵³, cioè

⁵³ Allo stesso modo il Parlamento dovrebbe essere investito anche del potere di ritirare lo stato d'emergenza in anticipo sulla scadenza del termine, qualora non reputasse più necessario il suo mantenimento, come del resto prevedeva l'art. 36-1 del citato progetto di revisione costituzionale francese, come risultante dal testo approvato in prima lettura dal [Senato](#) 22 marzo 2016, il cui comma 7

quando il Parlamento sceglie se differire o meno la durata dello stato di crisi. In questo momento ancora una volta potrà ritornare sulla decisione governativa di mantenere in vita la situazione straordinaria e decidere liberamente se farla propria o contestarla, negando la proroga.

E siccome il potere di proroga si può considerare un prolungamento di quello iniziale dichiarativo dell'emergenza, per ragioni di simmetria istituzionale andrebbe riconosciuto il suo esercizio, non la sua titolarità, anche al Governo che, con gli strumenti di cui dispone e alle condizioni prima dette, potrà decidere la proroga. In ogni caso, la legge di conversione del decreto legge di proroga si dovrà attenere al modello speciale eventualmente previsto nella clausola emergenziale per la legge di proroga del Parlamento.

Bene si colloca nella nostra riflessione sulla scrittura di un'*emergency clause* un richiamo al pensiero di Ackerman⁵⁴. Lo studioso considera una regola di maggioranze crescenti al progressivo rinnovarsi nel tempo dello stato d'emergenza come una garanzia contro gli abusi del potere emergenziale. Così, il consenso necessario delle minoranze intorno alla proposta di proroga risulta giustificato dalla posta in gioco. Diversamente da come appare, l'oggetto di questa garanzia è evitare la trasformazione dello stato di diritto in un "*état de droit de nécessité*"⁵⁵, dove la temporaneità delle eccezioni alla legalità ordinaria tende a scivolare col trascorrere del tempo nella definitività della legalità straordinaria e quindi a introdurre, in luogo dell'ordine politico e giuridico preesistente, un'inedita normalità atipica.

Se l'obiettivo dell'Esecutivo è stabilizzare l'emergenza, ossia rendere permanente ciò che dovrebbe essere precario, è indispensabile il consenso delle minoranze, il cui assenso deve crescere man mano che l'emergenza esce dalla temporaneità per avvicinarsi al paradigma della definitività. Quindi, compiere questa conversione causale della fattispecie emergenza – in un'espressione normalizzare lo stato d'eccezione, evento comunque sconsigliabile per la sua pericolosità – richiede una consapevolezza e un'aggregazione di consensi ben più ampie di quelle sufficienti a sostenere un Governo.

Lo studioso espone le esigenze di fondo a sostegno di questa raffinata costruzione giuridica. L'Esecutivo, soggetto politico favorito dall'emergenza come destinatario di poteri innominati necessari a gestirla, è incline a conservare il più a lungo possibile questa situazione di "grazia istituzionale". Ebbene, prevedere il consenso crescente delle minoranze parlamentari al rinnovarsi della domanda governativa di differimento

prevedeva che: "[i]l peut être mis fin à l'état d'urgence par la loi ou par décret délibéré en conseil des ministres".

⁵⁴ B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, New Haven, 2006, (trad. it. *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, Vita e Pensiero, Milano, 2008), 116-121.

⁵⁵ Così: S. PIERRE-CAPS, *Constitutionnaliser l'état d'urgence?*, in *Civ. Eur.*, 31, 2016, 153. Quanto alle conseguenze in termini di sistema di questo trasfigurare della minaccia da transeunte a permanente, si rinvia alle ragionevoli riflessioni di: D. DYZENHAUS, *L'état d'exception*, in M. TROPER-D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tomo II, *Distribution des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2012, 751-752, dove l'Autore rileva che: "...lorsque la menace est considérée d'une durée indéfinie, comme c'est le cas avec le terrorisme international à la Al-Qaed, il manque à la déclaration de l'état d'exception l'un de ses traits essentiels: l'anticipation de sa fin. Un état d'exception permanent semble être une contradiction dans les termes. Si les Conditions sont telles que l'ordre politique et juridique doit être reconfiguré indéfiniment, c'est le nouveau normal, pas un état d'exception".

dello stato emergenziale può essere un efficace contrappeso a una richiesta di proroga priva del necessario presupposto.

Se consideriamo la situazione da un altro punto di vista, si potrebbe ritenere che il dibattito pubblico, la votazione alla Camera e al Senato, l'uscire dal segreto delle stanze del potere possano o rafforzare la convinzione di mantenere in vita il regime eccezionale o smascherare il tentativo di affermare uno stato di polizia. L'alternativa si scioglie nel dibattito assembleare e nel maggiore coinvolgimento del pluralismo politico-rappresentativo: un esito conservativo o eliminativo della situazione eccezionale che solo le maggioranze crescenti potranno garantire⁵⁶.

All'esigenza di evitare l'asservimento dei poteri straordinari a scopi eversivi si accompagna un ulteriore bisogno: le libertà retrocedono forzatamente dinanzi all'imperativo emergenziale, senza neppure la prova di un'effettiva aggressione alla sicurezza. Allora se questa inversione del rapporto libertà-sicurezza tende a stabilizzarsi nel tempo, è più che opportuno riservare alle minoranze, soggetto unitario almeno nella difesa politica delle libertà, la parola ultima sul conservare questa relazione a termini invertiti, o invece ripristinarla nella sua corretta fisiologia. Anche in merito a quest'esigenza, la scala mobile che Ackerman valorizza si propone come uno strumento che esprime una presunzione di principio a favore delle libertà.

A ciò si aggiunga la considerazione che questo consenso addizionale possa avere un duplice effetto positivo sull'Esecutivo: da un lato, lo disincentiva ai colpi di mano, trasformando il temporaneo in definitivo, perché il Governo non ha certezza di ottenere la proroga richiesta; dall'altro, lo invita a un cauto uso dei poteri emergenziali, visto che dovrà cercare il consenso fuori dalla sua maggioranza.

A questo punto, rileviamo però un punto debole nella teoria dello studioso: la sua impostazione unilaterale. Il veto delle opposizioni rappresenta il vero presidio per la democrazia che merita di essere protetta, cioè posta al riparo da presumibili tentativi egemonici e da mire totalitarie, specialmente in tempi di crisi. E in questa illimitata fiducia nella funzione garantista del veto, Ackerman dimentica che le opposizioni si potrebbero avvalere di questo strumento al solo fine di disturbare l'azione di governo, cioè per meri scopi emulativi, avversariali all'Esecutivo.

Con ciò non si vuole dire che il "sistema della scala mobile" debba rimanere fuori dalla ipotetica clausola emergenziale introdotta in via di revisione costituzionale, ma che non andrebbe enfatizzata la sua funzione protettiva dalle proroghe abusive in quanto, diventato un elemento eccezionale della dinamica antagonista tra maggioranza e opposizione, risponderà alla logica politica del gioco delle parti. Quindi, la minoranza userà il veto o comunque minaccerà di farlo a prescindere dal venir meno del fatto emergenziale e lo finalizzerà a un risultato politico e quindi non necessariamente al ritorno alla normalità; con ciò il veto perderà i suoi attributi di prestazione neutrale posta a difesa della legalità istituzionale.

⁵⁶ Spiega bene questa esigenza B. ACKERMAN, *Before the next attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*, cit., 117: "Ciascun voto sottolinea pubblicamente la provvisorietà del regime: è questa sua provvisorietà che richiede che la sua limitata proroga sia approvata coscientemente".

6. Conclusioni

Chiudiamo con uno sguardo alla proposta di revisione costituzionale⁵⁷, che disegna un'*emergency clause* limitata alla funzione legislativa.

Questo il suo corpo essenziale: messa in quarantena definitiva dell'Assemblea, privata anche del voto finale sul progetto di legge; concentrazione dell'intera funzione legislativa in capo a una commissione "specialissima", che agisce in luogo dell'Assemblea; riserva all'istituenda commissione di poteri incomparabilmente dilatati nell'oggetto e negli effetti rispetto a quelli propri delle commissioni deliberanti e persino di quelle speciali, come tipizzate nei regolamenti parlamentari; legittimazione a certe condizioni a derogare al riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni, inaugurandosi anche una via alternativa al 138, benché temporanea. Questa proposta di revisione supera, tra l'altro, il controlimito sostanziale, secondo il quale è l'Assemblea il soggetto competente a deliberare (artt. 64 e 72 Cost.), non una sua articolazione in miniatura, che può votare da remoto.

Quale il suo esito?

Si comprometterebbe il corretto funzionamento del rapporto rappresentativo se a decidere fosse una sparuta minoranza di parlamentari che operano da stanze virtuali, scarsamente visibili ai cittadini; e con esso si attenterebbe all'esistenza stessa del Parlamento.

In sintesi, per scrivere questa clausola, opportuna, ma non necessaria, occorrerebbe prudenza e attenzione a rimanere entro le rette parallele dell'equilibrio dei poteri e dell'intangibilità del nocciolo duro dei diritti. Diversamente, per evitare il pericolo attuale dell'anarchia emergenziale, avremmo procurato una profonda e irreversibile lacerazione alla Costituzione attraverso una via lecita. Quale dei due danni è il peggiore?⁵⁸

Forse sarebbe bastato e basterebbe governare l'emergenza in atto con più cautela e nella consapevolezza di non creare nulla di nuovo, ma semplicemente di osservare la cornice costituzionale di riferimento.

⁵⁷ Leg. XVII, A.C. 2450, *Proposta di revisione costituzionale, "Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, "concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere"*.

⁵⁸ G. GEARTY, *Liberty and Security*, Polity Press, Cambridge, 2013, in part. cap. IV. e K. ROACH, *The 9/11 Effect. Comparative counter terrorism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 428 ss.

Andrea Patroni Griffi
Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione

ABSTRACT: *The pandemic emergency poses new questions on the classic theme of the relationship between science, politics and law. Science poses the unavoidable scientific terms of legal questions, but it is the task of politics to make regulatory decisions that make reasonable balances between the heterogeneous constitutional rights and interests involved.*

SOMMARIO: 1. Qualche considerazione introduttiva sull'emergenza pandemica. – 2. Il rapporto tra scienza e politica ai tempi del Covid-19. – 3. L'insegnamento di Max Weber e le scelte delle democrazie pluraliste di fronte al virus. – 4. Un tema di bilanciamenti e di ragionevolezza delle scelte. – 5. Notazioni conclusive. Quale scienza e quale politica per il futuro?

1. Qualche considerazione introduttiva sull'emergenza pandemica

Il rapporto tra scienza, politica, etica e diritto è tema classico e ampiamente indagato¹ che forma oggetto di riflessione nella pluralità degli osservatori delle diverse discipline scientifiche. Si tratta in questa sede di svolgere qualche considerazione tesa a enucleare se la corrente epidemia, nella fase in particolare del *picco pandemico* e di maggiore emergenza socio-sanitaria, consente di segnare paradigmi diversi, oppure no, nel rapporto tra scienza e politica, nell'elaborazione della regola giuridica e nella sua determinazione di contenuto alla luce del fatto scientifico.

Rispetto al profilo specifico dell'emergenza pandemica e alle conseguenze che le misure di contenimento della stessa, indicate dalla scienza come necessarie a contrastare la diffusione del virus, hanno sugli altri diritti e libertà costituzionali, si pone in via preliminare la stessa questione relativa alla discussa opportunità di introdurre in Costituzione una specifica disciplina degli stati di emergenza, sulla falsariga di quanto avviene in altri ordinamenti. Al riguardo, sia consentito riprendere una convinzione, espressa già nel 2006, in sede di commento per l'Utet all'articolo 78 della Costituzione², che la presente pandemia ha rafforzato.

La Costituzione, come noto, pone per l'estrema emergenza di una guerra, di tipo difensivo, sia un chiaro principio parlamentare attraverso la delibera dello stato di guerra sia

¹ Nell'ampia letteratura cfr. le sempre attuali considerazioni di G. GUARINO, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 3 ss. Si segnala anche il volume collettaneo di G. GRASSO (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del seminario annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa", Como 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, in particolare il saggio di P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, 81-99.

² A. PATRONI GRIFFI, *Art. 78 Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006.

un principio di proporzionalità e ragionevolezza attraverso la formula dei “poteri necessari”. In tal modo, si argomentava, nel citato commentario, la Costituzione ha inteso fissare le coordinate minime valevoli per qualsiasi condizione di emergenza. Nella stessa presente emergenza pandemica, non può che ritenersi, nel quadro delineato, che sia il Governo a potere, e dovere, intervenire mediante gli strumenti della decretazione d’urgenza, ma anche di poteri di ordinanza, previsti da fonte primaria. Rispetto a un quadro emergenziale fortemente mutevole, il Parlamento deve però continuare a svolgere il proprio ruolo, richiesto dalla Costituzione³, già nella conversione di decreti legge, che rimandano agli interventi con decreto del presidente del consiglio. Peraltro, per inciso, la presente emergenza consente di sottolineare che indefettibile è il Parlamento per la sua funzione, ma non per il luogo in cui la esercita, né per gli strumenti tecnologici che consentono di esercitare la stessa⁴.

Ci si potrebbe interrogare, inoltre, se il *decision making process* nella pandemia si avvicini a una condizione assimilabile alla guerra: a me, invero, pare che si tratti di situazioni ontologicamente diverse, anche se tragicamente il dato della mortalità, soprattutto in caso di un virus molto aggressivo, oltre che contagioso, può superare quello degli stessi conflitti armati⁵. Ma la pandemia, invero, è una situazione di emergenza, su cui la comunità scientifica - e lo stesso potrebbe valere in termini di bioetica ambientale per il surriscaldamento della Terra e i suoi ipotizzati catastrofici effetti - ci aveva da tempo allertato, richiedendo interventi a livello di governo globale. La zoonosi era prevista e può ripetersi, come rilevato comunemente dagli scienziati e questo richiede, in generale, il porre per tempo adeguate politiche pubbliche.

2. Il rapporto tra scienza e politica ai tempi del Covid-19

Se in passato il decisore politico ha fatto ricorso a scelte che assecondavano gli umori di certa opinione pubblica, veicolata da una comunicazione di fatti scientifici del tutto inadeguata, come nel caso Stamina o in altre vicende simili, oggi la politica, soprattutto a livello governativo, sembra quasi avere dismesso il proprio ruolo di decisore,

³ In senso analogo, tra gli altri, v. anche L. FERRARO-L. DI MAJO, *La gestione dell'emergenza sanitaria in Italia e profili di comparazione*, in M. BORGATO-D. TRABUCCO (curr.), *Covid-19 vs. Democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, ESI, 2020, 103 ss.

⁴ Cfr. F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in [Federalismi.it](https://federalismi.it), 6/2020, 217 s.; IDEM, *La democrazia rappresentativa si difende con il voto a distanza*, in perfondazione.eu, quaderno 5/2020; T.E. FROSINI, *Appunti per il day after di fine emergenza. Più ricerca e un gigabyte per ciascuno*, in [Il Dubbio](https://il-dubbio.it), 27 marzo 2020; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in [Osservatorio sulle fonti](https://osservatorio.sullefonti.it), 3/2020. Per considerazioni diverse v. tra gli altri M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il coronavirus possono rievocare il dictator*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020; A. PERTICI, *Coronavirus, le camere dimezzate votano il bilancio. "Precedente pericoloso"*, in [La Stampa](https://laStampa.it) (online), 11 marzo 2020.

⁵ In tal senso, cfr. F. ABBONDANTE-S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [Federalismi.it](https://federalismi.it), Osservatorio emergenza COVID-19, 24 marzo 2020, in cui S. Prisco specifica che “Il punto è però che questa di oggi al virus è una guerra solo metaforica, benché cambi comunque le nostre vite e mieta vittime e non si può procedere ad applicare lo schema per analogia, se non con molta circospezione”.

rimettendo le scelte fondamentali ai tecnici e agli scienziati, le cui decisioni costituiscono fondamento di misure che incidono in modo importante su diritti fondamentali, al fine di garantire un adeguato contrasto del virus, a tutela della vita e della salute delle persone. Al di là delle modalità di costituzione e funzionamento di tali comitati tecnici e della trasparenza del loro operato⁶, si pongono una serie di questioni sul rapporto tra scienza e politica che muovono in uno scenario del tutto emergenziale e quindi diverso da quello ordinario.

Nel presente di un picco pandemico, il dato della mortalità e del contagio ha determinato un'assoluta urgenza e necessità di intervento, con concomitanti margini di incertezza su tipologia, tempi, natura degli interventi da adottare, su cui le informazioni sui dati scientifici sono fondamentali, ma mutevoli, e ci si muove spesso in assenza di evidenze scientifiche su aspetti cruciali relativi al (nuovo) virus. Basti pensare all'incerto e altalenante dibattito nella comunità scientifica su diversi fondamentali profili: sull'uso dei dispositivi di prevenzione, sull'utilità del ricorso alle mascherine, sul contagio virale mediante contatto con superfici infette, sulle terapie più adeguate da seguire, sulla stessa modalità di diagnosi mediante il ricorso a tamponi, sullo sviluppo degli anticorpi per i contagiati guariti, sull'efficacia temporale del vaccino, se solo stagionale, sull'uso di tecnologie sul tracciamento dei movimenti delle persone, sull'istituzione delle zone rosse *et cetera*. È facile ricordare, ad esempio, come la prescrizione scientifica, che inizialmente era anche dell'Oms, di effettuare tamponi solo ai sintomatici, sia stata presto rinnegata dagli scienziati, pur non essendo chiaro il livello di contagiosità dei pazienti affetti in modo asintomatico.

Si sono avute tutta una serie di indicazioni fornite da parte della stessa comunità scientifica che si sono mostrate parziali, quando non errate, e che ben hanno potuto determinare sinanche un aumento dei casi di contagio. Non sono questi appunti nei confronti della scienza, al di là delle inadeguatezze personali, soprattutto sul piano della comunicazione, di tanti scienziati, che hanno scambiato proprie ipotesi e tesi, ancora da verificare, per verità scientifiche già acquisite.

Il fatto è che, ancor più in presenza di una serie di elementi di incertezza scientifica, il decisore politico deve comunque potere assumere scelte tempestive, nel bilanciamento dei diritti sottostanti, fermo restando che tali scelte per loro natura sono destinate ad essere mutevoli in rapporto sia al repentino evolvere degli eventi sia delle stesse conoscenze scientifiche.

Resta, dunque, vero anche nella presente emergenza pandemica, che in tutte le questioni legate alla scienza, il diritto e la connessa prescrizione normativa di condotte, obblighi e divieti devono trovare la loro razionalità giuridica nella ragionevolezza scientifica delle soluzioni. Di qui risulta giustificato il costante riferimento alla scienza e a comitati tecnico scientifici, i quali offrono risposte e soluzioni diverse, perché semmai sono controverse le posizioni al loro interno. Questo non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate nell'urgenza epidemica, come quelle di cui ai decreti legge e ai decreti del presidente del consiglio adottati.

⁶ Cfr. M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna, 2/2020.

3. L'insegnamento di Max Weber e le scelte delle democrazie pluraliste di fronte al virus

Sul punto resta sempre attuale l'insegnamento di Max Weber, che sottolineò la "tensione irrisolta tra l'esigenza di scientificità ... e il riconoscimento dei limiti che inevitabilmente le scienze" incontrano, quando si tratta di adottare scelte sull'organizzazione della vita degli uomini, che per definizione non possono che spettare alla politica e non certo agli scienziati⁷.

D'altra parte, era stato lo stesso Weber nel 1907, in sede di critica di un libro di Rudolf Stammler⁸, a identificare la differenza tra regole sociali e regole tecniche e a chiarire che, mentre le regole tecniche sono fondate su criteri scientifici empiricamente fondati, le regole sociali devono tener conto delle contingenze in cui ci si trova ad affrontare le condizioni dell'agire individuale e collettivo. Il legislatore deve cedere di fronte all'evidenza scientifica e attuare una razionalità di scopo che trova nella scienza il suo più saldo fondamento.

D'altronde quella che è sembrata cedevolezza della ragione normativa verso la razionalità della cultura scientifica è venuta dopo un lungo periodo in cui nessuno ha dubitato che il diritto dovesse cedere di fronte ad una presunta "razionalità economica". Ed è significativo che oggi gli ambienti politici e culturali più preoccupati di violazioni della Costituzione siano talora gli stessi che non hanno posto alcuna resistenza all'esondazione della razionalità economica - ed anzi l'hanno favorita - dimenticando le ragioni stesse di giustizia sociale alla base del costituzionalismo del secondo dopoguerra⁹.

Peraltro, anche uno dei più grandi giuristi italiani della prima metà del Novecento aveva capito che l'identità del diritto sta proprio nella sua capacità di mantener un equilibrio tra le sfere del sociale. Al di là della distinzione tra diritto ed etica, le quali però non sono tra di loro monadi, quando è stata concepita il fortunato assunto secondo cui il diritto rappresenta il *minimum* etico, si è detto in parte il vero, ma anche d'altra parte un'inesattezza. Il diritto rappresenta non solo una quantità di morale, ma anche di economia, di costume, di tecnica ecc. E questa quantità, che non può circoscriversi e misurarsi *a priori*, non è affatto detto che possa e debba essere un *minimum*¹⁰.

Per assurdo, ma neppure tanto, posto che era stata paventata una tale soluzione in sicure democrazie come il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America, la politica avrebbe

⁷ P. MARSONET, *Per Weber il disincantamento del mondo era il vero male dell'Occidente*, in [l'Occidentale](#), 4 marzo 2012, rileva che l'intera opera di Max Weber "è percorsa dalla tensione irrisolta tra l'esigenza di scientificità che egli impone al suo discorso, e il riconoscimento dei limiti che la razionalità tipica della scienza incontra quando l'uomo si accinge a specificare quali siano i significati ultimi in base ai quali organizzare la propria vita. Ne deriva, da un lato, l'ottimismo scienziasta dei positivisti, e dall'altro l'acuta consapevolezza weberiana che il progresso scientifico degli ultimi secoli costituisce la radice del particolare genere di razionalizzazione che impronta le società dell'Occidente industrializzato. È proprio questa consapevolezza della difficoltà dei tentativi volti a definire in modo preciso la razionalità a rendere Weber più che mai attuale."

⁸ M. WEBER, *Rudolf Stammler e il "superamento" della concezione materialistica della storia* (1907), in P. ROSSI (cur.), *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 2001.

⁹ Si veda, se si vuole, A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale*, in [Federalismi.it](#), 4/2018.

¹⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

potuto andare, a difesa di interessi economici e contro l'indirizzo scientifico, assolutamente prevalente, e non adottare alcuna misura di isolamento e distanziamento¹¹. La domanda non è affatto oziosa né teorica. Avrebbe avuto antidoti adeguati una democrazia pluralista contro la scelta di un' "omissione normativa" di misure di contrasto all'epidemia? Di fronte a una scelta politica, che avrebbe comportato certezza di decine e centinaia di migliaia di morti in più, gli stessi custodi, le Corti avrebbero avuto spazi di intervento per sostituirsi alla politica e imporre un più alto livello di tutela della salute e della vita umana?

È altrettanto evidente, d'altro canto, che una prolungata chiusura totale delle attività – peraltro, nel caso italiano e contro ogni razionalità di ragionevole differenziazione territoriale delle misure, estesa semmai anche in aree prive di tassi significativi di contagio – sarebbe irragionevole rispetto ad altri diritti e interessi costituzionali.

4. Un tema di bilanciamenti e di ragionevolezza delle scelte

Tutto ciò ci conduce al cuore della questione: al tema conosciuto del bilanciamento tra il diritto alla salute, i diritti di natura socio-economica, a partire dal diritto al lavoro e libertà di impresa, e altre libertà costituzionali¹², tenendo però conto che, nell'emergenza da Covid-19, la salute si pone, nella sua evidenza di diritto fondamentale come espressamente qualificato all'articolo 32, con un contenuto strumentale alla tutela dello stesso diritto alla vita, diritto non espresso in costituzione, ma più che fondamentale, vera preconditione per l'esercizio di qualsiasi altro diritto e libertà.

Tale bilanciamento fa riemergere anche la discussa questione della gerarchia dei diritti.

La Corte nella sentenza Ilva ha offerto parole importanti sul bilanciamento in questi casi. Ed è da verificare se tale ricostruzione sia valida bussola anche di fronte alla presente emergenza epidemica.

Le recenti parole usate dalla Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia¹³ mi sembrano andare in analoga direzione a quella del Caso Ilva, nella quale la Corte aveva affermato:

¹¹ In queste democrazie d'oltremania e d'oltreoceano, sembrava volersi puntare a livello politico sulla cosiddetta "immunità di gregge", accettando la morte di decine e centinaia di migliaia di individui più deboli e quindi più esposti al rischio mortale derivante dal contagio.

¹² Sul tema cfr. ampia dottrina recente, come ad esempio, *ex multis*, A. RUGGERI, [La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto](#), in [Consulta OnLine](#), 2020/I, 161; F. ABBONDANTE-S. PRISCO, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, cit.; C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo la peste di Camus*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, F. ALAGNA, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020; G. L. GATTA, [I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena](#), [Consulta OnLine](#), 2020/I, 200; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 26 marzo 2020.

¹³ *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, in *Corriere della Sera*, 20 aprile 2020.

“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 ed in potenziale conflitto tra loro’ ([sentenza n. 264 del 2012](#)). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. ...non si può condividere l’assunto ... secondo cui l’aggettivo ‘fondamentale’, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un ‘carattere preminente’ del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona’...occorre garantire ‘un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi’”¹⁴.

Si può essere sempre d’accordo che i tra i diritti e interessi costituzionalmente protetti non vi è gerarchia, e che vi sia una sostanziale concorrenza. Tale concorrenza, però, porta a non potere, sempre, tutelare i termini del bilanciamento.

Si consideri l’esempio classico del bilanciamento di inizio vita¹⁵, il diritto alla vita e alla salute fisica o psichica della madre prevale ragionevolmente, nelle condizioni di legge, attraverso l’interruzione volontaria di gravidanza alla soppressione della vita umana nascente, dunque, sull’interesse pur costituzionalmente riconosciuto di tutela del feto¹⁶.

È vero che il diritto alla salute in un’epidemia è diritto alla vita di migliaia di persone¹⁷ ed è prevalsa la relativa tutela, in questa fase, su tutti gli altri diritti e libertà, travolti dal necessario ricorso al cosiddetto *lockdown*, a una misura di forte limitazione sino all’annullamento della libertà di circolazione delle persone o di altre libertà fondamentali¹⁸.

Una tale strategia, sostenuta fortemente dalla comunità scientifica, è diventata poi scelta politica. Anzi una scelta politica, non immediata, e non abbastanza coraggiosa in alcune zone focolaio del nord, sulla pressione degli operatori economici di quei territori, che hanno impedito una più ragionevole differenziazione territoriale delle misure.

Si tratta di una scelta che ha come effetto non la cura o la soppressione del virus, ma di fermare o almeno rallentare le lancette del contagio, mettendo in condizione – e ciò costituisce elemento essenziale nel fondamento della ragionevolezza di misure così estreme – gli apparati di predisporre misure mediche e tecnologiche¹⁹ in grado di

¹⁴ [Corte costituzionale, sent. n. 85/2013](#), commentata tra gli altri da R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in [Rivista AIC](#), 3/2013.

¹⁵ L. CHIEFFI-J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ (curr.), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015.

¹⁶ Interesse di tutela che la giurisprudenza costituzionale, che pure ha riscritto la legge 40, riconosce anche all’embrione umano.

¹⁷ Si considerino gli 30 mila decessi ad oggi in Italia, soprattutto nella regione Lombardia.

¹⁸ Sulla libertà di culto cfr. A. FUCCILLO-M. ABU SALEM-L. DECIMO, *Fede interdetta? L’esercizio della libertà religiosa collettiva durante l’emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet – Intercultural Law and Humanities Review*, 4 aprile 2017, 87-117.

¹⁹ Tamponi, test immunologici, posti letto in terapie intensive, ospedali-covid, dispositivi di protezione, quali mascherine, guanti, igienizzanti, tecnologie di tracciamento non lesive della *privacy*, nuova

tutelare la salute in una successiva fase di più contenuta compressione degli altri diritti in bilanciamento, quali il diritto al lavoro, le libertà d'impresa, riunione, circolazione, ecc., senza il rischio di ricadere in un nuovo, insostenibile picco dei contagi. In realtà, un legislatore scientificamente informato avrebbe potuto attrezzarsi per tempo per tali misure, almeno in chiave di precauzione, se non di prevenzione, data appunto la ricordata previsione presente e futura di eventi di pandemia in particolare di origine da zoonosi, che invero si possono contrastare fundamentalmente con interventi di governo globale dell'ambiente, rimuovendo le cause, scientificamente ben individuate, delle pandemie, sempre più frequenti.

5. Notazioni conclusive. Quale scienza e quale politica per il futuro?

In definitiva, anche nell'emergenza da Covid-19, emerge che la scienza "pone" i "termini scientifici" delle questioni giuridiche²⁰.

Ora vi sono casi, che non dovrebbero prestare il fianco a discussioni, in cui l'evidenza scientifica è tale da orientare la scelta politica sino al punto di individuare solo un'opzione normativa come scientificamente sostenibile, riducendo, quasi annullando, il margine di esercizio discrezionale del legislatore e, poi, di apprezzamento del giudice nell'applicazione del diritto al caso concreto.

Normalmente però il necessario fondamento nella "ragionevolezza scientifica" non esclude, ma anzi presuppone un ambito di apprezzamento da parte del legislatore.

Tanto più ci troviamo in ambiti di questioni scientifiche controverse, con i relativi dilemmi etici e politici, maggiore sarà il margine di apprezzamento rimesso al legislatore e maggiore dovrebbe essere la cautela nel porre la scelta normativa. Infatti, "le acquisizioni scientifiche ... pongono limiti alla discrezionalità legislativa", ma al contempo che "le acquisizioni tecnico-scientifiche non sono da considerarsi un dogma indiscutibile"²¹. E ciò è vero sia quando tali acquisizioni operano a fondamento di trattamenti sanitari sia quando le stesse sono alla base del necessario, ragionevole bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali eterogenei, come visto nel caso delle questioni da Covid-19.

La neutralità della scienza allora diventa un mito.

Spetta alla politica, per conseguenza, intervenire e *sapere* regolare. Di qui anche il tema, anche politologico, della crisi della rappresentanza, che riguarda eletti ed elettori, e della cattiva qualità della politica²².

organizzazione del lavoro e della socialità etc.

²⁰ Alcune delle seguenti considerazioni sono *amplius* in A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016.

²¹ R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indispensabilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in P. MACCHIA (cur.), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, ESI, 2012, 54.

²² Cfr. *ex multis* D. NOCILLA-L. CIAURRO, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, 594; S. STAIANO, *Rappresentanza*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, ma anche L. DI MAJO, *La rappresentanza in declino: partiti politici e gruppi di pressione nelle procedure democratiche*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – *Rassegna*, 25 luglio 2016.

Il biodiritto in generale, quale necessaria ricerca di principi e regole giuridiche da applicarsi nelle questioni bioetiche e nell'emergenza sanitaria, trova nella scienza, in dialogo ma, distinta dalla politica, in un difficilissimo equilibrio di funzioni distinte ma collegate, una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi anche legittimità, delle scelte politiche.

Una forma di "legittimazione dall'alto"²³ delle scelte normative, nell'emergenza sanitaria, che trae radice dai principi costituzionali, ma anche dalla scienza. Anzi, i principi costituzionali possono essere dinamicamente ricavati, anche ricostruendo nuovi contenuti normativi, che cambiano nel loro significato col passare del tempo e del progresso, mediante l'ausilio della stessa scienza. In tal senso, il "deficit strutturale degli enunciati costituzionali può, dunque, essere almeno in parte colmato attingendo in sede interpretativa alle indicazioni offerte dall'etica e dalla scienza, quali fattori di stabilizzazione e, allo stesso tempo, di rinnovamento semantico degli enunciati stessi"²⁴. Così, nelle situazioni più delicate, è possibile, al contempo, ritrovare certezza e dinamicità del diritto, valori fondamentali e antinomici, nella bioetica e nella presente emergenza.

I fatti scientifici, in questi limiti, rilevano come elementi indispensabili al fine della decisione politica sulle questioni bioetiche e di emergenza sanitaria, non solo sul piano della decisione assunta, ma anche sul piano del successivo controllo in sede giudiziaria, sul piano della ragionevolezza, proporzionalità e, dunque, in definitiva legittimità stessa della scelta.

Su questo esemplare certa giurisprudenza sulla legge n. 40, con il discrimine tra le crisafulliane rime obbligate, oppure no, dalla Costituzione, le cui regole vengono individuate in quanto riempite di contenuto dai principi costituzionali, alla luce delle evidenze scientifiche che limitano o, invece, lasciano spazio di azione alla scelta legislativa.

Chiara l'illegittimità, in chiave di violazione del principio di eguaglianza per irragionevolezza scientifica, del limite legislativo dei tre embrioni e del divieto di congelarli, caduti dinanzi al giudice delle leggi, caduti perché *contra scientiam* e quindi anche *contra Constitutionem*, così come il divieto generale di analisi genetica preimpianto o di fecondazione eterologa²⁵.

Ma la legge n. 40/2004 è anche osservatorio di questioni dal punto di vista etico, scientifico e giuridico assai controverse, come quella sulla sorte degli embrioni sovranumerari o sulla maternità surrogata e la gestazione per altri nelle innumerevoli varianti²⁶.

²³ A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA, *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, 569 s.

²⁴ A. RUGGERI, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in [Rivista AIC](#), 10/2016, 412.

²⁵ A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](#), 3/2015.

²⁶ Su questi temi, si rinvia a L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018.

La giurisprudenza costituzionale richiede un “legislatore scientificamente informato” ([sentenza n. 96/2015](#))²⁷ e distingue le ipotesi in cui dalla Costituzione, riempita di significato dal dato scientifico, si possano ritrovare rime obbligate che consentano interventi additivi oppure no, riconoscendo discrezionalità legislativa e quindi spazio alla scelta politica. Così sulla sorte degli embrioni sovrannumerari nella [sentenza n. 84/2016](#), dove la Corte, con decisione pur criticabile, considera la rimozione del divieto di sperimentazione o di altro impiego degli embrioni una scelta che rientra nell’esercizio della discrezionalità del legislatore e non contraria di per sé a scelte che evidenze scientifiche sottraggano al legislatore²⁸.

La “cattiva”, e riscritta dal giudice delle leggi, legge n. 40 è comunque simbolo del ruolo positivo del ruolo di una legge su questioni scientifiche e eticamente controverse²⁹. Lo stesso potrebbe dirsi per la futura acquisizione di una legge che disciplini, certo, con principi, norme a maglie larghe che lascino ampi spazi modulativi e applicativi, le situazioni di emergenza epidemica. Opportuna appare infatti l’opzione di dotare l’ordinamento di una legge generale sulle infezioni virali e sui rischi da epidemia, come in Germania nella legge del 2000, sulla protezione dalle infezioni, che fissi protocolli e linee generali e flessibili di intervento in caso di epidemia, facendo tesoro proprio dalle conoscenze acquisite nell’emergenza attuale.

Legge, a mio modo di vedere, importante anche se non potrà mai regolare le scelte tragiche, in ultima analisi rimesse alla scienza e coscienza medica, dell’intervento sanitario. In tal senso, è drammaticamente emblematica la questione dell’accesso alle terapie intensive dei pazienti da Covid-19 in caso di saturazione delle strutture, su cui si sono avuti le linee guida della società scientifica degli anestesisti e rianimatori, prima, e il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, poi, che ha sottolineato come tali scelte tragiche non possano rispondere a mera logica anagrafica, dovendo guardare alla situazione di salute del singolo individuo.

Non una legge che regoli nel dettaglio, ma che dia cornice alle misure di prevenzione da adottare e agli interventi medico-sanitari. Dunque, non *regole* che il legislatore fissi direttamente, e in modo rigido e assoluto, ma norme aperte che lascino spazio a

²⁷ Su cui, tra i tanti, E. Malfatti, [La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata, ma forse non “scontata” né \(del tutto\) condivisibile](#), in [Consulta OnLine](#), 2015/II, 533; S. Penasa, *L’insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti “rafforzati”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna, 8 luglio 2015; I. Pellizzone, *L’accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza n. 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna, 4 novembre 2015; M. Giacomini, *Il sì alla diagnosi preimpianto un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna, 28 giugno 2015; F. Viganò, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 8 giugno 2015.

²⁸ Cfr. C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 2016*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2/2016 e, nello stesso numero, cfr. M. D’Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione* e S. Prisco, *L’embrione come soggetto di narrazioni*.

²⁹ Tanto da averla qualificata come legge costituzionalmente necessaria, ma naturalmente non a contenuto costituzionalmente vincolato, come si argomenta *amplius* in A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit.

valutazioni che attengono alle evidenze scientifiche sul piano generale e all'apprezzamento del medico, in quello specifico, a garanzia del diritto alla salute del singolo.

Il giurista di diritto positivo, e concludo, ha bisogno di qualche certezza dei contorni delle fattispecie a cui applicare le categorie giuridiche, nonostante il turbinio dei mutamenti della scienza.

Occorre porre limite all'incalcolabilità del diritto³⁰; questo lo si può fare andando oltre le "due culture" con un costante, sapiente dialogo tra diritto e altre scienze funzionali non solo al momento della cognizione del giudice ma, soprattutto, e prima ancora, nel momento della elaborazione della regolazione normativa.

Solo in un tale quadro, si potrà avere nelle leggi sulle questioni scientifiche quella elaborazione multifattoriale dei principi, che esprimono diritti e libertà, e che consentono, sul piano stesso della teoria dell'interpretazione, al diritto costituzionale "di reagire alle incognite del tempo"³¹, anche quelle assai cupe del presente.

³⁰ Volendo parafrasare N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

³¹ C. PINELLI, *L'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladin*, Padova, 2014, 13.

Maria Cristina Grisolia
Rapporti tra i poteri ed emergenza¹

ABSTRACT: *The essay examines the relationship, during the Covid -19 period, between the President of the Republic, the Government and the Parliament, in light of the Constitution. It examines the real proceeding of this relationship and the proposed hypotheses. At the end, the essay asks about the possible future change of our Constitution.*

SOMMARIO: 1. I rapporti tra Capo dello Stato, Governo e Parlamento negli stati di crisi ed i principi ricavabili dalla Costituzione. – 2. Il ruolo assunto dal Presidente della Repubblica. – 3. Il rapporto Governo-Parlamento e le carenze dimostrate. Le ipotesi avanzate per il suo miglioramento. – 4. Modificare la Costituzione per una regolamentazione degli stati di crisi?

1. I rapporti tra Capo dello Stato, Governo e Parlamento negli stati di crisi ed i principi ricavabili dalla Costituzione

È quasi banale sottolineare come, nella logica emergenziale che guida le situazioni di grave calamità, sia il potere esecutivo l'organo al quale viene affidata la responsabilità di scelte che, per la loro urgenza, non possono rispettare le ordinarie competenze e regole procedurali.

E, tuttavia, pur nella sua banalità, non mi sembra del tutto inutile partire da questo dato per iniziare questo mio breve intervento.

Alcune costituzioni, ma come è noto non la nostra, regolano nel dettaglio la materia².

E, tuttavia, nonostante questa lacuna, non è difficile trarre dalle disposizioni che prevedono deroghe al normale ordine delle competenze i principi che si deve ritenere reggano il sistema nei momenti di crisi e di calamità: l'art.78 Cost., che prevede la dichiarazione dello stato di guerra; l'art. 77 Cost. che attribuisce al Governo il potere di approvare, per motivi di necessità e di urgenza e sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge. Infine, l'art. 120 Cost., che attribuisce, sempre al Governo, poteri sostitutivi nei confronti delle regioni e degli altri enti locali anche per motivi di "pericolo grave per la sicurezza e l'incolumità pubblica".

In tutti questi casi, nel rispetto della logica che caratterizza un sistema parlamentare, rimane saldo il rapporto che lega il Governo, principale responsabile delle scelte per la gestione dell'emergenza, e il Parlamento, organo che mantiene ferma, pur nella eccezionalità del momento, la sua posizione centrale. Così è per lo stato di guerra, deliberato dalle Camere che conferiscono al Governo i poteri necessari; così è per il

¹ Il lavoro amplia un intervento al *webinar* sul tema "Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19", organizzato dalla Rivista [Osservatorio sulle fonti](#) il 30 aprile 2020 e ora pubblicato sul sito della Rivista.

² Tra quelle a noi più vicine, la Costituzione francese e spagnola.

ricorso ai decreti legge, che decadono con efficacia *ex tunc* se il Parlamento non li converte in legge entro 60 giorni; così è, infine, nel caso previsto dall'art. 120 Cost., dove il potere sostitutivo del Governo è esercitato secondo procedure previste dalla legge.

In tutte queste disposizioni resta escluso il Capo dello Stato, al quale è affidato il solo potere formale di dichiarare lo stato di guerra deliberato dalle Camere (art. 87, comma 9, della Costituzione); fermo, naturalmente, il ruolo di supremo controllore e di garante del sistema, che è ad esso assegnato nella Costituzione e che non può certo venire meno nei momenti di crisi o di calamità³.

Se questo è il quadro costituzionale, la disciplina dell'emergenza, così come emersa in questo periodo, ha visto moltiplicarsi gli atti del Governo, attraverso una fitta sequenza di decreti legge, ordinanze ministeriali, ordinanze della protezione civile. Ma, soprattutto, attraverso i decreti del Presidente del consiglio, che si sono susseguiti con estrema frequenza dopo la delibera con la quale, a norma dell'art. 24 del d.lgs. n.1 del 2018 (recante il Codice della protezione civile), il Consiglio dei ministri ha dichiarato lo stato di emergenza in conseguenza al rischio sanitario connesso all'insorgere della pandemia per coronavirus⁴.

Non posso qui soffermarmi su tali atti che, sappiamo, hanno posto più di un problema quanto alla loro sistemazione nel sistema delle fonti e al rispetto dei principi costituzionali.

Quello che invece mi preme sottolineare nell'ottica affrontata, è "come" e "quanto" la preminenza assunta dal Governo e, per suo conto dal Presidente del consiglio, nella gestione della crisi abbia retto il rapporto sottinteso nel testo costituzionale con gli altri poteri dello Stato.

2. Il ruolo assunto dal Presidente della Repubblica

La questione si pone in primo luogo proprio nei confronti del Presidente della Repubblica.

Nessuna disposizione costituzionale - l'abbiamo già sottolineato - attribuisce al Capo dello Stato, in situazione di crisi, poteri aggiuntivi rispetto a quelli che gli sono attribuiti in via ordinaria.

E, d'altra parte, non si può non rilevare come, proprio la necessità e l'urgenza a provvedere, imposta dalle drammatiche circostanze determinate dall'espandersi del contagio virale, abbia fatto sì che si sottraesse al potere presidenziale anche il controllo che egli esercita in via ordinaria sugli atti normativi del Governo. Mi riferisco naturalmente ai numerosi D.p.c.m. che hanno regolato la materia, i quali, per la loro natura, si sottraggono oltre che al controllo del Parlamento, anche al controllo del Capo dello Stato. E ciò, pur essi autorizzati dal Governo, attraverso la catena dei decreti legge, a dettare discipline che, in modo assai consistente, hanno limitato diritti fondamentali.

Non sto qui a discutere tale scelta. La quale trova per molti la sua giustificazione nella necessità di soddisfare esigenze di speditezza, che non potevano certo essere allo stesso

³ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 6/2020, 3 e ss.

⁴ V. la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

modo garantite da meccanismi normativi sottoposti ad *iter* procedurali più complessi e non adeguati alla natura incalzante dell'emergenza epidemiologica⁵.

Quello che, invece, mi preme sottolineare è l'atteggiamento assunto dal Capo dello Stato a fronte di una così ampia e problematica produzione normativa, che veniva ad investire una buona fetta dei diritti garantiti dalla nostra Costituzione.

È un fatto che, nonostante l'indubbia limitazione imposta al Presidente, questi, tutt'altro che restio ad esercitare i poteri ereditati da Napolitano proprio in sede di controllo sugli atti normativi del Governo⁶, non ha ritenuto di dover in alcun modo intervenire. Egli ha così evitato ogni interferenza, quanto meno utilizzando strumenti informali, quali l'invio delle note missive volte ad ammonire e, se del caso, correggere le scelte dell'organo esecutivo. E ciò nell'unico momento in cui tale controllo poteva essere esercitato. Mi riferisco, naturalmente, all'atto dell'emanazione dei decreti legge dai quali i D.p.c.m. traevano la loro legittimazione; decreti fatti subito oggetto di critiche nel dibattito sorto intorno essi (vedi, in particolare, il primo dei decreti legge, il d.l. n. 6 del 2020, di cui si contestava da più parti la legittimità di alcune delle sue disposizioni⁷).

Il Presidente, invece, ha subito assunto un comportamento che, sia pure sempre vigile e simbolicamente significativo (non si può dimenticare la sua l'immagine autorevole e solitaria all'Altare della Patria il 25 aprile, né i suoi accorati messaggi nei momenti più duri della pandemia), il Presidente, dicevamo, ha assunto un comportamento che si è come "ritratto" a fronte delle scelte elaborate dal Governo. E se, mai, quando è intervenuto, lo ha fatto a sostegno di esso. Così là dove, in uno dei suoi primi messaggi televisivi, nel momento più acuto della pandemia, sottolineava, con particolare fermezza, l'indiscutibile ruolo primario dell'Esecutivo nelle scelte volte a contrastare l'emergenza sanitaria: "Alla cabina di regia costituita dal Governo - ha sottolineato il Capo dello Stato - spetta assumere, in maniera univoca, le necessarie decisioni in collaborazione con le Regioni, coordinando le varie competenze e responsabilità"⁸. Ed ancora quando, in una nota destinata agli organi dell'Unione europea, in modo altrettanto fermo, sempre nel momento iniziale dell'emergenza sanitaria, si schierava apertamente a sostegno del Governo, sottolineandone i meriti e la bontà delle decisioni: "Dopo l'esperienza fatta dall'Italia per il contrasto alla diffusione del coronavirus"- precisava il Presidente - divenuta utile per tutti i Paesi dell'Unione Europea, essa attende a buon diritto, quanto meno nel comune interesse, iniziative di solidarietà e non mosse che possano ostacolarne l'azione"⁹.

⁵ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2, 2020, 135 e ss; A. RUGGERI, [La forma di governo al tempo dell'emergenza](#), in [Consulta OnLine](#), 2020/II, 256, il quale, tuttavia, proprio a fronte degli effetti, anche derogatori di diritti costituzionali, che tali atti hanno prodotto nel nostro ordinamento, avanza l'ipotesi della necessaria previsione costituzionale del controllo su di essi del Capo dello Stato (v. 257).

⁶ V. LIPPOLIS-G.M. SALERNO, *La Presidenza più lunga. I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2016.

⁷ Per un esame dell'attività normativa del Governo al tempo del coronavirus v. in particolare A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in [Consulta OnLine](#), 2020/I; M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza](#), in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 11 aprile 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [Federalismi.it](#), 18 marzo 2020.

⁸ V. la dichiarazione sull'emergenza coronavirus del 5 marzo 2020.

⁹ V. la nota del 12 marzo 2020.

Ed infine, non posso non ricordare il messaggio del primo maggio, là dove, nel bel mezzo della polemica sorta intorno ai tempi di attivazione della c.d. “seconda fase”, ha colto l’occasione per invitare le forze politiche ed istituzionali ad una leale collaborazione con il Governo “per non rendere vani i sacrifici fatti” e non “essere costretti a passi indietro”¹⁰.

“La ripresa – ha sottolineato Mattarella, concludendo il suo intervento – è possibile perché nei quasi due mesi precedenti siamo riusciti ad attenuare molto la pericolosità dell’epidemia. Dobbiamo difendere questo risultato a tutela della nostra salute”. E aggiungeva: “Non vanno resi vani i sacrifici fatti sin qui se vogliamo assieme riconquistare, senza essere costretti a passi indietro, condizioni di crescente serenità ... Questo richiede – concludeva il Capo dello Stato – un responsabile clima di leale collaborazione tra le istituzioni e nelle istituzioni”.

Si dirà che tale comportamento risponde perfettamente alle dinamiche che caratterizzano il ruolo presidenziale nel nostro sistema. Dinamiche, che la dottrina ha unanimemente ricondotto alla logica che ispira la c.d. *teoria della fisarmonica*. E cioè quella teoria che vuole che i poteri del Capo dello Stato si espandano in momenti di particolare debolezza della maggioranza di governo e si contraggano, invece, nella situazione inversa. La situazione, appunto, che caratterizza l’attuale fase emergenziale, contraddistinta da un Esecutivo, se non fortissimo sotto il profilo politico, certamente posto dall’ordinamento in una situazione istituzionale di indiscussa preminenza.

E, tuttavia, nonostante ciò, io credo, che il comportamento del Capo dello Stato sia riconducibile non tanto alla sperimenta dinamica dei poteri nel nostro sistema, ma piuttosto ad uno spontaneo adeguamento ai principi che (abbiamo visto) si possono ricavare dalla nostra Costituzione nei momenti di emergenza. E cioè, ci pare, che esso possa essere riferito ad una chiara volontà di *autolimitazione*, volta ad assicurare la piena effettività del rapporto che la Costituzione vuole che leghi il Governo al Parlamento nei momenti di crisi.

In conclusione, il comportamento di Mattarella, rimasto immutato quanto alla sua funzione di garanzia e di rappresentanza dell’unità nazionale (mai venuta meno, ma se mai enfatizzata dal Capo dello Stato nei suoi numerosi discorsi ed interventi¹¹), si è invece dimostrato assai prudente nell’esercizio di poteri che potevano interferire nel circuito politico dei due organi di governo.

¹⁰ V. l’intervento del 1° maggio 2020 in occasione della Festa del Lavoro.

¹¹ Significativo in questo senso l’accurato messaggio rivolto dal Capo dello Stato alle forze politiche nell’anniversario della Repubblica. Il Presidente Mattarella, riprendendo l’appello già formulato nel suo discorso del primo maggio, invitava queste ultime, aldilà delle differenti posizioni e dei ruoli istituzionali, ad operare con spirito di collaborazione per non disperdere – ha sottolineato il Capo dello Stato – il patrimonio di “solidarietà, generosità, professionalità, pazienza e rispetto delle regole” accumulato nei giorni più drammatici della pandemia (Intervento del Presidente della Repubblica in occasione del concerto dedicato alle vittime del coronavirus nel 74° anniversario della festa nazionale della Repubblica. Roma, 1 giugno, 2020).

3. Il rapporto Governo-Parlamento e le carenze dimostrate. Le ipotesi avanzate per il suo miglioramento

Ed è qui che nascono i maggiori problemi.

Da tempo, infatti, ma soprattutto in quest'ultimo periodo, non sono mancate da parte della dottrina, dell'opinione pubblica, e anche da parte di alcuni parlamentari¹², prese di posizione contro l'atteggiamento poco attivo assunto dalle Camere nel momento più acuto dell'emergenza sanitaria¹³. Richiamo, per tutti, le parole di Gaetano Azzariti, il quale, evidenziando fra i primi la scarsa presenza del Parlamento nel circuito della decisione politica, sottolineava in modo significativo la "distanza abissale" (così l'ha definita) che separava ciò che il Parlamento faceva e ciò che avrebbe dovuto fare. "la Costituzione - aggiungeva, poi, richiamandosi alle norme già citate - assegna proprio al Parlamento il controllo e le decisioni finali nello stato di emergenza", ma in questo momento esso appare come "paralizzato"¹⁴.

Il riferimento riguardava la decisione assunta dalle Camere - nel momento in cui la pandemia registrava il maggior numero di casi, inclusi anche i casi di alcuni parlamentari - di sospendere tutte le sedute relative all'attività ordinaria, con la sola eccezione delle questioni indifferibili, concentrando l'attività, sia normativa che di controllo, sulle uniche questioni relative al coronavirus.

Si veniva così ad azzerare, *uno actu*, ogni discussione e decisione che riguardasse la mole di lavoro che incombeva fino a quel momento sulle Camere, il cui esame veniva rinviato senza fornire una qualche garanzia e certezza alle numerose aspettative che erano maturate intorno a quei lavori¹⁵.

Nessuno naturalmente mette in discussione le difficoltà che gravano oggi sul funzionamento di consessi così numerosi, come Camera e Senato. Né, d'altra parte, nonostante il forzato contenimento dei lavori, si è mai mancato di sottolineare il ruolo e l'importanza dell'organo parlamentare durante la crisi in atto:

"Il Parlamento – dichiarava il Presidente Fico nel corso di una intervista ad un noto quotidiano nazionale – deve essere in prima linea, non può arretrare, come non arretrano i medici e altre categorie....e questo perché nelle fasi emergenziali il Parlamento non solo resta un presidio a garanzia dei principi democratici (e tutti sappiamo quanti di questi principi erano stati messi in discussione), ma – continuava il Presidente – esso è chiamato a offrire sostegno a chi fronteggia in prima persona l'emergenza e a chi subisce il peso economico e sociale di questa situazione"¹⁶.

E, tuttavia, nonostante questa solenne proclamazione di intenti, basta guardare il calendario dei lavori per rendersi conto come non soltanto si siano ridotte le materie in discussione e il numero e la durata delle sedute (di fatto limitate per molto tempo a una

¹² V. la lettera inviata da alcuni deputati al Presidente Fico del 27 aprile 2020

¹³ M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in [Il Manifesto](#), 31 marzo 2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, 83 ss.; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 10 ss.

¹⁴ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione. Editoriale*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, III e ss.

¹⁵ V. il comunicato sull'organizzazione dei lavori alla seduta della Camera dei Deputati del 25 marzo 2020 e alla seduta del Senato del 26 marzo 2020.

¹⁶ V. l'intervista al Presidente Fico di ANNALISA CUZZOCREA, in [la Repubblica](#), 18 marzo 2020.

scadenza pressoché settimanale), ma si siano anche applicate procedure che ponevano più di un problema circa il rispetto del libero esercizio del mandato parlamentare.

Mi riferisco all'accordo preso dai capigruppo di Camera e Senato di applicare, in via di prassi, *iter* più snelli nello svolgimento dei lavori parlamentari.

Si è così stabilito che, salva l'attività delle Commissioni (garantita, nel rispetto delle distanze necessarie, dall'obbligo di presenza dei parlamentari per i soli atti formali e, dall'uso, invece, di strumenti telematici per tutti gli altri atti), i lavori dell'Assemblea si svolgessero a ranghi ridotti. E ciò pur nel rigoroso rispetto della proporzionalità fra i gruppi e delle maggioranze richieste per le votazioni.

Così è stato per la risoluzione approvata da Camera e Senato l'11 marzo sullo "scollamento di bilancio" ex art. 81, comma 2, Cost.; così è stato per la conversione in legge del d.l. n. 3 del 2020, sulla riduzione del c. d. "cuneo fiscale"¹⁷.

Quando, però, si sono venute ad assumere posizioni politicamente più controverse, come la votazione dell'ordine del giorno presentato da Fratelli di Italia, con il quale si chiedeva una esplicita presa di posizione contro l'adesione al MES, l'accordo è venuto improvvisamente a mancare e – secondo quanto riportato dagli organi di stampa – sia Fratelli d'Italia che il Pd si sono resi indisponibili a rispettare il limite numerico concordato, per assicurarsi, rispettivamente, il diverso risultato finale¹⁸.

Né, d'altra parte, sono mancate proposte volte a garantire una migliore organizzazione dei lavori.

Da un lato, si è avanzata l'ipotesi di affidare, con una piccola modifica dei regolamenti¹⁹, la conversione dei molti decreti legge approvati dal Governo a commissioni in sede redigente, e finanche legislativa, non essendo la riserva di Assemblea (che tanti problemi poneva quanto all'organizzazione dei lavori) richiesta dalla Costituzione, ma solo dai regolamenti delle Camere²⁰. Ovvero, d'altro lato, si è proposto, questa volta solo attraverso una interpretazione estensiva delle norme regolamentari, di istituire, in analogia a quanto accade all'inizio della legislatura, una commissione speciale investita, in via generale, di poteri redigenti²¹.

Un'ipotesi, quest'ultima, che ha avuto, addirittura, un qualche seguito in una proposta di legge costituzionale presentata da alcuni deputati. Essa prevede, appunto, che, dopo la dichiarazione di uno stato di emergenza deliberato dalle Camere, sia istituita una Commissione bicamerale, formata in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari, alla quale è affidato, in via temporanea, l'esercizio dei poteri spettanti alle Camere²².

¹⁷ V. rispettivamente, la seduta del Senato e della Camera del 4 e del 31 marzo 2020.

¹⁸ V. Cam. Dep., seduta del 24 aprile 2020.

¹⁹ Art. 96-*bis*, comma 1, Reg. Cam. e art. 78, comma 2, Reg. Sen.

²⁰ In senso favorevole a questa ipotesi V. LIPPOLIS, *Camere, voto a distanza no grazie. La presenza in aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1° aprile 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 10 aprile 2020, 7.

²¹ F. CLEMENTI, *Il Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 ore*, 16 marzo 2020; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 17 marzo 2020; C. FUSARO, *Meglio niente Parlamento o un Parlamento Smart?*, in *LibertaEguale*, 15 marzo 2020.

²² Cam. Dep., XVIII legisl., Proposta di legge costituzionale n. 2452, di iniziativa dei deputati Ceccanti ed altri.

Infine, si è proposto, suscitando un dibattito ancora molto vivo, di introdurre procedure telematiche attraverso le quali permettere ai membri delle Camere di partecipare “da remoto” alla discussione e al voto sia in Commissione che in Aula²³.

Non entrerà nel merito di queste ipotesi che impongono, comunque, sacrifici non indifferenti alla rappresentanza.

Nei primi due casi, sensibilmente contratta e limitata a un gruppo ristretto di parlamentari, ai quali viene sostanzialmente affidato da parte degli assenti il libero esercizio del loro mandato. Nell'altro, all'opposto, proprio nel tentativo di mantenere integro tale ruolo, imponendo il sacrificio del diretto confronto di idee ed opinioni, indispensabile alla dialettica parlamentare.

Nel frattempo, mentre altri Parlamenti si sono organizzati (da ultimo, anche il “padre” di tutti i Parlamenti, quello inglese, che ha introdotto riunioni in via telematica con il voto a distanza), le nostre Camere si sono inopinatamente perse intorno ai problemi procedurali, ritardando una più incisiva presenza nel circuito decisionale.

Qualcosa, però, sta cambiando e, dopo la “paralisi”, come l'ha definita Azzariti, dei primi momenti, il Parlamento sembra voler recuperare quel ruolo centrale che la Costituzione, prima, e il Capo dello Stato, poi, gli avevano riservato.

Significativa, sotto tale profilo, la modifica apportata all'art. 2, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020 nel dibattito per la sua conversione in legge²⁴. In base ad essa è ora previsto un primo significativo coinvolgimento del Parlamento all'atto dell'emanazione dei decreti presidenziali.

Si fa obbligo, infatti, al Presidente del consiglio, o al ministro da lui delegato, di comunicare preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare, “al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulate” (v. art. 2, comma 1, d.l. n. 19 del 2020, come convertito nella l. n. 35 del 2020²⁵). Con ciò riconoscendo al Parlamento non solo la possibilità di intervenire per guidare l'Esecutivo nell'attuazione delle scelte da operare, ma anche di sollecitare, se del caso, i necessari cambiamenti.

Vedremo quale sarà il futuro di questa modifica, già applicata²⁶ una prima volta in occasione dell'emanazione dell'ultimo dei D.p.c.m. approvati fino ad oggi (il D.p.c.m. 11 giugno 2020). E, tuttavia, anche al di là di essa, non mancano certo al Parlamento - come si è puntualmente sottolineato - tutti gli strumenti necessari per svolgere un più ampio controllo o per dare precise direttive al Governo, contenendo i regolamenti parlamentari un vero e proprio “arsenale” di meccanismi procedurali per intervenire²⁷.

²³ Tra i primi in questo senso S. CECCANTI, *op. ult. cit.*; C. FUSARO, *op. ult. cit.*; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 a impedire il voto a “distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 2 ss.; S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in [laCostituzione.info](#), 11 marzo 2020.

²⁴ Sulla base di un emendamento presentato alla Camera dei Deputati dall'on. Ceccanti.

²⁵ E ciò pur rimanendo ferma la possibilità del Governo, nel caso di particolare necessità ed urgenza, di informare solo successivamente il Parlamento sulle misure adottate (v. art. 2, comma 5, del d.l. n. 19 del 2020, come convertito nella l. n. 35/2020).

²⁶ V. il dibattito al Senato e alla Camera dei Deputati, seguito alle comunicazioni del ministro Speranza sui contenuti del d.p.c.m. 11 giugno 2020 (v. rispettivamente Sen. Rep., XVIII Legislatura, seduta del 10 giugno 2020 e Cam. Dep., XVIII legisl., seduta dell'11 giugno 2020).

²⁷ V. LIPPOLIS, *Virus, Governo ai limiti della Costituzione. Ora cambi strada*, in [formiche](#), 30 aprile 2020.

E ciò, soprattutto, se si tiene conto che, passata la prima fase di emergenza, dove incontrastate si ponevano le esigenze della tutela del diritto alla salute, siamo oggi alla vigilia di decisioni che impongono, invece, difficili bilanciamenti tra questo diritto e gli altri diritti in discussione; bilanciamenti che non potranno più essere affidati al solo Governo e, per suo conto al Presidente del consiglio, ma dovranno essere ricondotti all'esercizio delle legittime competenze di Camera e Senato.

4. Modificare la Costituzione per una regolamentazione degli stati di crisi?

Quali conclusioni trarre, dunque, da questa breve e sommaria analisi dei rapporti tra i poteri al tempo del coronavirus e quale la risposta alla domanda iniziale.

Essa, ci pare, non può che essere negativa.

Nonostante, infatti, l'accorta attività del Capo dello Stato, ben attento a non incrinare il rapporto tra i due organi di governo, tale rapporto non ha retto alla prova dei fatti. E ciò, lo abbiamo visto, non tanto perché la "Costituzione al tempo del Coronavirus"²⁸ non sia stata in grado di guidare il sistema, ma, piuttosto, sia stata responsabilità delle Camere non essere riuscite a svolgere il ruolo che ad esse era stato assegnato.

Nonostante ciò, tuttavia, rimango ferma nel ritenere, contrariamente a quanto autorevolmente sostenuto da altri²⁹, che le incertezze e le carenze appena denunciate non debbano necessariamente portare a modifiche costituzionali che circoscrivano l'emergenza entro argini normativi più definiti.

In tal senso, in particolare, l'ipotesi avanzata da Antonio Ruggeri³⁰, che mi piace qui richiamare in quanto già compiuta nella sua formulazione.

Essa prevede una disciplina costituzionale che, in caso di emergenza, affida al Capo dello Stato il compito di "vigilare sull'intraprendenza" del Governo attraverso un rafforzamento dei suoi poteri di controllo. Esso è chiamato così a svolgere quella che Ruggeri definisce una sorta di "sussidiarietà necessaria" nei confronti delle Camere. E ciò quale organo chiamato a garantire, proprio nei momenti di particolare necessità, la stessa tenuta della democrazia parlamentare, costretta, in tali momenti, in una situazione di inevitabile sofferenza³¹.

L'ipotesi è sicuramente suggestiva e resa più convincente dall'ulteriore previsione di nuove maggioranze qualificate per l'elezione di un Presidente, che sarebbe chiamato ad esercitare poteri più consistenti in situazioni di emergenza. E, tuttavia, mi permetto di dissentire, concordando con chi, in posizione contraria, guarda con molta diffidenza modifiche alla nostra Costituzione³² che, abbiamo visto, assai difficilmente sono giunte

²⁸ Così il titolo del saggio di C. TRIPODINA già citato.

²⁹ A. RUGGERI, *La forma di governo al tempo dell'emergenza*, cit., 258; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza*, cit., 15; S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione*, cit., 14 e ss.

³⁰ A. RUGGERI, *La forma di governo al tempo dell'emergenza*, cit., 256 e ss.

³¹ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 258.

³² N. LUPO, *L'attività parlamentare*, cit., 139 e ss.; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che 'nulla potrà più essere come prima'?* Editoriale, in Federalismi.it, 16/2020, 4.

a buon fine e, quando ciò è accaduto, senza mai raggiungere risultati davvero soddisfacenti.

Credo piuttosto che, nella logica che ha caratterizzato il disegno costituzionale della nostra forma di governo, debba rimanere affidata agli spontanei equilibri istituzionali la tenuta del sistema anche nei momenti di particolare emergenza e necessità. Non mi pare, invece, opportuno ricorrere a forme che “ingessino” meccanismi, quali i nostri, da sempre soggetti a dinamiche che, sia pure in costante evoluzione, hanno sempre dimostrato una indiscussa capacità di riequilibrio e di ricollocazione entro gli schemi costituzionali. E ciò, in particolare, se teniamo conto che, in presenza di forze tra loro tanto distanti e conflittuali, difficilmente si potrebbe arrivare a soluzioni capaci di soddisfare in modo adeguato sia le diverse posizioni in campo sia, al di sopra di esse, l'interesse generale.

In ogni caso, tornando all'oggi e all'attuale non esaurita fase di emergenza, ci aspettiamo che il Parlamento riassuma in pieno il suo ruolo di indiscussa centralità, rispecchiando finalmente il sistema che la Costituzione ha in qualche modo tratteggiato.

Lara Trucco
Uno sguardo d'insieme su democrazia e voto a distanza

ABSTRACT: This essay examines the use of electronic voting in Parliament in two different contexts: during the period of the Covid-19 pandemic and, more generally, during declared "states of emergency", on the one hand, and in ordinary situations, on the other hand. The author focuses on the methods and limits of this technological tool in the framework of constitutional principles at stake.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il voto parlamentare a distanza in Italia nell'“emergenza”. – 3. Segue. ...e per l'“ordinario”: i profili simbolici e di segretezza del voto. – 4. “Qualità” e “inconvenienti” del lavoro (del) parlamentare “a distanza”. – 5. Brevi conclusioni.

1. Premessa

La vicenda del Covid-19 ha gettato nuova luce sul rapporto tra l'“evoluzione tecnologica” delle comunicazioni e dei trasporti, e la circolazione su vasta scala e a grande velocità del virus, essendosi passati in brevissimo tempo da una “epidemia” grave, ma, come tale, localizzata, ad una “pandemia” di dimensioni drammaticamente globali³³.

Simulazione del record di voli aerei dell'agosto 2018



È, del resto, indubbio che sia stato grazie all'attuale scenario globale dei trasporti che il *virus* è potuto circolare tanto velocemente su scala planetaria, anche se, come vedremo, sono stati gli avanzamenti tecnologici nel campo comunicativo ad averne

³³ Cfr. La differenza tra epidemia e pandemia, in [ilPost](#) di martedì 25 febbraio 2020.

consentito in una certa misura una mitigazione degli effetti. In particolare, le straordinarie potenzialità del digitale si sono dimostrate nella contingenza (augurandoci che lo sia davvero) indispensabili per consentire l'esercizio di facoltà e di diritti con modalità e forme nuove.

Per converso, un altro dato acquisito nel corso di questa drammatica esperienza è che ciò che non hanno potuto, crisi economiche e crisi umanitarie quali le immigrazioni, o ancora il terrorismo di varia matrice³⁴, è derivato invece dalla crisi pandemica, definitivamente compendosi il passaggio da una situazione in cui toccando lo *smartphone* «*the government wanted to know what exactly your finger was clicking on*», a quella in cui «*the government wants to know the temperature of your finger and the blood-pressure under its skin*³⁵».

Il fattore tecnologico è parso, insomma, mostrare, ancora una volta, un “doppio volto” (v. tab. *infra*): causa ed al contempo lenimento dello stesso male che ha contribuito a diffondere.

Il “doppio volto” delle nuove tecnologie

TECNOLOGIA (biometria/incrocio dei dati e dei big data + IA)	ORDINAMENTI DEMOCRATICI <i>Privacy by design e by default</i>	ORDINAMENTI NON DEMOCRATICI <i>Incrocio, profilazione, conservazione dei dati personali</i>
e-health	RICERCA SCIENTIFICA Diagnosi malattia Sviluppo vaccino Editing genico Biologia sintetica Nanotecnologie Analisi predittive Telemedicina Cartella medica elettronica Alert affollamento	...e controllo individuale e sociale
Dispositivi ottici (nei locali) - LEO		...e controllo individuale e sociale
Droni	Uso agricolo Bonifica stradale	...e controllo individuale e sociale
Videocamere	Alert affollamento	...e controllo individuale e sociale
Caschi intelligenti Rilevatori temperatura senza contatto	Luoghi di lavoro Luoghi pubblici ed aperti al pubblico Trasporti	...e controllo individuale e sociale
Face detection/proctoring	Esami universitari Voto elettronico a distanza	...e controllo individuale e sociale
Telecamere termiche	Temperatura anonima macchinario Rilevazione tempestiva incendio Misurazione termica a distanza	...e controllo individuale e sociale
Robot	Soccorso Infermieri Disinfettanti Camerieri	...e controllo individuale e sociale
e-mobility	Trasporto pubblico Segway (monopattini elettrici) Hoverboard (volopattino)	...e controllo individuale e sociale
Media/informazione	Informazione pluralista “stato” dell’epidemia Comunicazione pubblica servizio per la collettività Rispetto dignità dei malati	...e controllo individuale e sociale
Cellulari	App + «tutto il resto»	...e controllo individuale e sociale
Piattaforme web	Smart working Videoconferenze Videochiamate, Video webinar Lezioni a distanza Processi a distanza Voto a distanza	...e controllo individuale e sociale

³⁴ Cfr. per tutti, al riguardo, G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

³⁵ Così Y.N. HARARI, *The world after coronavirus*, in [Financial Times](#) (online) del 20 marzo 2020.

2. Il voto parlamentare a distanza in Italia nell'“emergenza”

Il voto elettronico parlamentare “a distanza”, oggetto delle nostre riflessioni, non è sfuggito a questo paradigma, rivelandosi uno strumento in grado di offrire opportunità ma mostrando allo stesso tempo controindicazioni.

Ma, prima di procedere alla disamina del “caso italiano”, può non essere inutile, dato appunto il carattere globale della pandemia, offrire alcuni dati schematici circa il comportamento di organi parlamentari di altri ordinamenti, taluni dei quali, anche di antica tradizione come la House of Commons³⁶, che, sin dall’inizio dell’emergenza hanno sperimentato con una notevole solerzia il ricorso alla tecnologia in questione³⁷.

Il voto parlamentare a distanza durante la pandemia nei Paesi dell’area europea

Country	Remote electronic participation in plenary		Reducing the number of active MPs in plenary	Proxy voting
	Remote deliberation	Remote vote		
Belgium	?	Représentants / Kamer van volksvertegenwoordigers	√ Only Sénat	
Bulgaria				
Czechia				
Germany			√ (Bundestag Bundesrat)	√ (votes of each Land can be cast by the Stimmenführer in Bundesrat)
Spain		√ Congreso de los Diputados and Senado)		
Estonia	?			
France			√ Assemblée Nationale Sénat	√ (Assemblée Nationale and Sénat)
Croatia				
Ireland			(Éireann)	
Italy			√ Camera dei deputati Senato della Rep	
Cyprus			√	
Latvia				
Lithuania				
Luxembourg				√
Netherlands			√ (Tweede Kamer and Eerste Kamer)	√ (exceptionally, political group delegates vote (Tweede Kamer)
Austria			√ (Nationalrat - measures lifted from 23 April plenary session- and Bundesrat)	
Poland	√ (Sejm and Senat)	√ (Sejm and Senat)		
Portugal			√	
Romania	√ (Camera Deputatilor; Senat; Common sessions)	√ (Camera Deputatilor; Senat; Common sessions)		
Slovenia	√ (Državni zbor and Državni svet)	√ (Državni zbor and Državni svet)		
Finland	√		√	
Sweden			√	
+ UK	House of Commons	House of Commons	House of Commons House of Lords	

³⁶ V. il [sito web istituzionale della House of Commons](#).

³⁷ V. il Dossier del Servizio studi del Senato, [Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna](#), agg. al 6 aprile 2020, ed il Dossier del Servizio studi della Camera dei deputati, [Lo svolgimento delle funzioni dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo durante l'emergenza COVID-19. Elementi di diritto comparato](#), agg. al 15 maggio 2020.

Venendo rapidamente all'Italia, più analiticamente distingueremo tra stato emergenziale (ancora in corso) ed una prospettiva di maggiore respiro (data dalla possibile introduzione "in pianta stabile" del voto parlamentare a distanza).

Circa il primo aspetto, un'importante premessa è data dal fatto che, a differenza del passato³⁸, il principio di continuità debba oggi riguardarsi come uno dei cardini che caratterizzano la fisionomia costituzionale anche della rappresentanza politica (cfr., di recente, Corte cost., [sent. n. 1 del 2014](#)). Al riguardo si è in particolare osservato³⁹ che, «né da un punto di vista dell'esistenza, né da quello del funzionamento» si realizza e potrebbe realizzarsi «una vera e propria frattura nella vita delle camere neppure nel periodo di rinnovazione delle stesse» (ex art. 62 Cost.)⁴⁰; scaturendone la necessità che siano assicurate le condizioni e predisposte le misure di carattere organizzativo interne ed esterne in grado di garantirne le diverse funzionalità, *in primis* quelle legislative e di controllo sul Governo.

Proprio queste ultime paiono tuttavia essere entrate in profonda sofferenza, allorquando, a seguito della dichiarazione, da parte del Governo, dello stato di emergenza – e della conseguente messa in atto di precauzioni a tutela della salute individuale e collettiva (ex art. 32 Cost.)⁴¹ – è parsa probabile una compromissione dell'esercizio dei *munera* insiti nel mandato parlamentare (in ragione, tra l'altro, della ventilata ipotesi di sbarramento all'accesso alle sedi di Montecitorio e Palazzo Madama).

È stato, del resto, soprattutto l'effetto sorpresa a disorientare, essendosi trovati nell'occasione del tutto impreparati, sicché il fatto che sia stato poi possibile assicurare in qualche modo l'espressione del voto *in loco*, nulla toglie alla necessità di prestabilire sin d'ora ed al più presto i necessari strumenti affinché la situazione non debba più ripetersi.

Che cosa, inoltre, sarebbe accaduto (e potrebbe accadere) se invece che ad un "lockdown", si fosse addivenuti ad un vero e proprio "lockout": dinnanzi, insomma, alla stasi ed alla paralisi indubitabilmente lesive del ruolo operativo e rappresentativo delle Camere? Non si fatica, infatti, ad immaginare il grave stallo costituzionale generato dal combinarsi dell'azione governativa (già tacciata nella presente occasione di aver messo troppo generosamente mano ai d.p.c.m), e dell'inerzia parlamentare? In questo senso, è sufficiente pensare alle conseguenze che sarebbero verosimilmente derivate

³⁸ È noto, al riguardo, come in epoca statutaria il Re potesse chiudere e/o tenere chiusa la Camera a proprio piacimento, con i diversi istituti dello scioglimento, della chiusura o proroga della sessione parlamentare, e dell'aggiornamento dei lavori (cfr. - tra gli autori - D. ARGONDISO, F. BESOSTRI, G. BUONOMO, [Su alcune ragioni dell'evoluzione costituzionale nei Parlamenti operanti per sessioni](#), in [Consulta OnLine](#), 2019/III, 429).

³⁹ Così, *ex multis*, F. MODUGNO, *Diritto Pubblico*, III ed., Torino, 2017, 340.

⁴⁰ Il principio rappresenta, com'è noto, una fondamentale garanzia dell'operatività di tutti gli organi costituzionali, nonché del funzionamento della forma di governo ed ancora più in generale, dell'ordinamento nel suo insieme (ad es., in tal senso, G. GEFUNI, *La continuità degli organi costituzionali nel succedersi delle legislature, con particolare riferimento alla continuità dell'attività legislativa*, in *Bollettino di Informazioni costituzionali e parlamentari*, 1994, II, 3).

⁴¹ V. la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020: "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" (in *G.U.* n. 26 del 1° febbraio 2020).

dall'impossibilità di far luogo alle necessarie autorizzazioni ad aumenti del deficit ed agli interventi di carattere economico finalizzati allo stesso contrasto della pandemia⁴².

In questo senso, o almeno davanti a scenari così gravi, sarebbe sensato avversare radicalmente l'idea di ricorrere al voto elettronico "a distanza"?⁴³

Dovrebbero essere, dunque, le stesse Camere (ed in caso di *lockout* gli stessi Presidenti di assemblea) ad acconsentire al voto "a distanza", con particolare riguardo alla deliberazione delle iniziative indispensabili per affrontare la situazione di crisi⁴⁴. Inoltre, al di là del voto in quanto tale, si potrebbe pensare di utilizzare (come del resto è stato durante il *lockdown*) strumenti telematici in grado di mettere in rapporto i parlamentari "a distanza" nell'ambito di sedute informali, audizioni, *question time*, commissioni, conferenze dei capigruppo, informative ed interpellanze urgenti del governo (solo per fare alcuni esempi).

3. Segue. ...e per l'"ordinario": i profili simbolici e di segretezza del voto

Venendo al secondo degli aspetti sopra indicati, e, cioè, all'ipotesi del ricorso al voto elettronico a distanza anche fuori dall'emergenza, ci si può chiedere se non siano eccedenti le tesi che, dal termine "presenza" che il disposto costituzionale ricollega ai *quorum* per le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento (art. 64 Cost.), quando pervengono a ricavare un "divieto" assoluto di ricorrere a qualsivoglia forma di votazione elettronica a distanza, e ciò sia in ragione della prassi⁴⁵, sia sul piano ermeneutico (non essendovi poi, per vero, altro modo di esprimere il fatto di "esserci digitalmente a distanza").

⁴² Ma si consideri la stessa impossibilità per le Camere di riunirsi "entro cinque giorni" e ad esaminare tempestivamente le leggi di conversione dei decreti-legge (ex art. 77 Cost.), per non dire di dichiarare lo "stato di guerra" (ex art. 78 Cost.).

⁴³ Cfr. in tal senso, Pasquino, che così osservava durante lo stato di emergenza, quando ancora non si sapeva il livello di gravità della situazione: «Il voto a distanza dei parlamentari in questo momento è inevitabile, l'alternativa è bloccare la macchina istituzionale. Questo non possiamo permettercelo» (P. PASQUINO, *Il corona virus contro il Parlamento*, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info), del 17 marzo 2020, 1).

⁴⁴ Quanto, poi, alle "modalità" attraverso cui si sarebbe potuto e potrebbe darsi ingresso al voto parlamentare elettronico "a distanza", impregiudicata la possibilità di intervenire con fonte parlamentare, potrebbe anche guardarsi a quanto fatto nei mesi scorsi dalla Corte costituzionale: con la quale, peraltro, il Parlamento condivide la medesima natura di organo costituzionale, e la necessità di vedere mantenuta viva la continuità dei lavori, anche a presidio della "gestione" dell'emergenza (cfr., in partic., al riguardo, P. COSTANZO, [Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0](#), in [Consulta OnLine](#), 2020/I, 158, nonché i [provvedimenti conseguentemente disposti dalla Corte costituzionale](#)).

⁴⁵ Cfr., più diffusamente, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in [Osservatorio costituzionale](#), fasc. n. 3, 31 marzo 2020; e S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in [Osservatorio costituzionale](#) n. 3 del 12 maggio 2020; nonché B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it) del 18 marzo 2020, 8; contrario è R. DICKMANN, il quale ritiene che dalla lettura sistematica del termine "presente" nel quadro degli artt. 55, 61, 62, 63 e 64 della Costituzione, si ricaverebbe che «il concetto di seduta e di riunione delle camere e del Parlamento» richiederebbero di «deliberare con la presenza reale e non meramente virtuale dei relativi componenti» (R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it) del 1° aprile 2020, 5).

Per converso, si tiene a sottolineare come una diversa opzione interpretativa non potrebbe deporre in alcun modo per l'avvento di politiche "riduzioniste" in quanto basate sull'introduzione indiscriminata del voto parlamentare a distanza o di ogni analoga soluzione tecnologica⁴⁶.

Mantenendosi dunque in un'orbita di equilibrio tra vecchio e nuovo, tra esigenze emergenziali e protezione di istanze fisiologiche, si richiama l'attenzione sull'ampio margine di manovra che la stessa Costituzione riconosce al diritto endoparlamentare, quanto alle modalità di approvazione dei disegni di legge e, più ampiamente alle "forme" di esame, approvazione e pubblicità dei disegni di legge nel contesto dei lavori delle commissioni e dell'aula (art. 72 Cost.): sicché – sistematicamente – lo spazio per l'introduzione del voto parlamentare a distanza non parrebbe far difetto.

Se mai, le cautele sembrerebbero imposte da un duplice ordine di riserve: l'una pratica, l'altra teorica. In primo luogo, infatti, basti richiamare l'osservazione per cui una tale soluzione sia «difficile applicarla in tutte le occasioni...⁴⁷». L'implementazione di una siffatta tecnologia non dovrebbe, poi, far perdere di vista la sua incidenza sull'identità stessa dell'organo rappresentativo, necessitando, pertanto, di essere calibrata tenendo presenti le molte possibili implicazioni, in particolare, sul dettato costituzionale oltre che sulle procedure parlamentari.

Avanzando nella riflessione, risulta allora particolarmente opportuno richiamare la distinzione tra voto palese (quando richiesto) e voto segreto (quando richiesto o consentito).

Ad oggi, infatti, come si è cercato già di evidenziare⁴⁸, le tecnologie messe in campo per lo svolgimento del voto elettronico a distanza non paiono (ancora?) in grado di garantire in pieno il rispetto dei requisiti che il dettato costituzionale prevede per il suo impiego nel quadro di consultazioni elettorali, e cioè, in ultima analisi, "l'identificabilità del votante nella segretezza del voto" medesimo (art. 48 Cost.). Dal che può dedursi quantomeno l'inopportunità della sua applicazione anche a tutte quelle procedure parlamentari, elettorali o deliberative, in cui il voto è e deve restare segreto (v. spec. art. 49 Reg. Cam. e 113 Reg. Sen.).

La medesima tecnica sembrerebbe altresì inadeguata (in disparte l'elemento della segretezza) anche in tutti quei casi in cui il voto in aula esibisca una portata simbolica in quanto sostenuto dall'inverarsi del sentimento e dei valori comuni dell'"unità nazionale": così, *in primis*, l'elezione del Presidente della Repubblica (art. 83 Cost.); ma probabilmente anche gli altri casi in cui il Parlamento si riunisce in seduta comune dei propri membri (art. 55 Cost.); nonché ai casi in cui maggiormente siano coinvolti i principi portanti della forma di governo parlamentare, come per il voto di fiducia delle due Camere al Governo (art. 94 Cost.); o ancora probabilmente nelle ipotesi di adozione

⁴⁶ È del tutto aliena da chi scrive l'idea che i parlamentari, per l'ordinario – in ragione, magari, proprio dell'introduzione del voto a distanza – possano non essere messi nelle condizioni di recarsi in Parlamento e, per questa via, privati anche della necessità-libertà di riunirsi fruendo delle garanzie di assenza di coazioni di ogni tipo indotte dal principio di pubblicità.

⁴⁷ Così D. SASSOLI, *Intervento in Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, dibattito organizzato in Rete il 27 marzo 2020 disponibile sul sito di [Radio Radicale](#) (l'appuntamento).

⁴⁸ Sia consentito rinviare, al proposito, a L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 32 e ss.

obbligatoria della procedura normale di esame e di approvazione delle leggi (art. 72 Cost.).

Per contro, al di là dei casi esposti, si potrebbe convenire su di una normale idoneità “residuale” dell’impiego del voto parlamentare a distanza anche “per l’ordinario”, a cui ricorrere in alternativa al voto “in presenza”, potendo quello, oltre tutto, non essere non sguarnito delle caratteristiche di trasparenza e pubblicità di cui ragiona l’art. 64 Cost.)⁴⁹ o della clausola di rimessione all’aula (in questo caso: al voto ordinario) su richiesta di un certo numero di parlamentari (analogamente a quanto previsto dall’art. 72 Cost.).

4. “Qualità” e “inconvenienti” del lavoro (del) parlamentare “a distanza”.

Per diverso profilo, come già accennato, l’adozione del voto parlamentare a distanza richiederebbe di vedere predisposte adeguate garanzie a tutela della stessa libertà di voto, specie sul versante della sicurezza vuoi dello strumento, vuoi delle condizioni ambientali in cui il votante si trova a doversi esprimere⁵⁰.

In particolare, occorrerebbe poter fare affidamento su “piattaforme” tecnologiche *in house*, in grado di assicurare l’espressione di un voto a distanza “genuino”, nonché la stessa autonomia (si starebbe per dire “indipendenza telematica”) dell’organo costituzionale. Non meno delicata poi, sarebbe la predisposizione delle essenziali misure di tutela della sicurezza fisica del votante, dato l’ambiente “non presidiato” in cui il voto potrebbe essere espresso.

Si tratta, ci pare, di profili finora non appieno considerati: così che, oltre ad ovvie tutele penali (perlomeno per le fattispecie più gravi), per l’ordinario non dovrebbe mancare la possibilità di predisporre il *flag* di una “dichiarazione di normalità” delle condizioni di voto (come è stato fatto in occasione del primo voto a distanza del Parlamento europeo). Inoltre, in questa come in ipotesi di errore o malfunzionamenti (comunque verificabili immediatamente *ex post*, trattandosi di un voto palese) potrebbe pensarsi all’attivazione, in via del tutto eccezionale e con tutte le necessarie cautele, di meccanismi di rettifica.

⁴⁹ Nel condividere l’idea che il Parlamento non è e non deve essere un «votificio» (M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in *Il Manifesto* del 31 marzo 2020), si potrebbe pensare di introdurre il voto parlamentare a distanza quale modalità, per così dire, residuale per le deliberazioni dell’Aula ed a maggior ragione delle sedi informali (audizioni, *question time*, commissioni riunite in audizioni, conferenze dei capigruppo, informative ed interpellanze urgenti al governo), come del resto è già avvenuto durante il “*lockdown*” determinato dal coronavirus.

⁵⁰ Significativo è notare come parrebbe essere stata proprio la mancanza, al momento, di una adeguata “infrastruttura” informatica per il voto a distanza, all’origine della scelta – quando si è trattato di votare, per la prima volta, a distanza – di adottare un “doppio binario”, con un voto solo in parte telematico, ricorrendo, per l’altra parte, ai mezzi tradizionali: «stampa, compila, vota, firma, scannerizza, invia», dicevano le istruzioni di voto (v. la dec. dell’Ufficio di Presidenza del Parlamento europeo del 20 marzo 2020, che ha integrato la dec. del 3 maggio 2004 “sulle disposizioni relative alle votazioni”, al fine, in particolare, “di ridurre al minimo i rischi per la salute per i deputati e il personale, garantendo nel contempo che il Parlamento sia in grado di continuare le proprie attività legislative e di bilancio essenziali e in particolare di svolgere appieno il proprio ruolo nell’assicurare l’adozione delle eventuali misure urgenti necessarie a livello di Unione).

Inoltre, la possibilità di votare da remoto potrebbe rendere il voto più difficilmente controllabile dai gruppi parlamentari di appartenenza, creando forse i rischi di una qualche “anarchia”, ma favorendo, d’altro canto, una maggiore autonomia del parlamentare al momento della scelta. Ancora, il voto parlamentare telematico, se, per un verso, potrebbe indurre una certa distanza fisica dalle sedi del Parlamento, potrebbe però propiziare maggiori occasioni di avvicinamento ai collegi elettorali e, in fondo, agli elettori, a beneficio di un legame più stretto di rappresentanza politica.

Finalmente, non pare possibile trascurare l’effetto, per così dire, “moderatore” del voto parlamentare e, più in generale, dello svolgimento dell’attività parlamentare “a distanza”. Ciò, per chi creda nell’idoneità di questo tipo di tecnologia di “mitigare” lo scontro verbale serrato tra i parlamentari, favorendo una dialettica maggiormente meditata ed un dibattito più quieto. Ma anche se si pensa alle soluzioni “tecniche” che potrebbero essere introdotte nel sistema rispetto a pratiche controverse quali la presentazione di migliaia di emendamenti o alle modifiche in sede di conversione del quadro della decretazione d’urgenza.

Ci si potrebbe poi anche interrogare sui benefici quanto alla possibilità di scongiurare quegli abusi dei procedimenti legislativi in grado di determinare quelle «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari» censurate, di recente, dalla stessa Corte costituzionale (Corte cost., [ord. n. 17 del 2019](#)). Nonché sul più generale «problema, se non di legalità, certamente di conservazione della legittimazione degli istituti della autonomia che presidiano la libertà dello stesso Parlamento», evocato dalla pratica dei cd. parlamentari “pianisti” e risolta proprio grazie a più moderne tecniche di voto (Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#)).

5. Brevi conclusioni

Conclusivamente, ci si potrebbe chiedere se, in termini di “legittimazione” politica, dia più forza a quanto deciso una deliberazione assunta da un’aula deserta, o, invece, un voto parlamentare a distanza ampiamente partecipato (nella ridetta seduta il Parlamento europeo ha contato ben 705 su 751 votanti)⁵¹.

Ad ogni modo, va riconosciuto come sia stato anche grazie all’impiego delle nuove tecnologie che si è reso possibile, durante la pandemia, ridare fiato, per quanto di ragione, ai lavori ed al voto in aula⁵². Più in generale, si può pensare che la rivitalizzazione

⁵¹ Al di là del voto in quanto tale, è stato osservato, poi, come le sedute parlamentari *online* porterebbero ad una maggiore riflessività ed attenzione all’ascolto ed al dialogo, a beneficio dei contenuti più che dell’apparenza: cfr., ad es., R.P. SAYEED, *The “Zoom parliament” could inspire a more democratic Commons*, in [The Guardian](#) del 26 aprile 2020.

⁵² Peraltro, del clima di quei giorni è data testimonianza dalla Giunta per il Regolamento, chiamata a “valutare, da un lato, se vi fossero ulteriori strumenti e procedure già previsti nel nostro ordinamento da attivare nel contesto attuale e, dall’altro, le innovazioni che sarebbero potute essere eventualmente introdotte, anche attraverso una applicazione in via analogica di istituti vigenti, in termini compatibili con le norme ed i principi del Regolamento e con la Carta costituzionale”. Di qui, “anche il confronto sulle tematiche della partecipazione a distanza ai lavori delle Commissioni oggetto di alcune iniziative da parte di taluni deputati nel corso degli ultimi giorni” (v. Giunta per il Regolamento, seduta del 31 marzo 2020, *Comunicazioni del Presidente sulle modalità di svolgimento dei lavori delle Commissioni nel periodo dell’emergenza derivante dalla diffusione del virus Covid19*, 5).

del nostro Parlamento e del parlamentarismo passi anche attraverso riforme di tipo tecnologico, in grado di metterlo al passo coi tempi e di anticipare gli eventi, scongiurando il rischio che venga percepito come antiquato o peggio come superfluo.

Può piacere o meno, ma un approccio concreto non può che portare, ci pare, a prenderne atto.

Del resto, il fatto stesso che nei soli ultimi venti anni si sia toccato un numero di epidemie analogo a quello avutosi a far data dalla “peste antonina” del II sec. d.C. (v. grafico sotto riportato)⁵³ non può che portare, ci sembra, a considerare probabili altre “ondate pandemiche” e, pertanto ed a maggior ragione, improrogabile uno sforzo teso all’aggiornamento degli strumenti di lavoro predisposti in altre epoche...il tutto, in una prospettiva *constitutional oriented*, fermo restando l’*acquis* giuridico-culturale maturato nel corso della storia⁵⁴.



⁵³ È sufficiente portare lo sguardo sulle epidemie avutesi nel corso della storia per avvedersi di come negli ultimi due secoli e mezzo (ovvero a far data dalla Rivoluzione industriale) si sia registrata una frequenza crescente delle epidemie (pari a otto) ... di cui la più parte (ben sei) diffusesi/mantenutesi nel “nuovo secolo” (Aids, Sars, c.d. influenza suina, Mers, Ebola e Covid-19).

⁵⁴ Con più specifico riguardo “alla rotta”, indicata dal Presidente della Corte costituzionale, durante l’emergenza, si rinvia all’intervista di L. MILELLA, *Cartabia: “La Costituzione una bussola nell’emergenza. Non c’è diritto speciale per tempi eccezionali”*, in [la Repubblica](#) (online) del 28 aprile 2020.

Paola Bilancia
Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali

ABSTRACT: *During the recent "Covid-19" health emergency the need to protect the right to health (and the right to life) in the context of the pandemic justified the implementation of measures that strongly affected the levels of protection of some democratic freedoms. The impact of said measures on social and economic rights, however, was perhaps even greater. The "digitalization" of services that are necessary for the fruition and the enforcement of rights such as the right to education, to social security, to work, or the right to health itself, highlighted the issues connected to a "dematerialization" of social benefits. This is particularly true in the light of the digital divide that still characterizes our Country, both from an objective (adequateness of the digital infrastructures and availability of the financial means to access them) and subjective (digital knowledge and competencies of the individual) perspective. Therefore, the right to access (the internet) becomes instrumental and necessary for the enforcement of all the other social and economic rights. Moreover, the health emergency will unavoidably generate an economic crisis, in which the effective protection of social and economic rights (and the funding of the relevant benefits) could be granted only through an unprecedented (at least in recent years) budgetary effort. Under this perspective, some important signals are coming from the European Union, in the form of an overcoming of the "austerity" approach that could promote the implementation of new policies to contrast the most disruptive effects of the incumbent crisis (despite several divisions and uncertainties between member States). These policies must include those aimed at closing the digital divide (in all of its dimensions), to prevent the "dematerialization" of social and economic rights from increasing disparities, and therefore to enforce the principle of substantial equality (enclosed in article 3, comma 2, Cost.) by contrasting the new forms of "technological inequality".*

SOMMARIO: 1. Emergenza sanitaria versus diritti fondamentali. – 2. Nuovi strumenti per alleviare le sofferenze sociali: perché la smaterializzazione dei diritti sociali. – 3. Un cambiamento di rotta dell'Unione Europea. – 4. La digitalizzazione come obiettivo di crescita e necessità di eguaglianza nell'era dell'accesso.

1. Emergenza sanitaria versus diritti fondamentali

L'emergenza sanitaria Covid-19 ha avuto un forte impatto sui livelli di tutela dei diritti fondamentali: si è dibattuto molto in dottrina sull'impatto del regime emergenziale sui diritti di libertà (personale, di circolazione, di riunione, di associazione e di culto)¹ ma forse addirittura ancor più significativo è stato l'impatto della crisi sull'esercizio dei diritti sociali. In particolare, il diritto alla salute (strettamente interconnesso con il diritto alla vita) ha assunto la configurazione di un vero e proprio "diritto tiranno" capace di

¹ Si vedano in punto, *ex multis*: G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [Unicost](#), 10 aprile 2020, par. 1; A. D'ANDREA, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in [Giustizia Insieme](#), 24 marzo 2019; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, 78 ss.; S. PRISCO-F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020; M. MICETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020.

ingenerare compressioni del nucleo essenziale di ogni altro diritto costituzionale². Ciò anche per via della duplice dimensione, individuale e collettiva (dimensioni che peraltro sono tra loro intrinsecamente interconnesse), del diritto in esame, delineata dall'articolo 32 Cost., che ha fatto sì che la salute sia stata tutelata incisivamente sia nella sua accezione di diritto fondamentale del singolo, che nella sua accezione di interesse costituzionalmente rilevante della società³.

E così, in sede di bilanciamento dei contrapposti interessi, il diritto alla salute non solo ha prevalso sui sopracitati diritti di libertà (arrivando, per la verità, in alcuni casi molto vicino a invaderne il nucleo incompressibile) ma, di fatto, ha portato altresì ad una compressione significativa dei livelli di tutela dei diritti sociali e dei diritti economici⁴.

Nonostante l'assoluta preminenza accordatagli dalle istituzioni e l'attivazione spasmodica dei mezzi per la loro tutela da parte di Stato e Regioni, il diritto alla salute ed il diritto alla vita sono stati, per gran parte del periodo di maggiore forza della pandemia, in profonda sofferenza. La novità del fenomeno pandemico ha comportato reazioni diversificate spesso non efficienti né efficaci, anche se spesso supportate dalle considerazioni tecniche dagli esperti e dai tecnici del settore sanitario.

Si è pertanto assistito (almeno in alcune Regioni) ad un vero e proprio collasso del sistema sanitario, a forme di attrito tra le decisioni politiche nazionali e quelle adottate a livello regionale nonché all'adozione di differenti modalità di assistenza terapeutica sui territori⁵: Lombardia e Piemonte hanno spinto all'ospedalizzazione dei pazienti mentre altre Regioni, pur nella consapevolezza di una parziale incompetenza in materia sulla loro capacità di regolazione, hanno puntato sulla determinazione dei cordoni sanitari – zone rosse – e sull'assistenza domiciliare, per quanto possibile.

La massa dei contagi, soprattutto in alcune zone del Paese, ha determinato spesso l'incapacità del sistema di garantire a tutti i livelli essenziali di assistenza sanitaria necessari per assicurare che il diritto alla salute non fosse leso nel suo nucleo incompressibile: il sovraffollamento degli ospedali, l'insufficienza logistica delle terapie intensive con correlata insufficienza di risorse umane, mediche e infermieristiche, la scarsa disponibilità di tamponi diagnostici e delle attrezzature (laboratori e/o reagenti per le relative analisi) hanno determinato una reazione insufficiente alla crescita del

² Secondo la definizione della Corte costituzionale (si veda per tutte la [sentenza n. 85/2013](#)) che ha affermato che la tutela dei diritti costituzionali fondamentali deve essere "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro". Ne consegue che non sarebbe costituzionalmente compatibile "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

³ Si veda B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it](#), 6/2020, IV ss.

⁴ Sul tema si vedano: A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/ 2020, 117 ss.; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, 7 ss.

⁵ Sul rapporto tra sistema sanitario, competenze statali e competenze regionali si vedano: V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos....) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 130 ss.; A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei 'propri confini'*, in [Dirittifondamentali.it](#), 18 aprile 2020; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in [Corti supreme e salute](#), 1/ 2020.

contagio e delle conseguenti possibili terapie. Come è stato saggiamente osservato da più medici sugli organi di stampa, questa malattia non esiste nei libri di medicina e quindi le terapie si sono configurate *in primis* quali forme di contenimento e, dopo un primo impatto del contagio sulla popolazione, si sono messe in atto forme di limitazione con la predisposizione di misure di prevenzione sanitaria (imponendo misure di distanziamento “sociale” e sollecitando misure di igiene personale), nonché di isolamento di malati e contagiati asintomatici.

Aspetto critico è derivato dalla insufficienza numerica delle postazioni di terapia intensiva che, secondo alcuni, avrebbe portato all’adozione di un criterio implicito di scelta per l’accesso alla terapia sulla base dell’età del soggetto e/o delle sue patologie pregresse (e dunque sulla base della sua “aspettativa di vita” in senso lato): tali criteri – secondo alcuni medici – potrebbero essere stati applicati nelle fasi di *triage*. Nei casi di scarsa disponibilità di personale e di infrastrutture rispetto all’affluenza dei pazienti pare si sia reso necessario scegliere quali pazienti “portare avanti”, così discriminando necessariamente anziani con minori probabilità di sopravvivenza rispetto a pazienti più giovani. Al netto di scelte compiute nella concitazione del momento, a mente fredda ci si può certamente chiedere se un tale criterio implicito non abbia comportato una lesione del principio di eguaglianza⁶, con pregiudizio anche del principio di solidarietà intergenerazionale⁷. *A posteriori*, sembra potersi affermare che simili scelte mediche siano state indubbiamente ragionevoli, anche se di difficile condivisione.

Al contempo, di particolare gravità si è rivelata la sospensione e il rinvio di terapie necessarie per gravi patologie (anche oncologiche) in strutture ospedaliere sia pubbliche che private, anche in casi in cui tali strutture non sono state coinvolte direttamente nella cura di pazienti affetti dal coronavirus. Evidente è infatti l’ulteriore compressione del diritto alla salute che tale sospensione ha purtroppo comportato: in altri termini, il rischio è che in alcuni casi la necessità di tutela della salute pubblica abbia comportato una compressione sproporzionata del diritto alla salute individuale di alcuni soggetti “deboli”.

La progressiva espansione della malattia ha avuto un grave impatto anche su tutti gli altri diritti sociali ed economici, la cui entità nel giugno 2020 è ancora difficile calcolare. Pare certo che si dovrà affrontare, nei prossimi mesi, una recessione senza precedenti causata dalla chiusura delle attività produttive, recessione che potrebbe portare ad una insufficienza di risorse ed alla conseguente difficoltà di garantire i servizi necessari per il godimento degli altri diritti sociali, tutto ciò anche considerando gli sforzi finanziari messi in atto dalla legislazione emergenziale⁸. In questa prospettiva, il rischio è che si sia innescato un circolo vizioso in cui la compressione dei diritti economici e sociali imposta dall’emergenza comporta una crisi economica, che a sua volta cagiona un ulteriore

⁶ Si veda G. ZAGREBELSKY, *Giusti i divieti se tutelano il diritto alla vita. Non vedo prove di dittatura*, intervista di L. MILELLA, in [la Repubblica](#), 21 marzo 2020.

⁷ Sul tema si vedano: A. D’ALOIA, *Generazioni future* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016; P. MAZZINA, *Quali strumenti per tutelare le generazioni future?*, in R. BIFULCO-A. D’ALOIA (curr.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008.

⁸ Si veda in punto C. BUZZACCHI, *Scostamento di bilancio da coronavirus*, in [laCostituzione.info](#), 13 marzo 2020.

abbassamento dei medesimi diritti economici e sociali (per via della penuria delle risorse da destinarsi alla loro tutela).

E già allo stato attuale, del resto, appare evidente la difficoltà della Repubblica ad erogare in tempi brevi le prestazioni necessarie per “tamponare” la situazione di crisi: per far fronte alle difficoltà e per alleviare le sofferenze sociali si è proceduto, infatti, all’adozione di una panopia di strumenti normativi (decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio, ordinanze ministeriali, ordinanze regionali) in un quadro di gerarchia delle fonti particolarmente confuso⁹, con cui si è tentato di predisporre strumenti atti ad arginare le difficoltà (anche economiche) dei cittadini e delle imprese. L’effettività di tali strumenti sembra avere tuttavia lasciato, come si cercherà di argomentare, molto a desiderare.

2. Nuovi strumenti per alleviare le sofferenze sociali: perché la smaterializzazione dei diritti sociali

La reazione all’emergenza COVID-19 ha comportato forme di “smaterializzazione” dell’esercizio dei diritti sociali, la cui disponibilità è “migrata” nella rete. Tale fenomeno ha interessato quasi tutti i diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione repubblicana.

IL DIRITTO ALL’ISTRUZIONE

Per evitare ulteriori contagi e per contenere la pandemia si è provveduto, ad esempio, per la scuola, a spostare sulla rete le attività didattiche necessarie. Alle scuole di ogni ordine e grado (nonché alle università) è stato richiesto di erogare ogni prestazione da remoto: così lezioni, ricevimento studenti, esami e, per le università, sedute di laurea che si sono trasferiti su piattaforme telematiche. Nel rispetto della loro possibilità di autorganizzazione le scuole hanno potuto sopperire alla mancanza della didattica in presenza ed alla difficoltà di accesso alla rete anche tramite la distribuzione fisica di materiale didattico: si è cercato, così, di garantire i livelli essenziali di prestazione necessari per il godimento del diritto all’istruzione.

La portata reale e complessiva degli effetti della didattica “a distanza” sul diritto all’istruzione non possono essere valutati oggi, e sarà necessario più tempo per comprendere quale sia stato l’impatto effettivo del fenomeno che potrebbe avere avuto ramificazioni inaspettate. Già oggi, tuttavia, i commentatori si sono divisi tra chi ha evidenziato le potenzialità dello strumento per una migliore tutela del diritto all’istruzione e chi invece ne ha sottolineato i limiti, ritenendo sostanzialmente che esso

⁹ Si vedano sul tema almeno: 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; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](#), 2/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit.; L. A. MAZZAROLLI, *“Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), 2/2020. La crisi sanitaria ha peraltro avuto l’effetto di esasperare alcune criticità del sistema delle fonti che già erano presenti nell’ordinamento: si veda G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2017.

comporti una peggiore attuazione del medesimo diritto: resta da vedere se sarà possibile addivenire a un bilanciamento ragionevole tra le due opposte posizioni¹⁰.

Va, peraltro, considerato che con questa forma di “digitalizzazione dell’istruzione” migliaia di studenti non hanno avuto la possibilità di usufruire effettivamente della didattica online: molti di loro infatti non hanno potuto partecipare alle lezioni da remoto sia per mancanza di mezzi (computer, tablet) incompatibili con le loro condizioni economiche familiari che, come se non bastasse, per l’assenza di rete nelle loro abitazioni o per le carenze infrastrutturali di copertura della rete sul territorio. Questo *gap* ha verosimilmente creato una vera e propria disegualianza nell’accesso all’esercizio del diritto all’istruzione, condizione questa che comporta una sensibile mancanza di formazione anche di base (soprattutto per le scuole del primo ciclo di istruzione) con impatto su una consistente quota generazionale di studenti. Anche solo a voler considerare la didattica in rete come una valida alternativa alla didattica in presenza, Giovanna De Minico ci ha ricordato che la banda larga riesce a servire solo il 26 per cento della popolazione sul nostro territorio¹¹.

L’ISTAT ha, del resto, denunciato che già nel 2018 più di un milione di minori viveva sotto la soglia di povertà: pertanto è facilmente immaginabile per loro un’indisponibilità di quegli strumenti che sempre più divengono necessari per la partecipazione alla didattica online e, tanto più, l’accesso a connessioni internet adeguate in una situazione di isolamento in casa.

Ciò senza considerare, inoltre, le conseguenze deleterie che l’isolamento può avere sul diritto all’istruzione inteso non solo come diritto a ricevere un’istruzione adeguata, ma con riferimento alla funzione sociale della scuola¹²: la mancanza di un’interazione personale nella comunità scolastica (e, allo stesso modo, universitaria), funzionale e necessaria per la completa formazione della personalità dell’individuo, può avere effetti deleteri di cui oggi ancora non si ha pienamente contezza.

PREVIDENZA SOCIALE

Il governo con la sua decretazione d’urgenza ha dovuto moltiplicare gli strumenti di previdenza sociale tra cui un’ampia gamma di sussidi di vario genere, cassa integrazione ordinaria ed in deroga, reddito di emergenza, contributi a fondo perduto per fare fronte alla crisi economica che ha investito cittadini ed imprese. Si è reso necessario tentare di anticipare e contenere gli effetti economici estremamente gravi che il *lockdown* prolungato delle attività produttive (e non solo) ha inevitabilmente ingenerato,

¹⁰ Si veda per una ricostruzione del dibattito e per l’analisi delle questioni costituzionali a esso sottese S. PRISCO, *La didattica universitaria a distanza: “filosofia”, opportunità, limiti e rischi*, in Dirittifondamentali.it, 2/2020.

¹¹ Si veda G. DE MINICO, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell’ordinamento europeo e nazionale*, in Federalismi.it, n. speciale 4/2018, specie 127 ss. Si veda inoltre G. DE MINICO (cur.), *Dalla tecnica ai diritti. Il caso della banda larga*, Napoli, Jovene, 2010.

¹² Sul tema si vedano anche: G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in Osservatorio costituzionale, 3/2020; S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell’emergenza (COVID- 19)*, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020. Sull’ampia portata del diritto all’istruzione e sulla pluralità di contenuti che per esso derivano dall’art.34 della costituzione si veda R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Ediesse, Roma, 2019, 105 e ss.

mettendo in campo interventi che consentissero la sopravvivenza di ampi settori del sistema economico. I sussidi e le previdenze hanno quindi riguardato sia le imprese che i singoli lavoratori.

L'accesso alle previdenze, tuttavia, proprio per via della necessità di assicurare il distanziamento sociale, è stato possibile in massima parte solo attraverso portali digitali (quale ad esempio, il portale dell'INPS) che già dai primi giorni post emergenza hanno mostrato tutta la loro fragilità (con continui disservizi, sovraccarichi, e in generale con l'impossibilità di accedere effettivamente al servizio e di compiere le operazioni necessarie per la fruizione delle relative prestazioni) che ha confermato l'inadeguatezza delle infrastrutture telematiche del Paese.

Va, comunque, rilevato come, anche in condizioni di normale funzionalità delle strutture informatiche (che sono tutt'altro che garantite), l'accesso ai servizi in modalità esclusivamente telematica finisca per discriminare i non "nativi digitali", per via della difficoltà di manovrabilità o, meglio, di navigazione nei siti e per la complicazione dei dati da fornire (non sempre disponibili in altre banche dati, soprattutto durante l'emergenza). Sembra quasi che tutte le piattaforme siano state predisposte per l'utilizzo dei dati solo da parte di operatori professionali, escludendone la fruizione ad una normale capacità del cittadino non più giovane, senza formazione telematica e non predisposto ad un linguaggio informatico. La criticità appena evidenziata risulta ancor più evidente laddove la logica delle previdenze offerte sia quella del "*first come first served*", che comporta un evidente vantaggio comparato per chi utilizza abitualmente le nuove tecnologie.

Il problema è pertanto duplice: da un lato l'impossibilità oggettiva di accedere alle previdenze stanziati per fare fronte alla crisi sociale ed economica per via delle carenze delle infrastrutture telematiche, dall'altro l'impossibilità soggettiva di accedere alle medesime previdenze per via della mancanza delle relative competenze in capo a una parte considerevole dei consociati. Il problema potrebbe assumere, peraltro, carattere strutturale laddove la "migrazione" sulle piattaforme digitali dovesse essere resa permanente anche a seguito dell'attenuarsi della crisi.

DIRITTO ALL'ASSISTENZA SANITARIA

Anche per quel che riguarda il diritto alla salute e la conseguente erogazione delle prestazioni assistenziali (per le quali, ad esempio, sono necessarie le prescrizioni dei medici di base) dall'inizio della crisi le modalità di accesso ai servizi hanno privilegiato la via telematica (ad esempio con la trasmissione delle prescrizioni tramite *email*). Un notevole impulso ha avuto poi la telemedicina nelle sue varie modalità di prestazione. Trattasi di tecniche volte ad evitare, per quanto possibile, i contatti "sociali", e dunque l'ulteriore diffusione della malattia (specie laddove il contatto riguarda personale sanitario che ad essa risulta maggiormente esposto).

Anche in questo caso, l'inadeguatezza delle infrastrutture tecnologiche e il *digital divide* nelle competenze informatiche rischiano di escludere parte della popolazione (peraltro, le categorie socialmente ed economicamente più "fragili") dalla fruizione di servizi e prestazioni che sono divenuti indispensabili per una effettiva tutela del diritto in esame.

Vero è che il settore della sanità presuppone, forse più di altri, un ineludibile contatto tra medico e paziente (nell'ambito dell'imprescindibile "alleanza terapeutica"), ma vero è altresì che l'impatto dell'emergenza sanitaria è stato tale da indurre la dottrina a preconizzare possibili effetti di lungo periodo (una volta terminata la fase emergenziale) sia sulle modalità di tutela del diritto alla salute, che sulla configurazione stessa del servizio sanitario nazionale (anche con riferimento al riparto delle competenze tra Stato e Regioni)¹³.

DIRITTO AL LAVORO

Se consideriamo il principio dei diritti sociali, un diritto che viene considerato fondante il nostro ordinamento costituzionale (e che ne determina la lettura "ergocentrica"¹⁴) quale il diritto al lavoro, è evidente l'impatto della crisi sanitaria. Buona parte del lavoro dipendente si è trasferita in modalità *smart working* (anche se, per lo più gestita in modalità più semplice di telelavoro¹⁵), altra si va trasformando in crescente disoccupazione o sottoccupazione, se non in lavoro nero senza alcuna garanzia previdenziale. L'emergenza sanitaria potrebbe, sotto questo profilo, avere accelerato fenomeni di digitalizzazione e informatizzazione che avevano già iniziato a spiegare i propri effetti nell'ultima decade¹⁶.

Il divieto di licenziamento introdotto dal d.l. n. 18/2020 (e successivamente integrato e modificato dal d.l. n. 34/2020) avrà vigore fino a settembre ma se le imprese non troveranno il giusto impulso per ripartire, e se non si vorrà continuare a "drogare" il mercato del lavoro, dovranno essere previste altre e maggiori previdenze per garantire un livello di vita dignitoso e un'esistenza libera (così come previsto dagli articoli 36 e 38 Cost.) a coloro che non troveranno una nuova occupazione.

Altri interventi saranno necessari per far fronte al probabile incremento della disoccupazione giovanile, che già era stata una delle conseguenze principali della crisi economico-finanziaria della scorsa decade, e dalla quale il Paese stava solo in tempi recenti iniziando a riprendersi.

DIRITTO DI ACCESSO ALLA RETE

¹³ Si veda sul tema R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in [Corti supreme e salute](#), 1/ 2020.

¹⁴ Su cui si vedano, per tutti: M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2/2010, 632 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, Torino, Einaudi, 2013, *passim*; C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2015.

¹⁵ Per "telelavoro" si intende il "lavoro a distanza", e dunque il mero trasferimento del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa dai locali del datore di lavoro alla propria abitazione (con orari e tempi che restano di fatto invariati). Per "*smart working*" si intende invece qualcosa di più: la possibilità per il lavoratore non solo di lavorare "da casa", ma di gestire gli orari e i tempi della propria prestazione, con una modalità lavorativa orientata in senso qualitativo verso il raggiungimento di obiettivi, e non in senso quantitativo nel senso del raggiungimento di un dato "monte ore" o di un determinato orario di presenza. Ovviamente non tutte le prestazioni lavorative sono suscettibili di essere svolte secondo l'una o l'altra di queste modalità.

¹⁶ Si veda sul tema G. CAVAGGION, *Il diritto al lavoro nella prospettiva dell'automazione e dell'informatizzazione*, n. speciale 5/2019.

Anche a voler considerare la sofferenza nell'esercizio dei diritti trasmigrati nella rete sembra inevitabile considerare come, a questo punto, l'accesso a internet assuma vieppiù la connotazione di un diritto fondamentale¹⁷. Vero è che alcuni autori hanno in passato negato l'autonomia ontologica del diritto in questione, ma vero è altresì che l'accesso alla rete è ormai divenuto imprescindibile, in quanto strumentale rispetto all'esercizio effettivo della quasi totalità dei diritti sociali. In altri termini, per poter fruire dei servizi indispensabili connessi alle prestazioni relative per il godimento dei diritti sociali al cittadino dovranno essere garantiti: l'accesso alla rete (anche attraverso i necessari strumenti tecnologici, che come si è detto hanno dei costi considerevoli per molte famiglie); la funzionalità della rete stessa (attraverso il potenziamento delle infrastrutture tecnologiche del Paese); le necessarie competenze digitali per usufruire della rete. In caso contrario, si rischia di finire per creare grandi sacche di emarginazione.

L'emergenza sanitaria ha certamente indotto una "fuga in avanti" nella digitalizzazione dei servizi, anticipando di molti anni il ritmo del progresso tecnologico. A tale "fuga in avanti" nella digitalizzazione dei servizi non è tuttavia corrisposta una simmetrica "fuga in avanti" nello sviluppo tecnologico nella società, che rimane caratterizzata da un elevato *digital divide*, da una "cultura informatica" piuttosto limitata, oltre che dalle già menzionate carenze strutturali delle infrastrutture tecnologiche. Basti ricordare, solo per fare qualche esempio, che l'Italia è 61esima al mondo per velocità della connessione internet (dati *State of the Internet* 2017) e che risultava – sempre nel 2017 – 101esima al mondo per percentuale della popolazione (61,30%) che usa normalmente la rete (dati *Internet Monitor*). Il nostro Paese nel 2018 veniva inoltre collocato tra gli Stati europei a "bassa performance" (con dati paragonabili a quelli di Romania, Grecia e Bulgaria) dall'indicatore DESI (*Digital Economy and Society Index*).

Gli interventi messi in atto sino a oggi (e prima dell'emergenza) dal legislatore si sono rivelati inadeguati rispetto al fine che essi si proponevano, avendo riguardato prevalentemente la digitalizzazione della pubblica amministrazione, senza un'adequata attenzione per il potenziamento delle infrastrutture e delle competenze informatiche dei consociati.

Ora, sul piano di una tutela effettiva dei diritti sociali, il punto diviene che se lo Stato "sposta" l'accesso ai diritti sociali in rete (digitalizzando le modalità di accesso e fruizione dei diritti di prestazione), appare ragionevole pretendere che esso debba al contempo garantire a ciascuno la disponibilità dei mezzi tecnologici (dispositivi, ma anche connessione) e delle conoscenze tecniche per poterne fruire. L'accesso assume così una configurazione strumentale rispetto alla fruizione delle prestazioni concernenti i diritti sociali ed economici, in altri termini, per esorcizzare l'esclusione sociale.

La disparità nell'accesso crea, infatti, oggi più che mai, forme di disuguaglianza sostanziale che apportano una grave lesione al principio fondamentale di eguaglianza,

¹⁷ Si veda J. RIFKIN, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, (2000), trad. it., *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, a cura di P. CANTON, Milano, Mondadori, 2001, già sosteneva come l'accesso alla rete sarebbe divenuto in economia un bene di entità superiore alla proprietà. La sua visione è stata premonitrice della rivoluzione economico-finanziaria emersa già dalla crisi finanziaria 2008-2009 e si avvalorava maggiormente nella pandemia del 2020 laddove l'accesso alla rete diviene sempre più necessario anche per l'accesso alle prestazioni sociali.

con la conseguenza che diviene essenziale la loro rimozione ex art. 3, comma 2, della nostra Costituzione, in attuazione del quale la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e che impediscono l'effettiva partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. L'impossibilità di accedere alla rete per ragioni economiche o infrastrutturali, o per la mancanza di competenze digitali rappresentano infatti, oggi più che mai (come la crisi sanitaria ha dolorosamente evidenziato) un ostacolo per l'effettiva eguaglianza tra i consociati.

Se già da tempo si è cercato di trasferire nella rete alcune parti dei procedimenti amministrativi (certificazioni o fasi di procedimenti amministrativi, soprattutto a livello locale) e fasi di procedimenti giudiziari (quali, ad esempio, il deposito di atti giudiziari, con il processo civile e amministrativo telematico) la spinta indotta dalla epidemia sanitaria ha creato un rimbalzo inatteso che comporta un mutamento di mentalità e di comportamento da parte di cittadini e amministratori, con non poche difficoltà per coloro che per età, formazione, difficoltà di accesso non sono in grado di operare telematicamente.

Se l'emergenza ha condizionato i diritti di libertà e "rimodulato" alcuni diritti sociali ed economici non si può più far riferimento ad un diritto temporaneo, a scadenza certa, mentre ci si può chiedere quale futuro ci si può attendere alla fine dell'emergenza. Le differenze sociali acuite dalla crisi economica susseguente creeranno inevitabilmente maggiori disuguaglianze ed emarginazioni per i soggetti di fatto già discriminati. La solidarietà come principio fondante ex art. 2 della costituzione potrà legittimare politiche sociali ed economiche in grado di colmare, o quanto meno, attenuare queste differenze¹⁸, ma ci si può chiedere fino al raggiungimento di quali target.

Sembra innegabile che la crisi post pandemia si riverbererà soprattutto sulle fasce più deboli della popolazione, portando anche ad un incremento generalizzato della povertà e delle disuguaglianze, anche se una visione ottimistica della fine crisi potrebbe farci immaginare un "rebound" economico del Paese, considerando l'ingente quantità di risorse economiche stanziata dal Governo in questi ultimi due mesi, e soprattutto nella prospettiva di consistenti aiuti dell'Unione europea, attualmente in fase di elaborazione.

Molto, per altro, dipenderà dai politici nazionali, e soprattutto dalla loro capacità di fronteggiare la situazione con una politica di ricostruzione, oltre che di approdare agli obiettivi di una serena crescita sostenibile.

3. Un cambiamento di rotta dell'Unione Europea

La crisi finanziaria-economica del 2008-2009 ha avuto un impatto asimmetrico sugli Stati dell'Unione e, quindi, sulla tenuta sociale dei diritti nei singoli Paesi: a parte la difficoltà di gestire la crisi che ha trovato impreparate le Istituzioni europee, l'Unione non è stata in grado, almeno fino al 2012, di fronteggiare in modo pienamente soddisfacente le turbolenze finanziarie e le relative conseguenze, fino a che il Presidente della Banca Centrale Europea Draghi non ha dato il via alle operazioni di *Quantitative*

¹⁸ Sul principio solidarista si veda almeno A. APOSTOLI, *Il principio di solidarietà*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013.

Easing e di *Outright Monetary Transactions*, con il proposito di salvaguardare, o meglio, salvare (con il celebre “*Whatever it takes*”) l’Unione monetaria, restituendo ai Paesi fortemente indebitati quella liquidità che era più che mai necessaria per la sopravvivenza dei sistemi economici e sociali.

La crisi pandemica ha, peraltro, determinato un cambio di approccio da parte dell’Unione europea rispetto a quello adottato per fronteggiare la crisi finanziaria del 2008: allora la crisi aveva colpito in modo *asimmetrico* i Paesi dell’Unione, non tutti e non con la stessa intensità. Le reazioni scomposte dei Consigli Europei e degli Eurosummit (*in nuce* istituzione di vertice dell’Europa monetaria) hanno mostrato l’inadeguatezza delle iniziative e dei comportamenti dei vertici europei e, per certi aspetti, della struttura stessa delle istituzioni sovranazionali.

Diversamente lo shock della crisi attuale ha avuto portata *simmetrica*, poiché esso ha colpito tutti gli Stati membri, sia pure in tempi diversi e in differente entità. Era evidente a tutti fin dall’inizio dell’emergenza sanitaria che la gravità della crisi avrebbe messo in seria difficoltà le economie di tutti i Paesi dell’Unione e che, in questa specifica fase storica, essa avrebbe potuto portare, nella peggiore delle ipotesi, persino alla dissoluzione dell’Unione europea per come era stata costruita in quasi settant’anni di storia.

L’attenzione a forme di tutela dei diritti sociali – solo sfiorati dalla regolazione Europea, in quanto considerati da sempre patrimonio esclusivo degli Stati membri¹⁹ – era già emersa all’attenzione della politica europea dopo il regime di *austerità* adottato dall’Unione a seguito della crisi finanziaria: nel discorso sull’Unione del 2015 il Presidente della Commissione Juncker ha infatti proposto l’istituzione di un Pilastro europeo dei diritti sociali per la protezione dei lavoratori e che, soprattutto, “tenga conto delle mutevoli realtà delle società europee e del mondo del lavoro”, ma che non ha ancora trovato, ad oggi una soddisfacente implementazione²⁰.

La reazione alle difficoltà finanziarie innescate dalla crisi sanitaria del 2020 sono state invece certamente più pronte, e in particolare con riferimento alle scelte decisive di politica monetaria adottate dalla BCE, con l’adozione del *Pandemic Emergency Purchase Programme*, il programma di acquisto titoli per far fronte all’emergenza pandemia. Il Consiglio direttivo della BCE ha infatti stabilito che gli acquisti sarebbero avvenuti in misura «necessaria e proporzionata» allo scopo di raggiungere gli “obiettivi del mandato

¹⁹ Si vedano sul tema: M. FERRERA, *The boundaries of welfare. European integration and the new spatial politics of social protection*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 111 ss.; G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 1988, 26 ss.; A. CIANCIO, *Alle origini dell’interesse dell’Unione europea per i diritti sociali*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. speciale 4/2018. Sulla comune idea di Stato sociale condivisa dai Paesi fondatori delle Comunità europee si veda tuttavia R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. speciale 4/2018, 7 ss.

²⁰ Il nuovo Pilastro europeo dei diritti sociali è stato adottato dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione in occasione del vertice sociale per l’occupazione equa e la crescita, del 17 novembre 2017 a Göteborg. Esso dovrà essere implementato (non senza alcune difficoltà e per quanto consentito dalle competenze e dalle risorse dell’Unione) nell’ambito della programmazione 2021-2027 nella nuova legislatura del Parlamento europeo. Sul tema sia consentito il rinvio a P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. speciale 4/2018, e ai contributi raccolti in P. BILANCIA (cur.), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2019.

garantendo così la stabilità del sistema finanziario dell'eurozona nel suo complesso, la disponibilità di credito per l'economia reale e in ultima analisi la difesa dell'euro".

Ulteriori significativi passi sono stati compiuti: considerando lo sforzo economico che ogni Stato avrebbe dovuto supportare per affrontare gli effetti della pandemia la Commissione europea ha deciso, per la verità un po' a sorpresa, di attivare la clausola di salvaguardia del Patto di stabilità permettendo ai Governi di "pompare nel sistema denaro finché serve", secondo quanto dichiarato dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen²¹.

L'attuale crisi economica e sanitaria ha inoltre reso necessario l'intervento da parte degli Stati per sostenere l'economia, e di conseguenza la normativa sugli aiuti, spesso interpretata in modo estremamente rigido dalle istituzioni europee, è stata rivista (con qualche analogia con la crisi del 2008), con l'introduzione di uno speciale "Quadro temporaneo", adottato dalla Commissione lo scorso 19 marzo, che prevede flessibilità sugli aiuti (aggiuntivi rispetto a quelli già previsti) relativi a cinque aree determinate²².

È stato assicurato ed è già disponibile il fondo SURE (fondo anticipato dal programma di bilancio pluriennale del 2021) di 100 miliardi, stanziato per finanziare gli ammortizzatori sociali, e sono state ampliate di 200 miliardi le risorse della Banca europea degli investimenti per finanziare i prestiti alle imprese europee.

È stata attivata, inoltre, la *Pandemic Crisis Support*, una nuova linea di credito del Meccanismo Europeo di Stabilità che si potrebbe tradurre in un finanziamento di 36 miliardi di prestiti a tasso negativo per risanare la sanità italiana. L'iniziativa, tuttavia, già divisiva per le diverse posizioni degli Stati membri sulla stessa, non è andata esente da critiche dottrinali (specie con riferimento alla condizionalità delle erogazioni)²³.

²¹ Più precisamente, la Presidente ha dichiarato: "Oggi, e questo è nuovo e non è mai stato fatto, inneschiamo la clausola generale di salvaguardia del Patto di stabilità. Stiamo allentando le regole per consentire loro di farlo". "La chiusura della vita pubblica è necessaria per rallentare la diffusione del virus, ma rallenta anche in modo grave la nostra economia. La settimana scorsa ho detto che avrei fatto qualsiasi cosa sia necessaria per sostenere gli europei e l'economia europea. Oggi sono lieta di poter dire che abbiamo mantenuto la parola data".

²² Derogare al Patto di Stabilità significa sospendere le regole che governano le politiche di bilancio degli Stati membri, che risalgono al 1997 e sono state via via ampliate. Il Patto è poi stato traslato nel Fiscal Compact e, successivamente, nel dettato costituzionale (articoli 81 e ss. Cost. Sul tema sia consentito il rinvio a P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 23/2012.

Il quadro temporaneo approvato dalla Commissione europea il 19 marzo 2020 prevede che: 1) gli Stati membri possano operare con sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti e possa concedere fino a 800 mila euro ad un'impresa con urgenti esigenze di liquidità; 2) gli Stati membri potranno fornire garanzie statali per permettere alle banche di continuare a erogare prestiti ai clienti che ne hanno bisogno; 3) gli Stati membri potranno concedere prestiti con tassi di interesse favorevoli alle imprese per spese di esercizio o di investimento; 4) alcuni Stati membri possono sfruttare le capacità di prestito esistenti delle banche e di utilizzarle come canale di sostegno alle imprese, in particolare le piccole e medie imprese. Il quadro introduce un'ulteriore flessibilità per quanto riguarda il modo in cui dimostrare che alcuni paesi costituiscono rischi non assicurabili sul mercato, permettendo così agli Stati di offrire, ove necessario, una copertura assicurativa dei crediti all'esportazione a breve termine.

²³ Si veda sul tema A. MANGIA, *Il Trattato MES, la costituzione economica europea, le Costituzioni nazionali*, in A. MANGIA (cur.), *MES. L'Europa e il Trattato impossibile*, Brescia, Scholé, 2020, 1 ss., che solleva non pochi dubbi sullo strumento evidenziando la complessità giuridica dell'istituto. Si vedano inoltre: M. T. STILE, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della*

A partire dal prossimo bilancio europeo (2021-2027) è allo studio della Commissione (ed alla decisione di difficile negoziazione in sede di Consiglio europeo) il meccanismo di finanziamento del Fondo di Ripresa (*Recovery Fund*) di 1200 miliardi comprensivo di sussidi a fondo perduto e finanziamenti agli Stati su progetti di ristrutturazione dei settori produttivi.

Trattasi di una serie di interventi il cui impatto sulla sovranità nazionale risulta ancora, per molti versi, sconosciuto. In generale, tuttavia, potrebbe trattarsi di un primo segnale di un cambio di mentalità, nelle istituzioni europee e negli Stati membri, con l'abbandono di un approccio eccessivamente rigorista e l'apertura a una maggiore solidarietà tra Stati membri, che peraltro è prevista dai Trattati. Sarà importante, in questa prospettiva, che il nostro Paese si adoperi, con tutti i mezzi a sua disposizione nell'ordinamento eurounitario, per richiamare l'attenzione sugli inderogabili doveri di solidarietà (non solo economica, ma anche politica e sociale) che sono parte del nostro patrimonio costituzionale²⁴ ma, a ben vedere, anche del patrimonio costituzionale europeo, e da cui nessun serio progetto di integrazione politica sovranazionale può pensare di prescindere.

4. La digitalizzazione come obiettivo di crescita e necessità di eguaglianza nell'era dell'accesso

La speranza di una ricostruzione che costituisca anche una fase di rilancio per l'Italia e per l'Europa si fonda soprattutto sui piani dell'Unione e sulla capacità di reazione nazionale di fronte alla crisi che, per molti aspetti, è senza precedenti.

Si è precedentemente rilevato come la crisi sanitaria, ed il regime emergenziale per farvi fronte, abbiano favorito la digitalizzazione dei servizi, e come questa "trasformazione repentina" (che ha peraltro riguardato, almeno in ipotesi, anche l'istituzione parlamentare²⁵) potrebbe rappresentare una risorsa per una migliore fruizione dei diritti sociali nel lungo periodo, ma solo a patto che essa sia attuata in conformità con il principio di eguaglianza sostanziale (e dunque garantendo a tutti i mezzi e le conoscenze necessari per potersene avvalere in modo effettivo).

In altri termini, il mutamento "digitale" in atto diviene costituzionalmente compatibile solo laddove esso risulti strumentale rispetto a una migliore tutela dei diritti

sovranità statale, in [Rivista AIC](#), 2/2020; G. LUCHENA-M. RUCCIA, *Meglio le misure della BCE o i prestiti del MES*, in [Dirittifondamentali.it](#), 15 giugno 2020.

²⁴ Si veda B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., IX.

²⁵ Il riferimento è al dibattito sull'introduzione di modalità telematiche per lo svolgimento delle attività del Parlamento. Sul tema si vedano, per tutti: N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020. Sul rapporto tra nuove tecnologie e sistema della rappresentanza si vedano: L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T. E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA-M. BASSINI (curr.), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Mondadori, 2017; A. PAPA, *Rappresentanza politica versus democrazia elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti*, in L. CHIEFFI (cur.), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, Giappichelli, 2006.

sociali, ma certo non lo è se si configura, invece, come un'ulteriore una "barriera all'accesso" per alcuni consociati, per di più in condizioni "svantaggiate".

È quindi necessario che la digitalizzazione del sistema del welfare sia accompagnata da una effettiva simmetrica politica di investimenti per l'evoluzione delle infrastrutture tecnologiche: lo sviluppo della banda larga di cui si sente parlare da anni senza alcuna effettiva realizzazione, a cui si devono affiancare provvedimenti tesi alla formazione dei cittadini, per fornire a tutti le adeguate competenze digitali. Per questo dovrebbe essere altresì utilizzato un piatto linguaggio telematico, con l'adozione di termini (preferibilmente, laddove possibile, in lingua italiana) e di chiara e immediata comprensione per tutti.

Se la diffusione dei telefonini ha raggiunto nel nostro Paese traguardi mondiali, abbattendo barriere linguistiche, concettuali e figurative, lo stesso può avvenire con l'utilizzo di altri strumenti tecnologici, che adottino programmi con linguaggi alla portata della cultura media degli italiani. Gli interventi previsti sino a oggi (ad esempio dal d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, cosiddetto "Cura Italia") hanno avuto natura sostanzialmente emergenziale, e miravano prevalentemente a garantire la funzionalità della rete in una fase (quella del distanziamento "sociale") in cui essa era esposta a un pericolo di sovraccarico, mentre gli interventi volti a fornire ai consociati strumenti tecnologici adeguati per la fruizione dei servizi hanno riguardato quasi esclusivamente il sistema dell'istruzione scolastica (peraltro, anche in questo caso, con risorse inadeguate sotto il profilo quantitativo)²⁶. Si rende necessario, in altri termini, una volta finita l'emergenza, un intervento organico, strutturale e di lungo periodo che "accompagni" la transizione verso nuove modalità digitali di fruizione dei diritti sociali senza cagionare "strappi" che porterebbero inevitabilmente ad un inasprimento delle diseguaglianze, già accentuate dalla scorsa crisi economico-finanziaria globale.

In definitiva, se istruzione (anche se in forma integrativa), lavoro, previdenza sociale si trasferiranno usualmente online, l'accesso a questi strumenti deve diventare necessariamente un diritto universale, strumentale e servente rispetto ai servizi pubblici o di interesse pubblico che si trasferiscono sulla rete. Non basta per altro che ciò sia affermato nei convegni, o scritto in articoli o libri, ma bisogna che venga esplicitato nei testi normativi, tutelato e garantito a tutti gli individui.

²⁶ Si veda sul tema P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 294 ss.

Marilisa D'Amico
L'emergenza sanitaria e i diritti dimenticati¹

ABSTRACT: *The article analyzes the legislative measures enacted during the emergency situation from the standpoint of the sources of law and of their impact on already discriminated or vulnerable people. From a general viewpoint, these measures pose several criticisms in terms of their compliance with the rule of law and with the Constitutional Court's case-law on emergency. Moreover, these legislative measures proved not to take the status of already discriminated people into proper account, at least in the early stage of intervention. The study focuses on the impact of these measures on women, people with disabilities, migrants, detainees. The article ends with an analysis of the problems related to the Italian "recovery plan", through the examination of some important documents presented by the task force "Colao" and the Government.*

SOMMARIO: 1. L'emergenza Covid e l'impatto sullo Stato costituzionale. – 2. Una discutibile scelta degli strumenti normativi. – 3. Continuità e discontinuità nella cd. fase 2. – 4. La sospensione di qualsiasi bilanciamento fra i diritti fondamentali – 5. Misure emergenziali e discriminazioni. – a) Emergenza e fattore D. – b) Gli effetti sulle persone con disabilità. – c) L'impatto su migranti e stranieri. – d) Emergenza "in carcere" – 6. Riflessioni conclusive: tra "Piano Colao" e "Stati generali", quale ripartenza?

1. L'emergenza Covid e l'impatto sullo Stato costituzionale

L'emergenza Covid che ha colpito tutto il mondo e che ha trasformato profondamente le vite di un mondo globalizzato, innalzando frontiere, spazzando sicurezze e diritti, instillando dubbi e paure anche nei confronti della scienza e della medicina, si sta protraendo molto oltre le iniziali previsioni, acuendo una serie di interrogativi cruciali per il nostro Stato costituzionale².

La situazione italiana, dal punto di vista dell'impatto della pandemia, ma anche delle risposte sul piano istituzionale e scientifico, presenta alcune peculiarità, su cui occorre ragionare.

Nelle riflessioni che seguiranno vorrei innanzitutto partire dalla profonda relazione che deve sempre sussistere fra potere e diritti, fra il modo in cui uno Stato costituzionale decide di limitare i diritti fondamentali e il necessario bilanciamento fra questi stessi diritti, alla luce del diverso impatto delle misure emergenziali su persone che soffrono già di discriminazioni o che sono in condizioni di particolare fragilità.

¹ Il presente contributo costituisce l'aggiornamento e la rielaborazione di alcune delle riflessioni che l'Autrice ha proposto all'interno dello scritto *"Emergenza, diritti, discriminazioni"*, pubblicato, in data 8 giugno 2020 sulla [Rivista del Gruppo di Pisa](#).

² Interessanti riflessioni sul paradosso di una crisi globale a cui si risponde entro i confini nazionali in E. CHITI, *Questi sono i nodi. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in [laCostituzione.info](#), 24 aprile 2020.

Anticipo e chiarisco il mio punto di vista: credo che le istituzioni italiane abbiano risposto in modo sicuramente anomalo dal punto di vista dell'architettura costituzionale, travolte da una crisi senza precedenti e inimmaginabile, ma i provvedimenti adottati finora, che stanno sacrificando moltissimi diritti fondamentali per garantire quello alla salute, soprattutto collettiva, rischiano, specialmente se protratti nel tempo, di travolgere le persone che stanno peggio, acuendo in modo irrecuperabile quelle differenze di cui lo Stato, alla luce dell'art. 3, comma 2, Cost., dovrebbe sempre tenere conto. Una situazione che rischia di spezzare quello stretto legame fra limitazioni a libertà fondamentali, doveri e principio di solidarietà, che giustifica tante restrizioni a cui siamo stati e siamo sottoposti³.

Vi è però un punto che occorre sottolineare: fino a questo momento, mi pare, che l'attenzione della dottrina si sia polarizzata sul sistema delle fonti e su un'analisi assolutoria o critica, a tratti anche aspra, delle modalità adottate dal Governo nel disciplinare sotto il profilo normativo la situazione di emergenza. Vi sono certo autori, come Massimo Luciani, che hanno affermato che la legittimità delle procedure non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale⁴, ma che allo, stesso tempo, è anzitutto alla prospettiva formale che occorre guardare per ricostruire il quadro degli strumenti normativi utilizzati⁵.

Io credo invece che occorra tenere insieme questi aspetti, alla luce delle carenze dei provvedimenti adottati rispetto alle persone che soffrono di discriminazioni. Il principio di legalità sostanziale, principio cardine della nostra Carta costituzionale, ha proprio la funzione di garantire le decisioni più ampie e ponderate sui diritti fondamentali. Non è un caso che le più importanti decisioni della Corte costituzionale, all'inizio della sua attività, abbiano investito proprio la natura e l'ampiezza di questo principio⁶. E non dobbiamo dimenticare che le maggiori violazioni dei diritti fondamentali, quelle che hanno inciso in passato il principio di eguaglianza e di non discriminazione, sono state compiute non tanto da leggi, quanto da provvedimenti secondari, spesso da circolari. Nota è l'utilizzazione di questi strumenti secondari, a partire dai provvedimenti esecutivi

³ Sul tema, P. PANTALONE-M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2020.

⁴ Come osserva anche I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in [Questione Giustizia](#), 18 marzo 2020.

⁵ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, il quale osservava precisamente, in merito ai rapporti tra i vari tipi di fonti utilizzate nella gestione dell'emergenza, che "sarà anche vero che la legittimità delle 'procedure' seguite per affrontare l'emergenza 'non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale', ma essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi".

⁶ Mi riferisco in particolare alle pronunce sull'art. 2 del T.u.p.s., che disciplina il potere di ordinanza, dove la Corte ricorre a una prima pronuncia interpretativa di rigetto, con la [sent. 2 luglio 1956, n. 8](#), nella quale ribadisce che le ordinanze "hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico", escludendo che potessero divenire lesivi di altre libertà fondamentali, quali nel caso di specie l'art. 21. Cost., essendo costretta qualche anno più tardi a ricorrere a una pronuncia interpretativa di accoglimento, la nota [sent. 27 maggio 1961, n. 26](#), nella quale veniva dichiarata incostituzionale la norma nella parte in cui avesse consentito un potere di ordinanza limitativo di libertà fondamentali. Cfr. sulla vicenda, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2011, 557.

delle leggi razziali, fino a quelli che, ai giorni nostri, incidono su diritti fondamentali, come il diritto di professare liberamente il proprio credo⁷ o i diritti in materia di procreazione medicalmente assistita e di interruzione volontaria di gravidanza⁸.

Senza voler enfatizzare oltre questo aspetto, ritengo in apertura che un'analisi delle modalità di restrizione di molte delle nostre libertà sia necessaria prima di esaminare *funditus* la "sostanza" di tali limitazioni. Non vi è chi non veda come atti secondari unilaterali restringano la possibilità che siano valutate e trovino voce quelle posizioni che sono del tutto sacrificate dai provvedimenti in questione⁹.

2. Una discutibile scelta degli strumenti normativi

Va ricordato, in premessa, che la nostra Costituzione non si occupa di "stati di emergenza"¹⁰, ma all'art. 78 prevede che il Parlamento possa deliberare con legge lo stato di guerra e conferire al Governo i poteri necessari. Per converso, all'art. 77 è sancita la possibilità per il Governo, con riferimento a stati eccezionali di necessità e urgenza, di emanare decreti legge che devono essere convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro emanazione. Come tutti sappiamo, quello che era uno strumento eccezionale si è trasformato ormai nell'ordinaria modalità di emanazione di fonti di livello primario, anche in materie, come quella penale¹¹, che originariamente si ritenevano di competenza esclusiva del Parlamento.

La situazione che stiamo vivendo¹² presenta una profonda anomalia dal punto di vista del sistema costituzionale delle fonti, dal momento che lo "stato di emergenza" è stato

⁷ Ragiona dell'impatto dell'emergenza sulla libertà religiosa, in particolare, P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2/2020.

⁸ Per un approfondimento su questo tema, sia consentito il richiamo a M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in [Rivista AIC](#), 4/2018.

⁹ Atti peraltro che si sono spesso rivelati inidonei a garantire il necessario livello di trasparenza richiesto a fronte di misure limitative così rilevanti; sul tema, cfr., G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in [Giustizia Insieme](#), 24 marzo 2020; e 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.

¹⁰ Come osserva, in particolare, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [Federalismi.it](#), 18 marzo 2020.

¹¹ Su cui, volendo, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [Rivista AIC](#), 3/2016; v. anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015.

¹² Nonostante si stiano susseguendo nelle ultime settimane provvedimenti che gradualmente riportano il godimento di molte delle libertà costituzionali prima limitate o sopresse, mi pare che non sia inopportuno ritenerci ancora all'interno di una situazione anomala, dal momento, come cercherò di dimostrare nel paragrafo sulla cd. fase 2, molti aspetti formali e tanti profili di sostanza vengono trattati in modo anomalo e soprattutto senza un adeguato bilanciamento delle situazioni, con una ricaduta in termini di ragionevolezza delle disposizioni.

dichiarato a gennaio dal Governo¹³ e il Parlamento è stato coinvolto pochissimo¹⁴: sia perché il baricentro delle decisioni di ordine politico ed economico si è spostato verso il Governo, relegando il Parlamento ad un ruolo del tutto marginale e secondario; sia perché lo stesso Parlamento – che è rimasto completamente fermo nelle primissime settimane dell'emergenza – ha esitato ad esercitare le proprie funzioni di controllo e di indirizzo nei confronti del Governo.

In questa complessa cornice, la copertura democratica alle limitazioni delle libertà fondamentali protette dalla Costituzione, assicurata tradizionalmente dall'adozione di fonti di rango primario, è stata in molti casi solo formale¹⁵.

Se si scorre l'oramai lunghissimo elenco dei provvedimenti assunti nella prima fase dell'emergenza¹⁶, si comprende chiaramente quanto sia stato trainante il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Consiglio dei Ministri stesso, peraltro con alcuni tratti di innovatività rispetto ad una tendenza già presente nel nostro ordinamento¹⁷.

Da un lato, come più volte evidenziato dallo stesso Presidente del Consiglio, le decisioni prese in questa emergenza sono state concordate - con modalità, per vero, non sempre trasparenti - con il Comitato tecnico-scientifico istituito dal Capo del Dipartimento della protezione civile (ex art. 2, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020);

¹³ In data 31 gennaio, il governo ha deliberato lo stanziamento dei fondi necessari all'attuazione delle misure precauzionali conseguenti alla dichiarazione di "Emergenza internazionale di salute pubblica" da parte dell'OMS e ha deliberato, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile), lo stato d'emergenza per la durata di sei mesi.

¹⁴ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2/2020; e S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020; nonché, più di recente, sullo stesso tema, v. F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria*, in [Federalismi.it](#), 18/2020; e M. PIGNATARO, *Come preservare la continuità dell'attività parlamentare ai tempi del COVID-19? Alcune riflessioni sul lavoro "a distanza" e le vie percorribili a normativa vigente*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2/2020.

¹⁵ Su questi profili, tra i molti, E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Special Issue*, 1/2020, 95 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020; e P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, ivi.; da ultimo, S. STAIANO, *Né modello né sistema. la produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, e A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), 2/2020.

¹⁶ Elenco che si è arricchito ulteriormente, nelle ultime settimane, con: la legge 5 giugno 2020, n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali* (G.U. del 6 giugno 2020, n. 143); legge 6 giugno 2020, n. 41, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, recante misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato* (G.U. del 6 giugno 2020, n. 143); Decreto del presidente del consiglio dei ministri, "d.p.c.m.", 11 giugno 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19* (G.U. dell'11 giugno 2020, n. 147); Decreto-legge 16 giugno 2020, n. 52, *Ulteriori misure urgenti in materia di trattamento di integrazione salariale, nonché proroga di termini in materia di reddito di emergenza e di emersione di rapporti di lavoro* (G.U. del 16 giugno 2020, n. 151).

¹⁷ Sottolinea questo aspetto, ancora, I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit.

dall'altro, fin dal primo d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020¹⁸, il Governo ha seguito un *modus procedendi* assolutamente peculiare, adottando le più importanti misure di contenimento con i ben noti "d.p.c.m."¹⁹. Più nel dettaglio, la prassi dei primi mesi ha seguito questo schema: in prima battuta, il Governo ha varato decreti legge dal contenuto molto vago, rilevanti per lo più sul versante procedurale, intervenendo poi, sul versante sostanziale, con plurimi "d.p.c.m.", appunto²⁰.

Questo schema è chiarissimo a partire dai "d.p.c.m." dell'8 e del 9 marzo 2020, entrambi attuativi del d.l. 23 febbraio 2020, con cui sono state estese all'intero territorio nazionale le più severe restrizioni inizialmente previste per le sole Regioni del nord.

Il quadro che emerge (e che invero è in continua evoluzione²¹) è emblematico delle anomalie da più parti segnalate: 15 decreti legge e 16 "d.p.c.m.", oltre ad una serie sterminata di ulteriori ordinanze ministeriali (del Ministero della Salute in particolare), che hanno precisato alcuni profili contenuti nei provvedimenti governativi e presidenziali.

Con questi provvedimenti, che si sono susseguiti in molti casi a distanza di pochissimi giorni gli uni dagli altri, come anticipato, il Parlamento non ha potuto operare un controllo *ex ante* sul contenuto delle misure adottate ed è stato generato un quadro complessivo di massima incertezza: sia rispetto ai confini delle limitatissime deroghe previste (nella fase di *lockdown* per le sole ipotesi di "necessità o di comprovate esigenze lavorative"), sia rispetto alle conseguenze delle eventuali violazioni, prima presidiate con la sanzione penale e poi depenalizzate, ma con efficacia retroattiva.

Da questo specifico punto di vista²², emerge un quadro normativo assai complesso, rappresentato dal d.l. n. 33 del 16 maggio 2020, che si è affiancato al d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, convertito in data 21 maggio 2020 (il quale comunque prevede che le misure limitative in esso previste possano essere adottate "fino al 31 luglio 2020")²³. In

¹⁸ Cfr. d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (G.U. del 23 febbraio 2020, n. 45), convertito nella legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13 (G.U. del 9 marzo 2020, n. 61).

¹⁹ Che, ai sensi dell'art. 3 del decreto, sono stati adottati "su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale".

²⁰ Su questi stessi profili, v., anche, M. TRESKA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

²¹ I riferimenti numerici proposti nel testo si devono considerare aggiornati al 16 giugno 2020, giorno di approvazione del citato Decreto-legge 16 giugno 2020, n. 52.

²² G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e 'fase2': misure limitative e sanzioni nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in [Sistema Penale](#), 18 maggio 2020; sempre sui profili di rilievo penalistico, v., anche, D. AMATO, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in [Giurisprudenza Penale](#), 2020, 6.

²³ A queste considerazioni di carattere generale è poi necessario aggiungere che, all'interno del cd. "decreto rilancio", n. 34 del 2020, il legislatore ha inserito una serie di previsioni dal contenuto *lato sensu* sanzionatorio, su cui la dottrina amministrativistica si è da subito soffermata in modo critico: si tratta, nel dettaglio, delle misure contenute nell'art. 264, comma 2, del d.l. citato, finalizzate "ad assicurare piena attuazione ai principi che non consentono alle pubbliche amministrazioni di richiedere la produzione di documenti e informazioni già in loro possesso", con cui sono state inasprite le conseguenze delle autodichiarazioni mendaci rese dai privati; sul tema, diffusamente, M.A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art.*

particolare, il d.l. n. 33 tratteggia una disciplina sanzionatoria che ricalca il modello del doppio binario: sanzioni amministrative per la generalità delle violazioni e sanzioni penali per la più grave inosservanza della misura della quarantena applicata al soggetto positivo al Covid. Il nuovo decreto legge prevede che tale ultima misura sia disposta con un provvedimento amministrativo individuale e concreto, vale a dire con un provvedimento dell'autorità sanitaria, senza però precisare la durata della quarantena; è quindi auspicabile, come suggerisce la dottrina penalistica²⁴, che in sede di conversione il Parlamento intervenga sul punto, attesa la gravità e l'invasività della misura. Va sottolineato, peraltro, che la mancanza di chiarezza dei confini della norma penale, lesiva dell'art. 25, comma 2, Cost., sta già spiegando i propri effetti e, nel caso in cui il Parlamento correggesse questo profilo, non vi è chi non veda come si sia già creato un problema interpretativo di non poco conto, aggravato dal principio di retroattività di eventuali misure penali più favorevoli.

Emblema dell'incertezza che ha colpito gli aspetti più centrali della vita di relazione di ciascuno di noi – come il conoscere i limiti alla propria libertà di movimento, le condizioni per poter tornare presso la propria residenza o per recarsi sul luogo di lavoro – è la vicenda dei cd. moduli per le autocertificazioni, oggetto di continue e non sempre chiare modifiche nei momenti più delicati della prima fase emergenziale²⁵.

In questo contesto di incertezza²⁶, anche il rapporto tra lo Stato centrale e le autonomie regionali ha mostrato profonde debolezze²⁷, in una materia peraltro, quella della tutela della salute, rispetto alla quale proprio le Regioni del nord, più colpite dalla pandemia, avevano negli ultimi tempi richiesto l'attivazione dello strumento previsto dall'art. 116, comma 3, Cost. per avere maggiori spazi di manovra²⁸.

Il Governo, che pure si è in alcune occasioni impegnato in prove di forza muscolari nei confronti del protagonismo di alcuni Presidenti di Regione, attraverso solenni richiami all'importanza di una gestione unitaria della crisi, ha però dato vita, dal punto di vista formale, ad un modello di coordinamento piuttosto debole nei confronti delle autonomie regionali: gli stessi provvedimenti governativi ammettevano la possibilità che

264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste", in [Giustizia Insieme](#), 2 giugno 2020.

²⁴ Ancora G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e "fase2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in [Sistema Penale](#), 18 maggio 2020.

²⁵ G. GUZZETTA, *Il decreto legge sull'emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni*, in [Il Dubbio](#), 28 marzo 2020.

²⁶ A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti Regionali](#), 4 aprile 2020.

²⁷ Per V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, *PiemmeMolecole*, 2020, 228, "le incertezze e i conflitti che si sono manifestati a proposito dei poteri e dei provvedimenti dello Stato e degli enti territoriali sembrano dovuti, più che al sistema normativo generale o alla presunta assenza di norme generali, al modo in cui gli attori hanno utilizzato o si sono proposti di utilizzare i loro poteri"; sul tema, v. anche A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020.

²⁸ Evidenzia questo elemento F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

le singole Regioni intervenissero, nelle more dell'adozione del "d.p.c.m." da parte del Governo, con prescrizioni ulteriori²⁹.

Alcune di queste iniziative, come noto, sono state portate all'attenzione del Giudice amministrativo: qualche settimana fa, il TAR Calabria ha annullato l'ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37, del Presidente dell'omonima Regione che consentiva, nel territorio regionale, la ripresa delle attività di ristorazione con tavoli all'aperto³⁰.

Tra i vari profili, il TAR ha rilevato che l'emanazione dell'ordinanza non è stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo centrale, con un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi e con conseguente violazione del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica.

Degna di rilievo, per le medesime ragioni, è anche la pronuncia del Consiglio di Stato cui è stato fornito parere favorevole all'annullamento straordinario ex art. 138 del d.lgs. 267/2000 di quella nota delibera del Sindaco di Messina, che aveva imposto un discutibile obbligo di registrazione su un portale telematico per chiunque volesse attraversare lo stretto e fare ingresso nel territorio regionale³¹. In uno dei passaggi conclusivi, il Consiglio di Stato ha osservato che, in presenza di emergenze di carattere nazionale e pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, "vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali"³².

²⁹ Così, per esempio, l'art. 3 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale espressamente prevedeva che "nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale".

³⁰ A commento della vicenda, v., in particolare, F. PAGANO-A. SAIITA-F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

³¹ A commento della vicenda, v. A. RUGGERI, [Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina](#), in [Consulta OnLine](#), 2020/I, 224; e N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020.

³² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, n. 735 del 7 aprile 2020; il quadro dei provvedimenti giurisdizionali assunti dal giudice amministrativo in questi mesi d'emergenza è davvero ricco. Cfr., sul tema, C. DRIGO, A. MORELLI (curr.), *Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in [Diritti Regionali](#), 11 maggio 2020: da ultimo, ex multis, è possibile segnalare l'interessante decreto del T.A.R. Liguria, Sez. I, n. 147 del 23 maggio 2020, con cui era stato censurato l'obbligo incondizionato dell'utilizzo della mascherina su tutto il territorio del Comune di Genova (nel rigettare la domanda di adozione di misure cautelari provvisorie, il T.A.R. ha osservato che "tenuto conto dell'esigenza di prevenire il più possibile, nell'ambito del territorio comunale, le occasioni di contagio determinate dall'allentamento delle misure restrittive che caratterizzavano la c.d. fase 1 – l'obbligo di utilizzo delle mascherine, per come prescritto nell'ordinanza impugnata, a tutela della salute pubblica, non possa considerarsi né incongruo, né particolarmente gravoso"). Per completezza, va inoltre segnalato che anche la Corte costituzionale a breve sarà chiamata a pronunciarsi su alcune questioni problematiche poste dai

3. Continuità e discontinuità nella cd. fase 2

A margine della presentazione del “decreto rilancio”, n. 34 del 19 maggio 2020, (originariamente “decreto aprile”, poi rinominato dopo una serie di ritardi accumulati nella fase di confronto tra le forze politiche di maggioranza), il Presidente del Consiglio aveva comunicato l'intenzione di adottare le nuove misure con un decreto legge e non con un “d.p.c.m.”, in ragione dell'esigenza di coinvolgere maggiormente il Parlamento.

Si tratta di una affermazione importante, che sembra raccogliere le obiezioni che la dottrina costituzionalistica in particolare ha formulato sulla scelta degli strumenti normativi per la gestione della prima fase dell'emergenza.

A ben osservare, proprio a fronte di queste stesse critiche, il Governo aveva già previsto, all'art. 2, comma 5, del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, una forma di raccordo più stretta con le Camere, stabilendo precisamente che “i provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto”. Previsione che è stata ulteriormente rinforzata durante il passaggio parlamentare per la conversione in legge, con la precisazione per cui “il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo”.

Non è allora un caso che proprio durante il dibattito parlamentare avente a oggetto conversione in legge proprio del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, alcuni esponenti delle forze di maggioranza abbiano parlato a tal riguardo di una sorta di “parlamentarizzazione” del procedimento di adozione dei “d.p.c.m.”³³, sottolineando la volontà del Governo di coinvolgere il Parlamento, in un'ottica ispirata, da un lato, al principio di “leale collaborazione” tra i poteri dello Stato e, dall'altro, alla centralità del Parlamento. Sul testo già approvato dalla Camera dei deputati in data 14 maggio 2020, il Governo ha però posto la questione di fiducia, riducendo notevolmente il dibattito parlamentare.

Ora, se è vero, come spesso accade, che a questo strumento in alcuni casi è necessario ricorrere per garantire nei tempi previsti a livello costituzionale la conversione del provvedimento governativo, è vero anche che la fiducia assume un significato politico particolare proprio in un contesto come quello attuale in cui da più

provvedimenti assunti durante l'emergenza: investito da plurime censure di incostituzionalità è stato, nel dettaglio, l'art. 83, co. 4, del d.l. 18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020, “*là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello per cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali*” (a commento delle ordinanze di rimessione, v., in particolare, G.L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità*, in [Sistema Penale](#), 27 maggio 2020).

³³ Così in particolare Vincenzo Garruti, capogruppo del Movimento 5 Stelle in commissione Affari Costituzionali al Senato.

parti si segnala la necessità di assicurare un effettivo coinvolgimento del Parlamento nella definizione, prima ancora delle misure limitative delle libertà dei cittadini, delle modalità procedurali (“d.p.c.m.” e raccordo con le Camere, appunto), da seguire per questo stesso fine.

In ogni caso, dal punto di vista più generale e al netto di queste considerazioni specifiche, va detto che l’impegno del Governo nel coinvolgere il Parlamento è stato mantenuto soltanto in parte: se guardiamo gli interventi che hanno preceduto e poi determinato l’inizio della fase 2, con cui come noto è stata gradualmente riattivata la macchina economica e sociale del paese (a partire dal 18 maggio 2020), ci si accorge che il Governo ha sì adottato un importante decreto legge – il d.l. bilancio – contenente tutte le misure economico-finanziarie-tributarie di sostegno alle imprese e alle famiglie, facendo però nuovamente ricorso al binomio decreto legge generale – “d.p.c.m.” attuativo per quanto riguarda invece la regolamentazione delle (pur ridotte, ma ancora significative) limitazioni alle libertà fondamentali.

La lettura del “d.p.c.m.” del 17 maggio 2020 (che deve essere integrato con un successivo “d.p.c.m.” del 18 maggio 2020, che ha rivisto un profilo specifico relativo all’attività del Ministero della Giustizia) consente di apprezzare come siano ancora numerose e qualitativamente molto rilevanti le limitazioni alle libertà di circolazione, soprattutto per quanto riguarda gli spostamenti interregionali e da e per l’estero, alla possibilità di svolgere manifestazioni pubbliche e riunioni, oltre che attività economiche, produttive e sociali.

La preparazione di questi provvedimenti, peraltro, ha riproposto alcune delle anomalie che avevano già caratterizzato la prima fase dell’emergenza: il citato d.l. rilancio, per esempio, annunciato per lunghe settimane, è stato presentato alla stampa il 13 maggio e pubblicato in Gazzetta ufficiale soltanto in data 20 maggio, dopo alcuni giorni di accertamenti da parte della Ragioneria Generale dello Stato³⁴.

Oltre alla ormai tradizionale incertezza sul preciso contenuto delle novità introdotte (ancora più rilevanti nel momento in cui si tratta di decidere se e come riaprire le attività economiche colpite dal *lockdown*), tutto ciò ha generato molti dubbi in merito alla stessa vincolatività delle previsioni contenute nei nuovi provvedimenti.

L’incertezza ha colpito nuovamente anche il controverso rapporto tra Stato e Regioni; anche nella fase 2, inoltre, la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, sottolineata anche dal giudice amministrativo nelle decisioni prima richiamate, è stata rispettata soltanto in parte, posto che alcuni Presidenti di Regione (in particolare il Presidente della Regione Campania) hanno contestato il contenuto del “d.p.c.m.” che scaricherebbe tutta la responsabilità delle scelte in ordine alle modalità di riapertura delle varie attività sulle Regioni.

Non si dimentichi, peraltro, che il “d.p.c.m.” del 17 maggio 2020 prevede che le Regioni (e le Province autonome) possano stabilire una diversa data anticipata o posticipata (per alcune attività, come quelle ludiche, ricreative ed educative rivolte ai

³⁴ F. FERRARI, *Quanto si attende per il “rilancio”?*, in [laCostituzione.info](https://lacostituzione.info), 18 maggio 2020, il quale, pensando al rischio di incertezza e smarrimento ingenerato da una gestione poco attenta della comunicazione istituzionale da parte del Governo, si chiedeva: “era così impensabile attendere la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, prima di tentare di rassicurare il Paese con la descrizione generica di norme che, ad oggi, sono ancora prive di qualunque effetto giuridico?”.

bambini e ai ragazzi), a condizione che abbiano preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che individuino i protocolli o le linee guida applicabili idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali.

Questo stesso "d.p.c.m." però, per quanto detto sul fronte governativo, è stato adottato sulla base dell'intesa raggiunta in seno alla Conferenza Stato-Regioni e proprio tenendo in considerazione le esigenze manifestate dai Presidenti di Regione.

È presto per dire se questo ennesimo scontro tra Stato e Regioni si risolverà in un nulla di fatto o se, al contrario, porterà con sé conseguenze più gravi dal punto di vista giuridico (come avvenuto durante la fase 1, in cui in alcuni casi è dovuto intervenire il giudice amministrativo).

In ogni caso, l'impressione è che le modalità di gestione della fase 2, al netto di qualche proclama di carattere programmatico, non siano così diverse dalla prima fase dell'emergenza: il Governo ha comunque fatto ricorso allo strumento del "d.p.c.m." per limitare le libertà fondamentali; gli interventi messi in campo hanno parimenti generato incertezza sul contenuto e sulla validità delle nuove misure; ed, infine, non si sono attenuate le tensioni tra i diversi livelli di governo. Lo ha confermato, plasticamente, anche la recentissima questione della riapertura dei confini regionali, rispetto alla cui necessità e tempestività si sono fronteggiate posizioni molto diverse, cui sono seguiti nuovi terreni di scontro tra i vari Presidenti di Regione e tra questi ultimi e le Istituzioni centrali. Peraltro, per alcune Regioni, come la Lombardia e il Piemonte, in un primo momento era stata prospettata la possibilità di prorogare ulteriormente i divieti di spostamenti infra-regionali e, come noto, solo dopo il benestare dell'Istituto superiore di Sanità, è stato escluso un simile intervento, non avendo il Governo individuato sufficienti ragioni per rivedere le tempistiche già previste con il d.l. n. 33 del 16 maggio (che prevedeva la riapertura dei confini regionali per il 3 giugno 2020). Anche quest'ultima questione, in definitiva, in disparte i profili legati alle dinamiche proprie della conflittualità politica, conferma l'idea che i meccanismi di raccordo tra il livello regionale e quello centrale hanno faticato a seguire percorsi condivisi e definiti in modo chiaro.

4. La sospensione di qualsiasi bilanciamento fra i diritti fondamentali

Come già evidenziato, con una modalità mai sperimentata nella storia della Repubblica, ai fini del contenimento dell'epidemia, quasi tutte le libertà costituzionali sono state di fatto congelate, per garantire il diritto alla salute, in particolare alla salute collettiva³⁵.

In assenza di altre indicazioni scientifiche e nella necessità di dover limitare il numero di ammalati per l'impatto insostenibile sulle strutture sanitarie e ospedaliere, i

³⁵ Sul tema, v. A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2020 e F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

provvedimenti adottati erano sicuramente necessari e anche altri Stati nel mondo hanno fatto ricorso a misure simili.

Tuttavia, alla luce del protrarsi della situazione, e soprattutto alla luce del “d.p.c.m.” del 26 aprile 2020³⁶ che, dopo aver annunciato la tanto attesa “fase 2” (realmente cominciata poi soltanto a partire dal 18 maggio 2020), ha riproposto una serie dettagliata di divieti e di regole anche di comportamento che vorrebbero insinuarsi in aspetti fundamentalissimi delle nostre libertà costituzionali, come quello relativo alla sfera degli “affetti”, in un primo momento limitati ai “congiunti”, poi, in modo ancora più grave se vogliamo, ampliati agli “affetti stabili” (parenti sì, amici no, leggiamo sulle FAQ), occorre ragionare sul quadro di principi, alla luce della giurisprudenza costituzionale, che dovrebbero servire da “bussola” per una valutazione di quanto sta accadendo³⁷.

Innanzitutto, in altro contesto, ma in una situazione altrettanto grave dal punto di vista del diritto alla salute, finanche alla vita, sia pure in un arco spaziale ristretto, quello dell’Ilva di Taranto, la Corte costituzionale aveva in realtà preso una posizione molto netta sulla “necessità” del bilanciamento dei diritti³⁸. Dichiarando infondate questioni di legittimità costituzionale che ritenevano illegittime norme che avevano consentito a certe condizioni il mantenimento della produzione³⁹, il Giudice costituzionale aveva affermato chiaramente in una sentenza che ha fatto scuola che la salute non è un valore assoluto contro tutti gli altri, ma che “Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”. Per il Giudice delle leggi, in questa prospettiva, la “Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”, il cui 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

³⁶ Cfr. Decreto del presidente del consiglio dei ministri 26 aprile 2020, recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*.

³⁷ In occasione della presentazione della Relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale, la Presidente Prof.ssa Marta Cartabia ha ricordato che “anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è, con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità, a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare ‘per l'alto mare aperto’ dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende”.

³⁸ Stiamo parlando della nota [sent. 9 maggio 2013, n. 85](#). Per un esame più dettagliato della vicenda, v. A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 11 luglio 2014, 1 ss.; e G. ARCONZO, *Note critiche sul 'decreto legge ad Ilvam', tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 1/2013, 16 ss.; dello stesso Autore, *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, ivi, 28 ss.

³⁹ Si trattava precisamente degli artt. 1 e 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 231 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale) – *recte*, degli artt. 1 e 3 del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 (Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 231 del 2012.

di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”. Ma è molto importante richiamare anche la successiva decisione assunta dalla Corte costituzionale in riferimento al caso ILVA⁴⁰, con cui la Corte costituzionale ha censurato la circostanza che il legislatore non avesse rispettato l’esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni di rischio per la stessa vita. In questo caso, la Corte costituzionale ha concluso che “a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)”; ulteriormente osservando che la pronta rimozione dei fattori di pericolo per la salute e l’incolumità dei lavoratori “costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l’attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona”.

La lettura combinata di questi due importanti precedenti della Corte costituzionale consente di precisare alcuni elementi: la prima decisione ricorda che la necessaria – e, per certi versi, costituzionalmente imposta – opera di bilanciamento tra i diritti fondamentali cui è chiamato il legislatore incontra il limite della proporzionalità e della ragionevolezza⁴¹: si deve cioè verificare, a fronte di una misura che appaia *prima facie* eccessivamente sproporzionata, se il legislatore potesse, nel caso concreto, fare ricorso a strumenti alternativi, ugualmente efficaci rispetto all’obiettivo perseguito ma meno penalizzanti per gli altri diritti e interessi costituzionalmente protetti.

Nella seconda decisione, invece, la Corte ha registrato il *vulnus* ai parametri costituzionali evocati nell’assenza di “misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l’incolumità dei lavoratori”, implicitamente riconoscendo che, ove queste misure fossero state previste, la conclusione in punto di legittimità costituzionale avrebbe potuto trovare esiti differenti. Pertanto, alla luce di questo importante passaggio, si può rimarcare che, pur nel contesto di una situazione particolare (come quella dello stabilimento ILVA, oggetto in quel caso della decisione della Corte, o quella che stiamo attraversando oggi), laddove siano presenti misure efficaci per fronteggiare il rischio di un pregiudizio alla salute dei lavoratori (e alla salute collettiva in un senso più ampio), il diritto riconosciuto all’art. 32 Cost. – che, in ogni caso, mai può porsi come un “diritto tiranno” nei confronti di altre posizioni soggettive

⁴⁰ Cfr. [Corte cost., sent. 23 marzo 2018, n. 58](#), nella quale viene dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 3 del d.l. 4 luglio 2015, n. 92 (Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l’esercizio dell’attività d’impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale) e degli artt. 1, comma 2, e 21-*octies* della legge 6 agosto 2015, n. 132 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria).

⁴¹ Come sottolinea V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, cit., per cui “le limitazioni ai diritti, pur se previste dalla legge, devono rispondere a criteri di eguaglianza e di non discriminazione, e a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, mentre non possono essere introdotte o fatte valere in modo arbitrario”.

protette a livello costituzionale - finisce per essere attratto nel giudizio di bilanciamento con altri interessi e diritti costituzionalmente rilevanti, come può essere la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost.

L'altra indicazione chiarissima ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale sull'emergenza è quella della temporaneità⁴². Su questo il giudice costituzionale è assolutamente granitico: ricordo solo la [decisione n. 15 del 1982](#), sui limiti alla carcerazione preventiva in tempi di terrorismo eversivo delle brigate rosse, dove viene sottolineato che, dinanzi all'emergenza che mette a repentaglio la *salus rei publicae*, le limitazioni straordinarie ai diritti fondamentali sono un sacrificio accettabile, ma solo se limitate nel tempo. Ha osservato la Corte che "l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo".

E anche nella [sentenza n. 127 del 1995](#), in tema di ordinanze emergenziali, la Corte si era espressa nel senso che le deroghe basate sulle ordinanze inserite all'interno del sistema della protezione civile (oggi codice della protezione civile), dovessero riguardare una emergenza basata su dati scientifici, dalla durata limitata nel tempo, nonché prevedere deroghe ragionevoli. In questa cornice, "Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio".

Credo quindi che il protrarsi dell'emergenza e la circostanza che la cd. "fase 2", quella che si è aperta alla luce del "d.p.c.m." del 26 aprile 2020, comportando un protrarsi di molte limitazioni alle libertà fondamentali, esiga maggiore rigore nella ragionevolezza dei divieti, che devono avere specifiche giustificazioni, non devono essere discriminatori e a maggior ragione esigono proporzionalità⁴³. Aggiungo che dovrebbe, ora e in futuro, essere chiarita la relazione fra la specifica misura, divieto, obbligo e il beneficio per la salute collettiva: credo che, al contrario, le innumerevoli regole e regolette, con le innumerevoli distinzioni (congiunti, affetti stabili, ma non amici; seconde case all'interno della Regione, ma solo per lavori) manifestino vizi evidenti, sotto il profilo della ragionevolezza.

In questo scenario, rileva altresì il filone giurisprudenziale nel quale la Corte affronta il modo in cui la legge può occuparsi di argomenti tecnici o medici: a partire dalla [sentenza n. 282 del 2002](#)⁴⁴, in tema di elettroshock, per continuare con le numerose pronunce sulla legge n. 40 del 2004, la Corte è chiarissima nel prescrivere che quando si occupa di argomenti tecnico-scientifici, il legislatore non può imporre dall'alto le misure, attraverso divieti, ma deve lasciare ai tecnici o ai medici quello spazio di discrezionalità

⁴² Su questo profilo, insiste G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocati dal Covid-19*, in [Questione Giustizia](#), 27 marzo 2020, il quale osserva che "le limitazioni dei diritti costituzionali non potranno esser prorogati oltre lo stretto necessario, con immediato e diretto riferimento alla situazione che di fatto ha imposto le misure di sicurezza sanitaria".

⁴³ Ragiona di questi problemi, con un'attenzione alla prospettiva convenzionale, R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

⁴⁴ Cfr. [Corte cost., sent. 26 giugno 2002, n. 282](#).

per adattare ragionevolmente le norme alle differenti situazioni⁴⁵. Così nella [sentenza n. 151 del 2009](#)⁴⁶, la Corte ritiene irragionevole prescrivere il numero massimo di tre embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica e trasforma quel divieto rigido in una misura “ragionevole”, quella degli “embrioni strettamente necessari”. Nel nostro caso stiamo trattando argomenti dove è necessaria una competenza tecnica, demandando a norme fatte di divieti e di regole dettagliate la soluzione pratica di problemi scientifici.

Meglio sarebbe stato adottare provvedimenti primari, che consentissero di introdurre procedure con valutazioni differenziate che lasciassero spazio alla parola dei tecnici e degli scienziati non “una volta per tutte” e irrigidendo le misure dall’alto, ma in ragione della “necessità”, esattamente come è stato fatto nel 2009 per il numero degli embrioni. Oggi, i problemi non sono risolti in modo ragionevole: pensiamo soltanto alle irragionevoli prescrizioni, diverse da Regione a Regione, sull’uso delle mascherine o sui tracciamenti sierologici.

Un’ultima riflessione riguarda il rapporto tra la sospensione delle libertà fondamentali e la realizzazione del principio di solidarietà⁴⁷: è un tema che ha occupato, fin dai primi momenti dell’emergenza, il dibattito politico, interessando tutti i livelli di governo, a partire da quello locale per arrivare al livello delle istituzioni europee⁴⁸. Nella prospettiva costituzionalistica⁴⁹, è bene ricordare, come anche di recente precisato dalla Corte costituzionale, che “Nell’architettura dell’art. 2 Cost. l’adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno”⁵⁰. Ed è in quest’ottica che si può cogliere appieno il significato delle misure eccezionali che il Governo ha assunto per fronteggiare l’emergenza sanitaria; allo stesso tempo, però, proprio nell’ottica solidaristica, si deve cogliere anche il necessario limite (dal punto di vista temporale e contenutistico) di quelle stesse misure: perché, come già anticipato in apertura, il patto solidaristico che la Costituzione formalizza solennemente all’art. 2 (e che, in buona sostanza, ripropone con riferimento al diritto alla salute, inteso nella sua dimensione collettiva all’art. 32 Cost.) rischia di spezzarsi, laddove il decisore politico adotti decisioni irragionevoli, poco bilanciate e che

⁴⁵ Volendo, su questo tema, M. D’AMICO, *Le questioni ‘eticamente sensibili’ fra Scienza, Giudici e Legislatore*, in G. FERRI, *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

⁴⁶ Cfr. [Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151](#).

⁴⁷ Osserva in proposito V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell’emergenza*, cit., che “lo spirito di solidarietà si manifesta, certo, nelle molteplici attività di volontariato e nelle iniziative private volte a raccogliere fondi per le necessità delle strutture chiamate ad affrontare l’emergenza e per quelle di chi rischia di rimanere senza protezione. Ma è anche, e deve essere, alla base del rapporto permanente fra i cittadini e la collettività espressa e rappresentata dalle istituzioni pubbliche”; per G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d’emergenza provocati dal Covid-19*, cit., è auspicabile una riscoperta delle ragioni della solidarietà e del vivere assieme “valori che in molti hanno ritenuto non più perseguibili trascinati dall’ansia di una società votata al consumo e all’individualismo proletario”.

⁴⁸ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul coronavirus*, in [laCostituzione.info](#), 12 marzo 2020.

⁴⁹ Ricorda, in proposito, B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., che “il bilanciamento tra diritti e doveri costituisce dunque la prima chiave di lettura dell’equilibrio costituzionale”.

⁵⁰ Così [Corte cost., sent. n. 114 del 2019](#).

non tengano conto della gravità dei sacrifici imposti a tutti i cittadini e della condizione di sofferenza di chi vive, anche in tempi ordinari, situazioni di vulnerabilità.

5. Misure emergenziali e discriminazioni

Ma vengo all'ultimo punto, secondo me il più drammatico. Finora, nonostante gli innumerevoli proclami, lo Stato ha adottato misure uguali per tutti. Si è deciso di chiudere tutti in casa, di trasformare il diritto a un'istruzione pubblica in un diritto usufruibile *on line*⁵¹, in modo indifferenziato per alunni delle scuole primarie come per le Università; si sono chiusi da un giorno all'altro centri di assistenza per persone anziane o disabili, non curandosi adeguatamente delle condizioni delle RSA. Per non parlare del lavoro e delle condizioni di chi è lavoratore autonomo o imprenditore, ma anche lavoratore dipendente senza computer, costretto a prendere le ferie non riuscendo a lavorare in *smart working*. Uno *smart working* che per moltissimi si è trasformato in una trappola lavorativa dove non contano più orari, pasti, *week-end*; dove i genitori con figli piccoli sono costretti a lavorare, badando anche all'assistenza *on line* richiesta dalle scuole per erogare la didattica (nelle situazioni più felici, perché per tanti altri genitori la didattica *on line* significa compiti su *whatsapp*, da fare ovviamente a casa con i genitori medesimi)⁵².

Sotto questo aspetto finora è mancato del tutto una dimensione "sociale" nell'approccio ai problemi e, anche in questo caso, è evidente a tutti che proprio in una situazione come quella che stiamo vivendo è necessario, dal punto di vista costituzionale, monitorare attentamente l'effettività dei diritti. Su tutti anche l'effettivo accesso ai mezzi tecnologici e la possibilità che tutti, ma soprattutto gli studenti e i lavoratori possano disporre di tali mezzi o che lo Stato (e ovviamente gli enti locali, più vicini ai cittadini), tempestivamente, assicuri loro tali strumenti necessari ai fini del godimento del diritto stesso.

Infine, le misure generali adottate finora non tengono in alcun conto di chi è già discriminato o si trova in situazione di particolare fragilità.

Occorre quindi concentrarsi sui diritti negati di chi già soffre una condizione di discriminazione, partendo dal concetto di discriminazione multipla.

La nozione di discriminazione multipla o intersezionale è concetto che, come noto, nasce negli Stati Uniti con riferimento ai problemi razziali e, in particolare, si sviluppa nel pensiero di Kimberle Crenshaw⁵³.

⁵¹ Sul tema dell'impatto dell'emergenza sul cd. "*digital divide*", v., in particolare, P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

⁵² Di queste e altre problematiche connesse alla chiusura delle scuole, ragiona, da ultimo, G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettiva della tecnologia*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

⁵³ In letteratura, tra gli scritti della studiosa, si vedano K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, 1241 e ss.; e, della stessa Autrice, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Form*, 1989, 57 e ss.

Ad avviso della studiosa che per prima ha proposto tale nozione ragionando sulla condizione delle donne afroamericane, la discriminazione è fenomeno capace di interessare contestualmente più di un fattore di discriminazione.

Detto altrimenti, la discriminazione non agisce necessariamente in modo isolato, colpendo singoli o gruppi in ragione di un singolo fattore, ma può anche causare la moltiplicazione di più fattori, che si sommano l'uno agli altri.

Attraverso il concetto di discriminazione intersezionale è, quindi, possibile individuare specifiche categorie, che soffrono o rischiano di essere marginalizzate proprio per effetto del concorrente operare di più fattori di discriminazione.

Questo era il caso, come detto, delle donne afroamericane da cui la Crenshaw ha elaborato il concetto di discriminazione intersezionale. La categoria in esame si vedeva, infatti, doppiamente pregiudicata: non era solo la razza a determinare il trattamento deteriore sofferto. Ad essa, andava affiancandosi il genere con un impatto ancora più pregiudizievole, perché derivante, appunto, dalla interazione simultanea tra i due fattori.

Un simile effetto, dato dalla relazione che si instaura tra due o più fattori di discriminazione, si verifica di frequente e, soprattutto, è particolarmente ricorrente quando sono le donne ad essere vittime di condotte discriminatorie. Esempi sono offerti dalla condizione di particolare vulnerabilità di cui soffrono le donne migranti, ma anche le donne con disabilità.

Ne discende che, soprattutto se si vuole intervenire a livello normativo o con azioni specifiche, non è possibile considerare isolatamente i diversi fattori di discriminazione, perché appunto le discriminazioni se sono presenti nella stessa persona non si sommano, ma si moltiplicano, aggravando ulteriormente la condizione di fragilità individuale.

a) *Emergenza e fattore D*

Nell'emergenza, prima in sordina, poi in modo chiarissimo, un primo dato emerge con forza. A livello nazionale e anche a livello globale, nei luoghi decisionali e anche nel mondo scientifico, le donne sembrano scomparse⁵⁴.

Di fronte alla violenza del virus e alla sua brutalità, ecco che le donne sembrano di nuovo sospinte indietro. Non si vedono, non si esprimono, non vengono ascoltate.

Se ragioniamo sulle posizioni istituzionali apicali che hanno gestito la crisi, troviamo al vertice e nei gruppi di comando soltanto uomini⁵⁵: dal Presidente del Consiglio con il suo *staff* maschile, al Presidente della Repubblica anche lui "consigliato" da uomini, ai vari commissari che gestiscono l'emergenza, alla *task force* costituita per la "fase-2" guidata da Vittorio Colao, con sole 4 donne su 17 componenti.

⁵⁴ Così si apre anche l'articolo di Redazione ANSA, *Coronavirus: le donne leader per una ripresa inclusiva*, in [ANSAit](#), 22 aprile 2020.

⁵⁵ Sul ruolo delle (poche) donne che, in posizioni istituzionali apicali, stanno gestendo la pandemia si veda I. SOAVE, *Coronavirus, e se le donne (al governo) si difendessero meglio? Da Merkel a Jacinda, la lezione di sette leader*, in [Corriere della sera](#) (online), 15 aprile 2020, e, a completamento, *Forbes elogia la leadership femminile di fronte alla pandemia*, in [HuffPost](#), 14 aprile 2020.

Tale assenza nelle *task force* è stata molto criticata: si sono moltiplicati denunce, appelli, lettere, prese di posizione pubbliche nei confronti del Governo che denunciavano questa situazione. Tante e tali manifestazioni di sconcerto che hanno indotto, dopo più di due mesi il Presidente del Consiglio, a fase 2 già avviata, ad integrare le due *task force*.

Ma ancora più evidente è la situazione a livello scientifico: scienziati, virologi, medici. Pochissime donne, una presenza quasi invisibile, per lo più voci isolate⁵⁶.

Si tratta di una semplice casualità oppure è qualcosa che drammaticamente conferma un problema soprattutto italiano? E cioè l'enorme difficoltà di trasformare un mondo nato come "maschile" e di sradicare stereotipi che ancora abbiamo dentro di noi. Quello degli uomini razionali, e delle donne istintive, quello del mondo femminile fatto di casa, dove al massimo la donna può contribuire educando i figli a diventare buoni cittadini. Quello di una rigida divisione che lascia all'uomo lo spazio pubblico e alla donna quello privato. Una distinzione che contraddistingue la società patriarcale, che in Italia solo con la Costituzione viene superata a livello di principio, ma che di fatto resiste ancora in tanta nostra cultura.

È come se ogni volta ci fosse bisogno di un pensiero in più per rivolgersi alle donne nella gestione di ruoli pubblici e che quindi questa drammatica emergenza metta a nudo come alcune posizioni femminili anche apicali siano affidate con un ragionamento, una non convinta adesione a un giusto principio di uguaglianza e di distribuzione di ruoli.

E ancora, oltre che nella visione pubblica, nel riconosciuto ruolo delle donne, che sta già facendo un drammatico passo indietro, quanto inciderà in concreto questa crisi sulle vite femminili? Lo possiamo già misurare in qualche modo? Che la crisi stia colpendo, stia incidendo e inciderà sulla condizione femminile, peggiorandola, è, a mio avviso, già oggi misurabile sulla base di alcuni fattori.

E, tra l'altro, tutto questo avviene su un paradosso naturale che non è ancora spiegabile dagli scienziati: a livello statistico, questo virus si abbatte in modo molto più forte sugli uomini⁵⁷. Le statistiche mondiali parlano di una proporzione di decessi e contagiati che vanno dal 65-70% di uomini al 35-30% di donne. Rischiamo di perdere tantissime vite umane, soprattutto maschili. E questo conferma tragicamente che anche nel settore medico dovrebbero essere potenziati e applicati gli studi di genere, quella medicina di genere che ancora troppo poco si studia nelle Università e si indaga nei laboratori di ricerca⁵⁸. I dati parlano, ma per ora non comportano reazioni.

Altri dati, a fronte di questo paradosso "naturale", devono invece far riflettere.

Una forzata reclusione nelle mura domestiche sta già avendo un effetto pesantissimo sul lavoro delle donne, alle quali, almeno in Italia, è affidato in proporzione maggiore il lavoro di cura. Sulle spalle delle donne è piombato (e ripiombato per chi aveva la fortuna di poter contare su una collaborazione domestica che a causa delle restrizioni non è possibile mantenere nella maggior parte dei casi e probabilmente per molte non potrà più esserlo a causa della crisi economica che si sta abbattendo su tutti noi) il lavoro

⁵⁶ Cfr. E. FITTIPALDI, *Il coronavirus e le donne (di nuovo) fuori dalla Storia*, in [L'Espresso](#) (online), 14 aprile 2020.

⁵⁷ Cfr. la pertinente [pagina del sito Epicentro](#).

⁵⁸ Si veda il [Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere](#).

Sul tema si veda *Fase 2, è emergenza per 3 milioni di mamme*, in [adnkronos](#), 9 maggio 2020.

domestico, che si somma allo *smart working* per le donne che lavorano. Non basta. Perché le donne con figli piccoli che frequentano le scuole dovranno di necessità accudire anche loro: la didattica *on line*, a cui le scuole non erano preparate, spesso chiede agli studenti prestazioni complicate che, soprattutto quando sono piccoli, richiede la presenza di un adulto. Nelle famiglie italiane, a occuparsi dei figli, anche in questo caso, sono statisticamente più donne che uomini.

La forzata reclusione nelle case ha un impatto sulla violenza domestica⁵⁹. L'attuale situazione di emergenza va paradossalmente a rafforzare proprio i due elementi fondanti la violenza relazionale: l'isolamento della donna dalle sue aree di vita (familiare, amicale, lavorativa e sociale) e il controllo dell'uomo sulle azioni e le scelte della partner. Questa convivenza, ininterrotta, essendo 24 ore su 24, e prolungata, da oltre un mese crea nelle donne dei forti vissuti di stress e di impotenza, a cui nei casi in cui ci siano figli, si va anche ad aggiungere un gran sovraccarico nel lavoro di cura dei bambini.

A partire dai primi decreti che hanno imposto l'obbligo di stare a casa, i centri antiviolenza si sono immediatamente mobilitati e hanno deciso di offrire comunque un servizio per mantenere il contatto o creare il legame, sempre rispettando la giusta distanza, con quelle donne costrette a vivere in casa, il luogo più familiare e al tempo stesso il più pericoloso. Da qui la decisione di moltissimi Centri antiviolenza italiani di continuare ad offrire i servizi di supporto da remoto, oltre che garantire la gestione delle case rifugio. Sul numero delle richieste ci sono purtroppo dati contrastanti: in alcuni casi si afferma che sia leggermente calato, in altri invece si denuncia un aumento. A cambiare, però, sono soprattutto le tematiche portate dalle donne all'attenzione degli operatori. Dalle esperienze di questo mese raccontate dagli operatori, sembra che ci sia un gran bisogno delle donne di essere ascoltate nella consapevolezza di dover gestire una situazione continua di convivenza senza un apparente rimedio.

In questa situazione le istituzioni hanno attivato strumenti come un numero di telefono collegato con la polizia a cui chiedere supporto⁶⁰, ma non è stata definita una strategia per l'accompagnamento di eventuali vittime di violenza domestica in un percorso di denuncia alle autorità, nel quale le donne devono essere accompagnate e che rischia di essere vanificato o, al peggio, poco tempestivo.

Il rischio, insomma, di una ripresa di quella che viene definita una violenza sommersa, non denunciata, soprattutto nel caso anche di famiglie con figli piccoli è reale e, sempre ad avviso, degli operatori nelle mura domestiche si stanno consumando situazioni molto pericolose.

Ancora, moltissime donne si trovano in grande difficoltà per esercitare la libertà di procreare, ricorrendo a un'interruzione di gravidanza. La chiusura delle attività ambulatoriali sta rendendo difficile, se non impossibile per moltissime donne la possibilità di accertare e di decidere di abortire. Tale situazione, che sta diventando drammatica, è stata denunciata in modo molto forte dalla Laiga (Libera Associazione

⁵⁹ Cfr. in argomento F. FILICE, *La parità di genere alla prova del Covid 19*, in [Diritto Penale e Uomo](#), 15 aprile 2020; si veda anche l'articolo del Post *Il corona virus e la violenza domestica*, in [il Post](#), 17 marzo 2020.

⁶⁰ Si tratta di una chat per contattare il 1522 o la "You Pol", applicazione sviluppata dalla Polizia di Stato per segnalare in modo estemporaneo e diretto situazioni di maltrattamento, molto importante, ma ovviamente non sufficiente per coprire tutte le situazioni.

Italiana Ginecologi per Applicazione legge 194), insieme ad altre associazioni femminili, la quale in un documento ha fatto appello alle forze politiche e istituzionali per garantire medici non obiettori di coscienza e servizi sul territorio per assistere le donne che intendano interrompere la gravidanza, favorendo quella farmacologica, senza un necessario ricovero ospedaliero o al massimo in *day hospital*. Finora non ci sono segnali di risposta positiva da parte delle istituzioni a questo appello, mentre casi di cronaca rivelano una crescente difficoltà.

Infine, pensiamo al “dopo”. L'emergenza Covid, come si sta già verificando, ha e avrà ripercussioni economiche pesantissime che impatteranno direttamente sul mercato del lavoro e sui lavoratori più fragili. Le maggiori fragilità, a livello statistico, sono delle donne: la profonda modificazione del lavoro, con la limitazione di contratti a tempo indeterminato, la cd. “precarizzazione” ha sempre colpito maggiormente le donne, soprattutto in alcune fasce di età. Se la crisi travolgerà tanti lavori precari, rischierà di colpire soprattutto tante lavoratrici⁶¹. Lavoratrici che sicuramente avranno maggiori problemi a “conciliare” famiglia e lavoro qualora i provvedimenti di chiusura delle scuole si prolungassero o riprendessero di fronte a nuove ondate di epidemia, un'ipotesi tutt'altro che peregrina, ad avviso degli scienziati.

b) *Gli effetti sulle persone con disabilità*

L'emergenza sanitaria ha avuto gravissime ripercussioni su un'ulteriore categoria di persone, che anche in condizioni ordinarie, nonostante una normativa sempre più attenta alle loro esigenze, subisce sovente trattamenti discriminatori: le persone con disabilità.

Dopo un primo tempo di generale indifferenza all'impatto della pandemia sulla condizione di queste persone, la tragica vicenda delle “RSA”, da un lato, e l'instancabile impegno del mondo dell'associazionismo, dall'altro, hanno riportato all'interno del dibattito politico e pubblico proprio il tema del rapporto tra l'emergenza Covid e la disabilità.

Si è quindi cominciato a comprendere che le persone con disabilità hanno affrontato un rischio maggiore del resto della popolazione, perché in molti casi abbandonati ad un destino di solitudine e isolamento: l'interruzione dei servizi di supporto, le condizioni di salute preesistenti (con il rischio di sviluppare malattie gravi, anche letali), l'esclusione dalle informazioni sulla salute, nonché le difficoltà legate alla fornitura di servizi sanitari tradizionali e alla distribuzione dei sistemi di protezione individuali hanno infatti pesato in modo gravissimo su queste persone.

Per non parlare dei casi in cui le persone con disabilità hanno contratto l'infezione, con il rischio di vedersi negato l'accesso al pronto soccorso e alle strutture ospedaliere; molte delle persone con disabilità contagiate sono morte “sole”, nelle loro abitazioni o nei servizi residenziali, perché, nelle fasi più difficili dell'emergenza, la priorità è stata

⁶¹ Sulle condizioni in cui hanno lavorato e stanno lavorando durante l'emergenza sanitaria le madri si veda C. NARDINOCCHI, *Coronavirus, la quarantena delle donne tra focolare e smart working: tutti a casa, ma a che prezzo?*, in [la Repubblica](#), 10 aprile 2020; AL. TR. *Festa della mamma e coronavirus, 3 milioni di donne divise tra figli piccoli a casa e lavoro*, in [Il Sole 24 ore](#), 9 maggio 2020.

data alle persone in grado di essere ricoverate senza ulteriori complicazioni. Peraltro, in alcuni casi, come molte associazioni hanno giustamente denunciato con forza⁶², la morte di queste persone non è rientrata neppure nel conteggio dei “decessi Covid” perché a queste stesse persone è stato negato anche il diritto alla diagnosi, prima ancora che al trattamento e alla cura.

A fronte di questo quadro, non deve sorprendere che, il 9 aprile 2020, l’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha pubblicato una guida orientativa per invitare gli Stati ad adottare misure adeguate per affrontare i rischi, sproporzionati, che le persone con disabilità devono affrontare nel periodo di emergenza.

A tal riguardo, è importante dar conto anche dal fatto che, all’interno della *Risoluzione sulla strategia europea sulla disabilità post-2020*, approvata in data 18 giugno 2020, il Parlamento europeo ha segnalato che, lungo i mesi della pandemia, le persone con disabilità hanno subito gravissime violazioni dei loro diritti: in molti casi, si precisa nella *Risoluzione*, le persone con disabilità hanno assistito all’interruzione dell’assistenza personale e dei servizi di cura e di sostegno, ad una conclamata disparità nell’accesso alle informazioni sanitarie e all’assistenza sanitaria, comprese le cure urgenti, e/o alla totale esclusione dalle stesse. Al punto n. 30 della *Risoluzione*, il Parlamento europeo rivolge un preciso invito alla Commissione affinché quest’ultima elabori una valutazione delle difficoltà e delle violazioni dei diritti subite dalle persone con disabilità durante i mesi della pandemia, delle misure adottate dagli Stati membri e delle lacune e carenze legislative, chiedendo alla Commissione anche di proporre, nella strategia sulla disabilità post-2020, misure pertinenti e specifiche di ripresa e di mitigazione per ovviare a tali carenze e impedire che si ripresentino in futuro.

Tornando all’Italia, va ricordato che, con il “d.p.c.m.” del 26 aprile 2020, il Governo aveva previsto la riattivazione delle attività sociali e socio-sanitarie erogate in favore delle persone con disabilità⁶³; questa misura è stata poi confermata dal “d.p.c.m.” del 17 maggio 2020.

Quest’ultimo “d.p.c.m.”, inoltre, ha riproposto anche la previsione (già contenuta nei “d.p.c.m.” del 10 e del 26 aprile 2020) che richiedeva ai dirigenti scolastici di attivare, per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità; un’analoga attenzione alla condizione degli studenti con disabilità è imposta anche per l’organizzazione delle attività delle Università e di tutte le Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

Previsione sicuramente importante che traccia un orizzonte di intervento molto chiaro, sulla cui concreta attuazione nei singoli contesti scolastici e universitari è allo stato difficile esprimersi.

⁶² Cfr., per quanto riguarda il contesto lombardo, il comunicato firmato dall’Associazione LEDHA del 30 marzo 2020.

⁶³ L’art. 8 del “d.p.c.m.” del 26 aprile 2020 prevedeva precisamente che “*le attività sociali e socio-sanitarie erogate dietro autorizzazione o in convenzione, comprese quelle erogate all’interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, qualunque sia la loro denominazione, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, sociooccupazionale, sanitario e socio-sanitario vengono riattivate secondo piani territoriali, adottati dalle Regioni, assicurando attraverso eventuali specifici protocolli il rispetto delle disposizioni per la prevenzione dal contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori*”.

È interessante notare, ancora, che il “decreto rilancio” contiene un titolo, il IV, recante disposizioni in tema di disabilità e famiglia, alcune di queste, come l’art. 104, espressamente dedicate alla condizione delle persone con disabilità, il quale prevede nello specifico che “al fine di potenziare l’assistenza, i servizi e i progetti di vita indipendente per le persone con disabilità e non autosufficienti e per il sostegno di coloro che se ne prendono cura, in conseguenza della emergenza epidemiologica da Covid-19, lo stanziamento del Fondo per le non autosufficienze di cui all’articolo 1, comma 1264, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è incrementato di ulteriori 90 milioni di euro per l’anno 2020, di cui 20 milioni destinati alla realizzazione di progetti per la vita indipendente”. Le misure economiche che il Governo ha messo in campo per sostenere le attività che coinvolgono le persone con disabilità sono sicuramente molto importanti e meritevoli di apprezzamento, come dichiarato dai rappresentanti della FISH (Federazione Italiana per il superamento dell’handicap) e della FAND (Federazione tra le Associazioni Nazionali delle persone con disabilità), i quali hanno però anche mostrato perplessità in merito alla scarsa attenzione dimostrata per il settore del lavoro dei *caregiver* familiari⁶⁴. A destare preoccupazione, in questo senso, è la mancata precisazione della previsione di cui all’art. 26 del d.l. n. 18 del 2020 (cd. “Cura Italia”), poi convertito nella legge del 24 aprile 2020, n. 27, secondo cui ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità, nonché ai lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita anche se non in possesso della certificazione di handicap con connotazione di gravità, doveva essere riconosciuto lo status di ricovero ospedaliero sulle assenze effettuate.

Alcune importanti novità possono essere altresì rinvenute nella legge di conversione del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020 (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del 23 maggio 2020), con cui il Parlamento, intervenendo sulla norma che prevedeva le limitazioni alla libertà di circolazione (e di allontanamento dalla propria residenza, domicilio, abitazione) ha ora stabilito che “ai soggetti con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, con disabilità intellettiva o sensoriale o con problematiche psichiatriche e comportamentali con necessità di supporto, certificate ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è consentito uscire dall’ambiente domestico con un accompagnatore qualora ciò sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria”.

Tutte queste misure sembrano muovere nella giusta direzione; allo stesso tempo però, sono forse state adottate con ritardo... con quanto ritardo e con quali conseguenze lo riusciremo a capire solo fra qualche mese, quando sarà più facile riguardare ai primi mesi dell’emergenza e verificare le responsabilità di quanti hanno (o non hanno) assunto decisioni in tema di disabilità.

c) *L’impatto su migranti e stranieri*

La chiusura delle frontiere degli Stati e la forte limitazione della libertà di circolazione messe in atto dagli Stati non hanno fermato i migranti e le persone in fuga dai loro paesi.

⁶⁴ Cfr. Nota delle federazioni FISH e FAND sul ‘Decreto rilancio’, in [superando.it](https://www.superando.it), 21 maggio 2020.

Si pensi che nei primi mesi del 2020 sono giunte sulle coste italiane circa 3500 persone in più rispetto agli stessi mesi del 2019⁶⁵. Ed è opportuno precisare che gli arrivi sono avvenuti nonostante l'adozione del Decreto interministeriale del 7 aprile 2020 secondo il quale "per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del Covid – 19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *place of safety*"⁶⁶. Le persone giunte via mare sono state poi soggette a quarantena su navi appositamente adibite o negli *hotspots* siciliani⁶⁷.

Oltre alla complessa gestione degli arrivi, certamente problematica dal punto di vista sia della garanzia della sicurezza sanitaria, sia della tutela dei diritti dei migranti, l'emergenza ha avuto un impatto negativo anche sugli stranieri già presenti nel nostro paese.

Proprio nei momenti di crisi, infatti, il legislatore e le pubbliche amministrazioni tendono a limitare l'accesso ai diritti e alle prestazioni sociali in base al titolo di soggiorno, giustificando tale scelta per ragioni che attengono al contenimento della spesa pubblica.

La giurisprudenza costituzionale sul punto è granitica nell'affermare che una simile limitazione è legittima solo se essa può ritenersi ragionevole e non lesiva del contenuto minimo essenziale dei diritti, il quale deve essere garantito a tutti indipendentemente dalla regolarità e dal titolo di soggiorno⁶⁸.

Eppure, proprio nel pieno dell'emergenza alcuni Comuni, competenti per l'erogazione dei c.d. "buoni spesa"⁶⁹ in favore delle famiglie più bisognose, hanno previsto quale requisito di accesso ai predetti "buoni" anche il possesso del titolo di soggiorno di lungo periodo, della residenza nel territorio comunale, in alcuni casi della cittadinanza⁷⁰.

Sul carattere discriminatorio di tali scelte amministrative si stanno già esprimendo i giudici⁷¹: non è ragionevole infatti escludere gli stranieri dall'accesso ai contributi di

⁶⁵ Cruscotto statistico del Ministero dell'Interno, 29 maggio 2020.

⁶⁶ Decreto Interministeriale del Ministero dell'Interno, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero della Salute del 7 aprile 2020. Sulle criticità del decreto A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in [Questione Giustizia](#), 2020.

⁶⁷ Decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile, n. 1287 del 12 aprile 2020. Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

⁶⁸ In questo senso si vedano in particolare le sentenze della Corte costituzionale relative all'accesso degli stranieri con disabilità alle prestazioni sociali cfr. [30 luglio 2008, n. 306](#), [9 febbraio 2011, n. 40](#), [23 gennaio 2009, n. 11](#), [16 dicembre 2011, n. 329](#), [11 novembre 2015, n. 230](#). Analogamente sull'accesso degli stranieri all'edilizia popolare [Corte cost., sent. 9 marzo 2020, n. 44](#).

⁶⁹ Ordinanza della Protezione civile n. 658 del 29 marzo 2020 "*Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*".

⁷⁰ Cfr. in questo senso le linee guida dell'UNAAR "In materia di interventi di solidarietà alimentare in esecuzione all'ordinanza n. 658 del 29 marzo 2020 della protezione civile". In tema si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Cittadini, stranieri e solidarietà alimentare al tempo del coronavirus*, in [Questione Giustizia](#), 2020.

⁷¹ In questo senso Trib. Napoli, ord. 25 maggio 2020; Trib. Brescia, decreto 28 aprile 2020; le pronunce sono pubblicate in [ASGI](#).

solidarietà alimentare in base al titolo di soggiorno o alla durata della residenza, trattandosi di misure finalizzate a “consentire il concreto soddisfacimento dei ‘bisogni primari’ inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare” ([Corte cost., sent. n. 187 del 2010](#)⁷²).

È evidente che simili modalità “rigide” di ripartizione dei contributi di solidarietà non possono che avere un effetto doppiamente negativo su quegli stranieri che versano in una situazione di fragilità economica, generando anche casi di multipla fragilità⁷³.

Sempre con riferimento alla situazione dei diritti degli stranieri nel periodo dell'emergenza sanitaria, si vuole far emergere una riflessione di carattere generale: la pandemia sembra aver messo in luce tutta la problematicità e la fragilità delle politiche migratorie degli ultimi decenni.

I tratti salienti di queste politiche, e da ultimo dei Decreti Sicurezza, – quali la perenne assenza di strumenti di regolarizzazione del soggiorno e di vie di ingresso regolare, l'abrogazione della protezione umanitaria e dell'iscrizione anagrafica, lo stravolgimento del sistema di accoglienza – mal si conciliano con le esigenze di controllo della libertà di circolazione delle persone propria di questo momento storico.

L'effetto è paradossalmente l'opposto di quello espresso dal legislatore: in nome della “sicurezza” si sono resi difficilmente tracciabili e controllabili gli spostamenti di tutti quei soggetti che in base alle nuove normative non sono considerati “regolari” o che non possono più essere iscritti all'anagrafe cittadina (cfr. art. 13 d.l. n. 118 del 2013, conv. l. n. 132 del 2018).

Proprio su questo aspetto meritano di essere richiamati i ricorsi delle Regioni che, seppur dichiarati inammissibili con [sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2019](#) per carenza di lesione delle competenze regionali, avevano evidenziato l'illogicità del primo Decreto Sicurezza il quale mediante l'abrogazione dell'iscrizione anagrafica e della protezione umanitaria rendeva ancora più difficoltoso da parte dell'Amministrazione il controllo sulle persone presenti sul proprio territorio⁷⁴.

Questa problematica è ancora più evidente in tempi di emergenza sanitaria nei quali è di cruciale importanza, ai fini del contenimento del contagio, che le amministrazioni abbiano chiara contezza della popolazione presente sul territorio.

In effetti l'emergenza pandemica sembra aver rappresentato l'occasione per riportare all'attenzione della politica un tema ignorato da decenni, quello appunto della regolarizzazione dei lavoratori migranti. È noto che il Decreto Rilancio (d.l. n. 34 del 2020) all'art. 103 consente allo straniero in posizione irregolare di richiedere un permesso di soggiorno temporaneo di sei mesi che può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro ove venga “esibito” un contratto di lavoro in tre settori: quello agricolo, quello di assistenza alla persona e quello del lavoro domestico⁷⁵. Si tratta solo di un primo passo, ma che inverte la rotta rispetto alle politiche precedenti,

⁷² Cfr. [Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 187](#).

⁷³ Sul tema si veda C. SICCARDI, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità*, in M. D'AMICO-F. BIONDI (curr.), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, 2017, 139 ss.

⁷⁴ Ci si riferisce a [Corte cost., sent. 24 luglio 2019, n. 194](#).

⁷⁵ Su cui si vedano le riflessioni di S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in [Questione Giustizia](#), 2020.

intendendo la regolarizzazione come un provvedimento a beneficio della sicurezza, anche sanitaria, di tutti noi.

d) *Emergenza “in carcere”*

Un ulteriore ambito in cui l'emergenza sanitaria ha provocato pesanti conseguenze è quello dell'amministrazione della giustizia: come luoghi necessariamente aperti al pubblico e frequentati ogni giorno da una moltitudine di soggetti (centinaia di giudici, avvocati, personale amministrativo, testimoni, giornalisti etc..) i Tribunali di tutta Italia sono stati immediatamente interessati da provvedimenti specifici, che hanno determinato la sospensione di tutte le attività non urgenti. Il settore penale, in questa cornice, ha incontrato maggiori difficoltà, da un lato perché alcune attività sono per definizione indifferibili (come la celebrazione delle udienze penali di convalida degli arresti), dall'altro perché la pubblicità delle udienze è una prerogativa necessaria del dibattimento penale.

A tal riguardo, l'aspetto su cui interessa maggiormente ragionare riguarda la condizione dei detenuti⁷⁶, su cui la pandemia del Covid ha inciso con particolare gravità, in ragione del ritardo con cui il sistema ha reagito all'emergenza sanitaria e, soprattutto, della mai risolta piaga del sovraffollamento carcerario⁷⁷.

In una prima fase, il dibattito si è incentrato sulle violenze registrate in numerosi istituti di pena, risultato delle proteste⁷⁸ che i detenuti hanno organizzato per essere maggiormente ascoltati e tutelati davanti al rischio di diffusione del virus all'interno delle strutture penitenziarie. Rischio, peraltro, tutt'altro che inverosimile, se si leggono con attenzione le comunicazioni del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che hanno costantemente monitorato la situazione delle carceri, dando conto di centinaia e centinaia di casi di contagio tra detenuti e personale dell'amministrazione penitenziaria⁷⁹. Per questo fine, sono state messe in campo, non senza difficoltà sotto il profilo attuativo, azioni volte a limitare la diffusione del virus nel circuito penitenziario, attraverso la definizione di procedure operative in grado di limitare l'esposizione al rischio dei detenuti, di formare e supportare gli agenti di polizia, nonché di garantire la distribuzione dei dispositivi di protezione individuale.

In una seconda fase, l'attenzione è stata rivolta ai provvedimenti della magistratura di sorveglianza che hanno concesso la detenzione domiciliare ai detenuti a più alto rischio, tra cui anche soggetti condannati in via definitiva per fatti di mafia sottoposti al regime speciale del 41-bis. Alcuni hanno osservato, in particolare, che lo Stato avrebbe con troppa leggerezza ritenuto di dare prevalenza al diritto alla salute individuale del detenuto beneficiario (e alla salute collettiva pensando al microcosmo della struttura

⁷⁶ Per un'analisi sulle problematiche legate al carcere nei tempi dell'emergenza Covid-19 si veda: A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

⁷⁷ Su cui, tra i molti, G. M. FLICK, *Superare il carcere*, in [Giustizia Insieme](#), 11 aprile 2020, e G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in [Sistema Penale](#), 22 marzo 2020.

⁷⁸ Per un commento alle rivolte in carcere nel mese di marzo 2020 si veda M. BRUCALE, *Coronavirus. Rivolte in carcere: dalla violenza, la violenza*, in [Giurisprudenza Penale](#), 2020.

⁷⁹ Cfr., *ex multis*, *Bollettino del Garante delle persone private della libertà sull'evoluzione dell'emergenza Covid-19* del 7 aprile 2020.

penitenziaria), dimenticandosi della gravità dei reati commessi (e delle relative vittime), nonché sottostimando le perduranti esigenze di prevenzione correlate alla pericolosità sociale dei soggetti interessati. Sul tema è intervenuto nelle ultime settimane anche il Governo, con un primo d.l. del 30 aprile n. 28 e un secondo d.l. del 10 maggio 2020, n. 29, quest'ultimo recante misure urgenti volte a disciplinare la detenzione domiciliare o il differimento dell'esecuzione della pena, nonché la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria.

Con questi provvedimenti, su cui la dottrina ha espresso alcune perplessità⁸⁰, è stato previsto che il magistrato, prima di autorizzare la fuoriuscita dal carcere, acquisisca il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i soggetti sottoposti al 41-bis e valuti la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria sulla base di precise cadenze temporali.

Il tema, che si conferma molto divisivo, presta il fianco a facili strumentalizzazioni. Un dato, a me pare, può essere sottolineato, alla luce delle diverse voci emerse nell'attuale dibattito: sull'onda di un approccio tipico del populismo giudiziario, da più parti viene propugnata la tesi che alcune categorie di detenuti, per la gravità dei reati commessi, non debbano più essere considerati titolari di diritti e, come tali, meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento (a maggior ragione in un momento di emergenza, come quello che stiamo attraversando); e tuttavia, l'orizzonte cui tende la nostra Costituzione, come peraltro confermato dalla più recente giurisprudenza costituzionale (da ultimo, cfr. [sentenza n. 253 del 2019](#)), è ben diverso e in esso i principi di umanizzazione e di funzione rieducativa della pena giocano un ruolo centrale; dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, inoltre, discende un preciso divieto di sottoporre i detenuti a trattamenti disumani e degradanti.

Con queste precisazioni, è forse possibile rileggere quei provvedimenti dei magistrati di sorveglianza che tante critiche hanno suscitato nell'opinione pubblica, con cui, a fronte dell'unica alternativa rappresentata dal lasciare un detenuto bisognoso di cure particolari all'interno del carcere, interrompendo la terapia per ragioni legati alla diffusione della pandemia (in un caso, per esempio, l'ospedale di riferimento era stato trasformato in un centro Covid), è stata decisa l'applicazione della detenzione domiciliare. La lettura di quei provvedimenti, peraltro, permette di apprezzare quanto sia stata approfondita l'istruttoria e ponderata la valutazione, da parte dei magistrati, di tutti gli elementi del caso.

L'emergenza sanitaria ha quindi confermato una volta di più le potenzialità garantistiche dei principi che la Costituzione e la Carte sovranazionali dettano nella materia penitenziaria. Potenzialità, però, che rischiano di rimanere sulla carta, se il tema del sovraffollamento carcerario non tornerà subito al centro dell'agenda politica⁸¹.

⁸⁰ A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in [Sistema Penale](#), 1° maggio 2020.

⁸¹ Per V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, cit., per cui "se la crisi 'costringerà' a occuparsi più, meglio e prima del problema, sarà una buona 'lezione' per tutti noi".

6. Riflessioni conclusive: tra “Piano Colao” e “Stati Generali”, quale ripartenza?

Nelle ultime settimane, due importanti momenti hanno segnato un’ulteriore evoluzione del dibattito pubblico e politico sulla pandemia Covid-19: con la presentazione del cd. “Piano Colao” e lo svolgimento dei cd. “Stati generali”, infatti, è stato posto al centro della discussione in modo finalmente concreto, dopo una lunghissima fase di incertezza, il tema della ripartenza del Paese post-*lockdown*.

Su questi specifici aspetti vorrei provare a formulare alcune considerazioni conclusive, cercando di tenere a mente quanto detto in precedenza sulle criticità di ordine costituzionale degli interventi realizzati nelle fasi “1” e “2” della pandemia, la cui incidenza sulle categorie di persone più fragili è stata, come visto, molto grave.

Partendo dal cd. “Piano Colao”, va, anzitutto, ricordato che il Comitato di esperti in materia economica e sociale è stato istituito con il “d.p.c.m.” del 10 aprile 2020 e, dopo un primo rapporto (dal titolo “Ripartire in sicurezza”) presentato in data 24 aprile⁸², ha concentrato la propria attività sull’elaborazione delle raccomandazioni relative a iniziative atte a facilitare e rafforzare le fasi di rilancio post pandemia.

Gli obiettivi principali indicati nel “Piano” riguardano il potenziamento delle infrastrutture economiche e sociali del Paese e la realizzazione di azioni trasformative che rendano l’Italia, secondo una formula ampiamente valorizzata dal punto di vista comunicativo, “più resiliente, a futuri shock di sistema; più reattiva e competitiva rispetto alle trasformazioni industriali e tecnologiche in corso; più sostenibile ed equa, per limitare gli effetti degli shock sulle fasce più vulnerabili della popolazione e scongiurare un indebolimento strutturale dei fattori ‘primari’ dello sviluppo (capitale economico, capitale umano, capitale sociale e capitale naturale)”.

Quest’ultimo obiettivo, anche alla luce di quanto argomentato nei precedenti paragrafi, è il più ambizioso e, allo stesso tempo, il più importante, su di esso quindi è bene soffermarsi con una certa attenzione.

Partirei con il dire che è assolutamente condivisibile l’affermazione, contenuta proprio nella sezione del “Piano” dedicata agli obiettivi della ripartenza post Covid-19, in cui si precisa che l’Italia sarà più equa se saprà assicurare la valorizzazione delle donne, l’equità intergenerazionale e l’inclusione nella società delle persone con disabilità e di tutte le minoranze, anche attraverso l’orientamento delle nuove generazioni verso il rispetto dei valori costituzionali, su tutti l’uguaglianza di opportunità e di diritti.

Del tutto coerente con le perplessità prima segnalate circa la presenza delle donne nei ruoli apicali della società e, come tale, meritevole di piena condivisione risulta l’insistenza con cui il “Piano” pone la tematica di genere al centro dei futuri interventi: ci si deve porre, secondo quanto si legge nel documento, “obiettivi di parità di genere nel mondo del lavoro in tempi rapidi, garantendo equità nelle condizioni retributive e nelle effettive opportunità di crescita professionale e raggiungendo maggiore rappresentanza femminile nei ruoli di leadership”.

⁸² Questo primo *Rapporto* ha riguardato sia un “modello” decisionale da seguire per valutare quali settori di attività economiche riaprire, sia raccomandazioni specifiche sui diversi aspetti di cui tenere conto nel processo decisionale. A tale proposito, il Comitato ha preso atto che l’approccio seguito dal Governo per la riapertura delle diverse attività ha incorporato molte delle raccomandazioni formulate nel citato documento.

Si rimarca ulteriormente, su questo profilo, che la parità di genere deve diventare – “per la prima volta” – una priorità del Paese, anche grazie a valutazione *ex ante* delle diverse politiche economiche e sociali⁸³.

Nello stesso senso, al punto n. 94 del “Piano”, si sottolinea l’importanza di sviluppare e realizzare un programma di azioni diversificate sul piano culturale contro gli stereotipi di genere, con l’obiettivo, coerente con l’impegno solennemente scolpito nell’art. 3, comma 2, Cost.⁸⁴, di eliminare le barriere che ostacolano la libera espressione femminile⁸⁵.

Il documento tiene altresì a mente le criticità conseguenti alla repentina e non strutturata diffusione dello *smart working*⁸⁶, rimarcando l’importanza di introdurre sistemi organizzativi, piattaforme tecnologiche e un codice etico che consentano di sfruttare le potenzialità in termini di riduzione dei costi e miglioramento di produttività e benessere collettivo, tutto ciò però tenendo in considerazione, sulla base di quanto in questa sede più volte evidenziato, le differenze di genere e di età.

Ancora, merita di essere segnalato anche il successivo passaggio del documento, in cui, al punto n. 82, sul tema dell’inclusione degli studenti con disabilità, si evidenzia l’esigenza di rafforzare i processi e gli strumenti di inclusione degli studenti con disabilità con soluzioni immediate per garantire l’accessibilità delle piattaforme comunicative ed i relativi contenuti, i sostegni educativi in presenza, nonché le dotazioni strumentali per le famiglie che ne siano prive.

Che tipo di considerazioni è possibile proporre sulla base di questa rapida disamina del “Piano Colao”? In disparte tutte le questioni di rilievo più prettamente economico⁸⁷, che non interessano in questa sede, l’orizzonte di superamento degli stereotipi e l’ambizioso impegno di realizzazione di una società inclusiva non può che essere apprezzato, soprattutto se si considera il particolare momento storico in cui queste prese di posizione intervengono, nel quale, come visto, le problematiche di genere e di riconoscimento dei diritti delle persone con disabilità sono riemerse in tutta la loro complessità.

Qualche giorno dopo la presentazione del “Piano Colao”, si sono tenuti, all’esito di una lunga fase di annunci e di polemiche politiche, i cd. “Stati generali” (ovvero il “Progettiamo il rilancio”, secondo la formula utilizzata dalle fonti governative), nella cornice di Villa Pamphilj a Roma. Giornate in cui il Presidente del Consiglio ha organizzato numerosi momenti di confronto con i rappresentanti delle istituzioni e delle Parti sociali, non solo italiani, sulle più importanti tematiche legate alla ripartenza del Paese dopo la pandemia:, per esempio, nella prima giornata sono intervenuti il Presidente del

⁸³ Cfr., in particolare, pag. 5 e pag. 6 del cd. “[Piano Colao](#)”.

⁸⁴ Va osservato, peraltro, che il Documento sottolinea come la promozione del benessere individuale e collettivo sia uno degli obiettivi fondamentali delle politiche pubbliche, così come la rimozione delle cause delle disuguaglianze e delle discriminazioni, esplicitamente richiamata nell’art. 3 della Costituzione.

⁸⁵ Si precisa, a tal riguardo, che il programma spazia dall’avvicinamento fin da bambine alle materie STEM e all’educazione finanziaria, all’attenzione al linguaggio e alla rappresentazione dei generi nei libri di testo, nei media e nella pubblicità, fino alla presenza di statistiche ufficiali annuali su stereotipi e discriminazioni.

⁸⁶ Cfr., in particolare, punto n. 71 del “[Piano Colao](#)”.

⁸⁷ Sulle quali, per esempio, ragiona C. TANI, *Debito è asservimento – La catastrofe come orizzonte*, in [laCostituzione.info](#), 12 giugno 2020.

Parlamento europeo, la Presidente della Commissione europea, il Commissario europeo all'Economia, la Presidente della Banca Centrale Europea e il Presidente del Consiglio Europeo.

A margine della giornata conclusiva, il Governo ha dato comunicazione di aver elaborato un "Piano di rilancio dell'Italia", con interventi che avranno, nelle parole del Presidente del Consiglio, un impatto consistente in particolar modo sotto il profilo finanziario. Qui interessa sottolineare che il suddetto Piano si articola in tre linee strategiche, rappresentate dalla modernizzazione del Paese, la transizione ecologica e l'inclusione sociale, territoriale e di genere.

L'attenzione su quest'ultima tematica non può che raccogliere, ancora una volta, l'adesione di chi da tempo si occupa dei problemi legati alla parità di genere.

Vi è tuttavia un rischio molto insidioso, che non può essere ignorato e che riguarda indistintamente sia le proposte avanzate nel "Piano Colao" sia i risultati degli "Stati generali": che queste, pur importanti, affermazioni non vengano seguite da azioni e impegni concreti, che rimangano, in buona sostanza, dei vuoti annunci lanciati sul tavolo del confronto politico.

E non è un caso, peraltro, che proprio l'inizio dei lavori degli "Stati generali" sia stato accompagnato da alcune nette parole del Presidente della Repubblica, per il quale "l'esplorazione in atto delle proposte di forze economiche, sociali e culturali dell'Italia, in corso a partire da questi giorni, deve saper approdare a risultati concreti. Per trarre dalla difficile esperienza vissuta in questi mesi una spinta per recuperare il meglio di noi stessi".

Alcuni segnali inducono a tenere molto alto il livello di attenzione: tra questi, per esempio, il fatto che la presenza femminile nelle giornate degli "Stati generali" sia stata sempre piuttosto bassa, che la stessa *task force* guidata da Vittorio Colao, che pure ha prodotto i risultati di cui si è detto, era inizialmente composta in larghissima prevalenza soltanto da uomini, e, non ultima, la circostanza che alcune delle tematiche che incidono direttamente sulla condizione di molte donne (come quella della riapertura degli istituti scolastici) non sono state affrontate con la dovuta serietà nelle prime fasi della pandemia e non sembrano oggi, neppure nelle intenzioni, realisticamente al centro dell'agenda governativa.

Insomma, la tanto attesa ripartenza del nostro Paese appare minacciata da questo rischio, che chiunque abbia responsabilità decisionali (non soltanto a livello politico) non colga l'occasione per contribuire al completamento di quel lungo e tormentato percorso verso la parità e l'inclusione che, come dimostrano proprio le vicende degli ultimi mesi, è ancora ben lontano dal realizzarsi.

Federico Gustavo Pizzetti
Decisione politica ed *expertise* tecnico

ABSTRACT: *The essay makes some brief considerations on the relationship between political choice and technical expertise by reconstructing the constitutional framework, and analyzing the scientific reasonableness of laws, to point out the need for transparent and accountable dialogue between political decision-makers and scientists in a democratic-representative system.*

SOMMARIO: 1. Oggetto. – 2. Quadro costituzionale di riferimento. – 3. *Expertise* tecnico e azione dei pubblici poteri (cenni). – 4. *Expertise* tecnico e decisione politico-normativa. – 5. Forma di Stato democratico-rappresentativo e *accountability* e trasparenza dell'*expertise* tecnico (specialmente a fronte di doveri richiesti ai cittadini).

1. Oggetto

Il presente contributo intende riprendere, in maniera peraltro del tutto sintetica e schematica, temi già ampiamente e approfonditamente sviluppati in altri saggi qui raccolti¹, limitandosi a tratteggiare, per sommi capi, alcuni dei possibili “nodi” del rapporto fra *decisione politica*, da un lato, ed *expertise* tecnico-scientifico, dall’altro.

2. Quadro costituzionale di riferimento

Giova, innanzitutto, evidenziare come la Carta costituzionale, lungi dall’essere indifferente al fenomeno scientifico e tecnologico, abbia, invece, inteso attribuire alla Repubblica italiana il connotato di una forma di Stato di cultura² all’interno della quale, ai sensi dell’articolo 9, lo sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica costituisce un vero e proprio principio fondamentale³.

Inoltre, e per quanto possa apparire a prima vista una considerazione un poco estemporanea, si potrebbe ascrivere al valore attribuito dalla Costituzione allo sviluppo della scienza e della tecnica, quali fattori decisivi per il fiorire della persona umana e il progredire della società, anche il fondamentale principio lavorista, consacrato

¹ V. A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e Diritto nelle questioni bioetiche*; A. D’ALOIA, *Intelligenza Artificiale e il Senso dell’umano*; A. SIMONCINI, *Atto pubblico ai confini dello Stato di diritto*, tutti in questo stesso volume.

² Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Einaudi, Torino, 2014; B. CARAVITA DI TORITTO, *Articolo 9*, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI-L. PALADIN (cur.), Cedam, Padova, 1990; M. CECCHETTI, *Articolo 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, Utet, Milano, 2006; G. BIANCO, *Ricerca scientifica (Teoria generale e diritto pubblico)*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, v. XIII, Utet, Torino, 1998; S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della cultura*, Cedam, Padova, 1979; A. MERUSI, *Articolo 9*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975.

³ Cfr. M.C. TALLACCHINI, *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto*, in Federalismi.it, 16/2005.

all'articolo 1 della stessa Carta, perlomeno nella misura in cui quest'ultimo venga letto, come autorevole dottrina peraltro suggerisce, in chiave squisitamente *antropologica*⁴.

In tale prospettiva, infatti, il lavoro diventa “la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo, il suo valore più comprensivo e significativo, perché nel lavoro ciascuno riesce ad esprimere la potenza creativa in lui racchiusa, ed a trovare, nella disciplina e nello sforzo che esso impone, insieme allo stimolo per l'adempimento del proprio compito terreno di perfezione, il mezzo necessario per soddisfare al suo debito verso la società con la partecipazione all'opera costitutiva della collettività in cui vive”⁵.

Una potenza creativa e un'opera costitutiva, queste, che ben si possono sviluppare e realizzare — è evidente — *anche* attraverso l'impiego della scienza e della tecnica al fine di meglio conoscere, e di conseguenza di più incisivamente trasformare, tanto il mondo (come è accaduto, ad esempio, con la rivoluzione scientifica, industriale e, da ultimo, digitale⁶), quanto l'uomo (come gli sviluppi della biomedicina dimostrano, ad esempio, con riferimento ai costrutti più intimi della natura umana, dalla genetica alle neuroscienze⁷).

Il progresso scientifico e tecnologico non può, peraltro, che saldarsi, nello stesso impianto costituzionale, alla riconosciuta e garantita libertà della scienza, ai sensi dell'articolo 33 della Costituzione⁸, con la conseguenza che “se l'intervento del potere pubblico a sostegno della scienza è doveroso, esso non potrà mai approdare alla nascita di una scienza ufficiale o di Stato”⁹.

Una libertà, quella della ricerca e dell'insegnamento scientifico (e delle relative applicazioni tecnologiche), alla quale fa, però, da contrappunto — è sempre stato osservato — “la piena autonomia degli organi pubblici produttori di diritto che nell'esercizio dei loro poteri decisionali possono subire l'influenza, talvolta anche determinante, dei prodotti della scienza, ma non possono mai incontrare negli stessi un insuperabile vincolo formale”¹⁰.

⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3/2010, 628-652.

⁵ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, I, 149-212, ora in L. GAETA (cur.), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Milano, Giuffrè, 1995, 7-102.

⁶ Cfr., a proposito della nuova frontiera digitale e della dinamica dei diritti, v. G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Giappichelli, Torino, 2016; sul mondo nuovo derivante dagli sviluppi più avanzati dell'intelligenza artificiale e della robotica, v. A. D'ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 1/2019, 3-31; sui profondi risvolti costituzionali, anche a livello sovranazionale, dell'evoluzione della comunicazione su Internet, v. O. POLLICINO-G. ROMEO (curr.), *The Internet and Constitutional Law. The Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, Routledge, Londra, 2016.

⁷ Cfr. E. VALDES-J.A. LECAROS (curr.), *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century*, Springer, 2020; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, Scienza, Nuove tecnologie*, II ed., Cedam, Padova, 2016; D. PROVOLO-S. RIONDATO-F. YENISEY (curr.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova University Press, Padova, 2016.

⁸ Cfr. A. CERRI, *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, v. III, *Aggiornamento*, Treccani, Roma, 2008; S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Cedam, Padova, 1979; G. ENDRICI, *La ricerca scientifica*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, v. II, *Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 1417 ss.

⁹ Cfr. E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

¹⁰ Cfr. E. CHELI, *op. ult. cit.*

Il composito sistema assiologico delineato dalla Carta costituzionale prevede, infatti, che la libertà di ricerca scientifica e tecnologica possa anche incontrare alcune, specifiche, limitazioni, ad opera del legislatore democratico-rappresentativo e politicamente responsabile, laddove tali limitazioni risultino effettivamente correlate al necessario bilanciamento, ragionevole e proporzionato, con altri interessi primari costituzionalmente protetti¹¹.

Un bilanciamento, questo, da condursi sempre seguendo la bussola rappresentata dalla tutela dell'inviolabile dignità umana¹², alla luce del principio personalista¹³, di cui agli articoli 2 e 3, comma 1, primo periodo, della Costituzione. Come non ha mancato di mettere in rilievo un'attenta dottrina¹⁴, infatti, è solo la persona umana, e non la tecnoscienza e i suoi risultati conoscitivi, o i suoi derivati applicativi, il valore costituzionale preminente al quale tutti gli altri vanno orientati.

Si tratta, peraltro, di un assetto sostanzialmente riscontrabile anche sul piano del costituzionalismo multilivello¹⁵.

La *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* statuisce, infatti, all'articolo 2, che l'interesse e il bene dell'essere umano debbono sempre prevalere sul mero interesse della società e della scienza. Il *Trattato sull'Unione europea*, nel mentre in cui assume, all'articolo 3, comma 3, l'obiettivo di promuovere il progresso scientifico e tecnologico nell'Unione, fonda l'Unione stessa, ai sensi dell'articolo 2, sul valore della dignità umana e sul rigoroso rispetto dei diritti umani. La *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani*, varata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO, afferma, all'articolo 3, comma 2, la preminenza del benessere dell'individuo, della sua dignità, e dei suoi diritti e libertà fondamentali, rispetto al solo interesse della sola scienza e della società, ma raccomanda, allo stesso tempo, agli Stati contraenti, di promuovere la libera ricerca scientifico-tecnologica.

¹¹ *Amplius*, E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2015.

¹² *Ex multis*, 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*, in [Rivista AIC](#), 14.3.2008; L. VIOLINI, *La dignità umana, inesauribile fonte di suggestioni per il costituzionalismo*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2S/2019, 83-94; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (cur.), *Ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Aracne, Roma, 2007, 185 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del Diritto*, 2011, n. 1, 45-77; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Cedam, Padova, 2013; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma-SCV, 2015; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Morcelliana, Bari, 2013; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Passigli, Firenze, 2010; P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in P. HÄBERLE (cur.), *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹³ Cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](#), 17/2013.

¹⁴ Cfr. L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Esi, Napoli, 1993.

¹⁵ Cfr. P. BILANCIA, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon Treaties*, Milano, Giuffrè, 2012; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013.

3. Expertise tecnico ed azione dei pubblici poteri (cenni)

All'interno del quadro costituzionale ora riferito, occorre, peraltro, prendere atto di quanto scienza e tecnica rappresentino, ormai, una vera e propria *componente* dell'azione dei pubblici poteri¹⁶.

È ben nota, infatti, l'interazione fra l'esercizio della *funzione giurisdizionale*¹⁷, da una parte, e la scienza e la tecnica, dall'altra con riferimento al ricorso, nel processo, ai mezzi di prova che richiedono *specifiche e sofisticate competenze tecniche e scientifiche*, vuoi che si rientri nello schema legislativo della perizia, vuoi che si ricada, invece, nelle c.d. "*nuove prove scientifiche*" non (ancora) disciplinate dalla legge¹⁸.

S'intravedono, poi, alcuni ulteriori sviluppi, sempre all'interno del dinamico rapporto fra scienza, tecnica e giurisdizione, anche nell'uso (già in parte attuale, e piuttosto controverso) di veri e propri *sistemi esperti*, basati su *logiche di intelligenza artificiale*¹⁹, sia per integrare elementi di valutazione sulla condotta della persona sottoposta a giudizio²⁰, sia per sostituire, in tutto o in parte, lo stesso "giudice umano" nell'assunzione della decisione giudiziaria, la quale risulterebbe, quindi, largamente, se non completamente, "automatizzata"²¹.

¹⁶ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Esi, Napoli, 2016; S. PENASA, *La scienza come "motore" del biodiritto: diritti, poteri, funzioni*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 2S/2019, 311-321.

¹⁷ Cfr. R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, II ed., Aracne, Roma, 2014.

¹⁸ Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005; A. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2012, 247-267; S. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Critica del diritto*, 2014, 276-309; R. POLI, *La prova scientifica e il suo controllo in Cassazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, 1223-1255; L. CALÒ, *(Neuro)scienze e processo penale. Tra epistemologia scientifica e epistemologia giudiziaria*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 3/2017, 287-302; M. MOCCHEGGIANI, *Sapere scientifico e ruolo del giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 571-597; M. TARUFFO, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, 335-354; S. RENZETTI, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 399-423; G. ZARA, *Neurocriminologia e giustizia penale*, in *Cassazione penale*, 2013, 822-840; G. CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Archivio penale*, 2011, 889-901.

¹⁹ Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 872-893; C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 1/2019, 177-182; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 1/2019, 63-89; S. QUATTROCCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 1/2019, 135-144; W. BARFIELD-U. PAGALLO, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham, Northampton, 2018; C. SALAZAR, *Umano, troppo umano...o no? Robot, androidi e cyborg nel "mondo del diritto" (prime notazioni)*, in *Biodiritto-BioLaw Journal*, 1/2014, 255-276.

²⁰ V. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), caso nel quale un cittadino statunitense, residente in Winsconsin, è stato condannato ad una sanzione piuttosto severa, rispetto alla gravità dell'infrazione commessa, sulla base di un giudizio prognostico sull'alta probabilità di sua recidiva basato anche sui risultati di un programma algoritmico di *risk-assessment* denominato "COMPAS" (della società E-QUIVANT).

²¹ Il Consiglio d'Europa, attraverso la *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)*, ha adottato, il 4.12.2018, una "*European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*" articolata in cinque principi etici: 1. Rispetto dei diritti fondamentali; 2. Non discriminazione; 3. Qualità e sicurezza; 4. Trasparenza, imparzialità e correttezza; 5. Uso sotto controllo umano (inteso come diritto a ottenere l'intervento di un tribunale ordinario in sede di impugnazione della

Anche nell'esercizio della *funzione esecutivo-amministrativa*, la relazione fra scienza, tecnica e diritto è da tempo sviluppata e variamente articolata.

Ampio è, ovviamente, il ricorso all'assunzione dell'*expertise* tecnico-scientifico in sede di esercizio di poteri amministrativi caratterizzati dalla c.d. "*discrezionalità tecnica*" (si pensi, ad esempio, alla materia ambientale), proprio nella misura in cui si tratta, come noto, di pervenire all'esatta considerazione di un fatto secondo i parametri di determinate scienze o tecniche, il cui apporto all'autorità amministrativa non può che essere fornito dalla conoscenza dell'esperto assunta nel corso del procedimento²².

Inoltre, a prescindere dal percorso sin qui compiuto verso il traguardo dato dalla digitalizzazione del documento amministrativo e dall'informatizzazione delle Pubbliche Amministrazioni grazie alle applicazioni e alle infrastrutture tecnologico-digitali²³, è, in effetti, già stato registrato almeno un caso in cui veri e propri algoritmi esperti hanno trovato largo impiego in sostituzione del funzionario umano²⁴.

4. Expertise tecnico e decisione politico-normativa

Per quel che concerne, poi, lo specifico tema qui trattato, il rapporto fra scienza, tecnica ed assunzione di *decisioni politiche che si traducono nell'esercizio della funzione legislativa o regolamentare*, si caratterizza, innanzitutto, per il crescente proliferare delle c.d. "*norme tecniche*", nelle quali il soggetto regolatore trasfonde, vuoi direttamente, vuoi a mezzo rinvio a standard adottati da organismi tecnici (sovente di livello sovranazionale), il variegato contenuto disciplinare di specifici settori di riferimento²⁵.

decisione assunta dal sistema di I.A. o anche prima, durante il corso del giudizio). Cfr. C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in [Questione Giustizia](#), 2018, 189-195.

Nell'Unione europea, la disciplina sul trattamento automatizzato dei dati, base dell'uso dell'intelligenza artificiale in sede giudiziaria o amministrativa — prevede il diritto di non essere sottoposti a una decisione basata unicamente su tale trattamento che produca effetti giuridici e di ottenere, invece, l'intervento umano, così come il diritto di esprimere la propria opinione, di contestare la decisione e di ricevere informazioni sulla "logica utilizzata" dal sistema automatico (art. 13, c. 2, e art. 22 reg. n. UE/2016/679, c.d. "GDPR"). Cfr. WORKING PARTY ARTICLE 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251 (rev. 01), 6.2.2018.

²² *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3884.

²³ Cfr. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in [Federalismi.it](#), 2/2018; F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Rivista del diritto dei media*, 2/2018, 12 ss.; A. DELL'ORFANO, *La dematerializzazione dei rapporti con la P.A.*, in [Federalismi.it](#), 8/2016; A. MORABITO, *Il processo amministrativo telematico*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1-2/2016, 7-136; D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel "nuovo" Codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto pubblico*, 2011, 611-658.

²⁴ Cons. Stato., Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2270. Il riferimento è all'impiego di un programma (prodotto dalla società HPE) al fine di valutare, nell'ambito di un procedimento per l'assegnazione di sedi scolastiche, le istanze di privati e di pervenire all'adozione "automatizzata" del relativo provvedimento di destinazione alla sede di servizio.

²⁵ Cfr. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e costituzione*, Esi, Napoli, 2018; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001.

Si tratta di un terreno che dimostra, com'è evidente, la spiccata rilevanza assunta dai saperi tecnico-scientifici al fine della regolazione di ambiti di primaria caratura nell'attuale mondo globalizzato (si pensi al commercio internazionale) e per la tutela di valori primari (si pensi alla fabbricazione di dispositivi omologati).

Inoltre, non sono mancati casi, fra i quali quelli legati alla diffusione di malattie contagiose, ivi compresa la recentissima e drammatica emergenza nazionale legata alla pandemia da COVID-19, nelle quali è stata una *valutazione tecnico-scientifica di eventi* avvenuti, o in corso di svolgimento, a fornire la base stessa per l'esercizio dei poteri legislativi d'urgenza²⁶, così dimostrando, anche da questo punto di vista, il ruolo svolto dall'*expertise* tecnico-scientifico rispetto all'assunzione di decisioni politico-legislative, anche di notevole impatto collettivo.

Infine, è da tempo stato affermato, all'interno di quello schema che un'attenta dottrina ha qualificato come giudizio di *ragionevolezza scientifica delle leggi*²⁷, che il legislatore, nell'assunzione delle *decisioni politiche* che gli competono, laddove vengano in evidenza fattori di carattere tecnico-scientifico, *non può limitarsi al puro esercizio della discrezionalità politica*, ma deve tener conto *anche dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali*, acquisite tramite *istituzioni e organismi tecnico-scientifici nazionali e sovra-nazionali*²⁸.

Proprio su quest'ultimo aspetto, che ben mette in luce il *rapporto strettissimo* che nei campi connotati da rilevanza tecnico-scientifica intercorre fra la decisione politica e l'*expertise* tecnico, la Corte costituzionale sembra aver, nel tempo, perimetrato lo spazio

²⁶ Il riferimento è qui, come ovvio, sia alla abolizione dell'obbligo vaccinale in relazione al virus del vaiolo (d.l. n. 334/1981, conv. in l. n. 457/1981), dopo che era avvenuta la dichiarazione di eradicazione globale del patogeno sulla base dei dati epidemiologici acquisiti (OMS General Assembly, *Risoluzione n. WHA33.3* dell'8.5.1980), sia alla reintroduzione degli obblighi vaccinali a seguito dell'accertamento del declinare delle curve di immunizzazione rispetto a malattie comuni nella popolazione per l'affievolirsi del ricorso spontaneo alla vaccinazione raccomandata (d.l. n. 73/2017 conv. in l. n. 119/2017), sia, più di recente, alle misure assunte per fronteggiare la gravissima pandemia da COVID-19 (a partire dal d.l. n. 6/2020, conv. in l. n. 13/2020), sulla cui legittimità formale v. E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 15/2020, 95-103.

²⁷ Cfr. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica: uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Esi, Napoli, 2015; C. DI COSTANZO-A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2/2019, 205-240; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004)*, a cura di A. D'ALOIA, Giappichelli, Torino, 2005, 6 ss.; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 591 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia, ibi iura*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2013; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 393-409; mentre, per i risvolti che l'applicazione del giudizio di ragionevolezza scientifica delle leggi può avere rispetto alla necessità, per la Corte costituzionale, di "aprirsi" anche alla dimensione del "fatto" (e non solo a quella del "diritto") nel processo costituzionale (da cui, fra l'altro, la novella ex art. 14-bis alle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, approvata con delibera 8.1.2020, che ha dato alla Corte, ove lo ritenga necessario, la facoltà di acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline mediante l'ascolto, in camera di consiglio aperta alle parti, di esperti di chiara fama), v. M. D'AMICO-F. BIONDI (curr.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Esi, Napoli, 2018; M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in [Rivista AIC](#), 2.7.2010.

²⁸ Cfr., per l'affermazione netta del principio, [Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282](#).

di discrezionalità politica in funzione del grado di maggiore o minore solidità delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali.

Infatti, in una risalente sentenza in materia di distinzione, ai fini della legge penale, fra abitudine e cronica intossicazione da sostanze alcoliche o stupefacenti, la Corte ha sostenuto che deve ritenersi senza dubbio *irragionevole* una scelta legislativa che “si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici”²⁹.

Anche, in materia di obblighi vaccinali, la Corte ha statuito che “il legislatore, nell’esercizio delle sue scelte in materia”, deve farsi senz’altro guidare dalle “diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica”³⁰.

In una pronuncia intervenuta in materia di autorizzazione alla somministrazione in via compassionevole di cellule staminali sperimentali, la Consulta ha fatto aggio *proprio sul venir meno* delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione, così come accertate dal Ministero della Salute sulla base della relazione dell’apposito *comitato scientifico*, per dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale che mirava, invece, ad ottenere l’estensione, oltre al limite temporale fissato dal legislatore, di una disciplina transitoria che consentiva il trattamento compassionevole³¹.

Alcuni anni prima, era stata invece *l’incertezza scientifica* circa l’efficacia di un multi-trattamento sperimentale in campo oncologico, a suggerire alla Corte un prudente *self-restraint* nell’accoglimento della questione di costituzionalità proposita, individuando in materia un ampio spazio discrezionale del legislatore sia pur ribadendo, anche in quel caso, l’ “essenziale rilievo” che, nell’assunzione delle decisioni da parte delle sedi competenti, dovevano avere gli organi tecnico-scientifici³².

Analogamente, in un’altra decisione relativa alla destinazione degli embrioni soprannumerari per fini di ricerca scientifica, la Corte, dopo aver evidenziato l’articolato e *non univoco dibattito scientifico* in materia, ha sottolineato come proprio *l’assenza di linee guida scientifiche* comuni (unitamente alla controversa discussione in sede etico-sociale e politica) rendesse possibile l’esercizio di un’ampia discrezionalità politica tanto da imporre alla Corte stessa di astenersi da ogni intervento sulla normativa oggetto del giudizio di costituzionalità³³.

La Corte ha, inoltre, compiuto, sempre in relazione al rapporto fra discrezionalità politica ed *expertise* scientifico, un’opera di presidio dell’*autonomia del professionista*, in presenza di dati scientifici che richiedono di essere applicati e modulati allo specifico dei casi concreti.

Infatti, in una pronuncia in materia di metodi di procreazione assistita e di obblighi di realizzazione e impianto di un numero fisso di embrioni per ciclo di trattamento, indipendentemente dalle condizioni psico-fisiche della donna che si sottoponeva alla pratica e dei rischi che la scelta univoca compiuta dalla legge poteva comportare a danno della salute, la Corte ha ritenuto di dover censurare la scelta legislativa proprio in quanto *impeditiva* della «valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze

²⁹ [Corte cost. 16 aprile 1998, n. 114.](#)

³⁰ [Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5.](#)

³¹ [Corte cost. 5 dicembre 2014, n. 274.](#)

³² [Corte cost. 26 maggio 1998, n. 185.](#)

³³ [Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84.](#)

tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento», con conseguente obliterazione del margine di autonomo apprezzamento del professionista (medico) in funzione delle «acquisizioni scientifiche e sperimentali» (sulle quali si fonda l'arte medica)³⁴.

Resta, peraltro, fermo, nella stessa giurisprudenza costituzionale, che, per quanto scienza e tecnica costituiscano una sorta di *parametro interposto*³⁵, il quale, come si è appena visto, condiziona i limiti costituzionali del decidere politico-legislativo, il legislatore deve pur sempre tener conto (oltre che, va da sé, di tutti diritti o doveri costituzionali che vengono in gioco, e che necessitano di essere bilanciati³⁶) anche di *altri fattori* e, più in particolare, del *comune sentire sociale*.

In una risalente sentenza, infatti, intervenuta in materia di definizione legislativa del canone di morte legale (nella specie, individuato nella cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo), la Consulta ha evidenziato come il legislatore debba ponderare, "all'interno di una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire"³⁷.

Formula, questa, che è stata ripresa recentemente, dopo un periodo in cui la Consulta sembrava averne fatto minor uso, in una sentenza in materia di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte delle coppie omosessuali, nella quale si è puntualmente sottolineato, da parte del Giudice delle leggi, che il "legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale"³⁸.

Anche la *sostenibilità sociale* della scelta politica, legata a *matrici socio-culturali*, peraltro sempre più intensamente pluraliste³⁹, va, dunque, valutata, ad opera del legislatore, non meno che la *ragionevolezza scientifica*, allorquando occorre "filtrare", alla luce dell'ordinamento costituzionale di riferimento, i risultati della scienza e della tecnica nei settori più delicati della vita umana (così come in tanti altri).

D'altro canto, il principio personalista, già richiamato in precedenza, inteso nella sua profonda radice che richiama, come si sa, l'*umanesimo integrale*⁴⁰, non può che assumere la scienza e la tecnica all'interno di un contesto ben più ampio, in cui l'essere umano non è riducibile soltanto alla sua componente più strettamente *biologica*, ma va visto nel complesso della sua dimensione *biografica* e in quella delle *relazioni sociali* che intesse all'interno delle diverse formazioni comunitarie in cui vive quotidianamente.

³⁴ [Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.](#)

³⁵ Cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2/2016.

³⁶ Cfr. [Corte cost. 13 giugno 2008, n. 202.](#)

³⁷ [Corte cost. 27 luglio 1995, n. 414.](#)

³⁸ [Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221.](#)

³⁹ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2017; V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturati*, in [Rivista AIC](#), 1/2017; G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1-2/2016, 3-14; G. CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁴⁰ Cfr., naturalmente, J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, in trad. it. dell'orig. 1936, Borla, Roma, 1980.

Sembra, dunque, di potersi ritenere che, nelle questioni che presentano risvolti tecnico-scientifici, la decisione politico-legislativa si attegga nei termini di quella che si potrebbe definire come una sorta di “*discrezionalità mista*”.

Secondo questa formula, infatti, propriamente impiegata dalla giurisprudenza amministrativa (e qui ripresa, in modo ovviamente “aspecifico”, al solo scopo di offrire un semplice spunto di riflessione), si ha tale tipo di discrezionalità quando, da parte della pubblica amministrazione, viene svolta una valutazione tecnico-discrezionale nella quale sono presenti, in modo frammisto, sia valutazioni di puro merito amministrativo, caratterizzate da una valutazione di opportunità e/o di merito, sia valutazioni di discrezionalità tecnica, connotate, invece, da un apprezzamento sulla base di conoscenze tecnico-scientifiche⁴¹.

Analogamente, nella prospettiva qui presa in considerazione, la valutazione politica compiuta dal legislatore, quando viene in gioco anche l’*expertise* tecnico, richiede la combinazione sia di apprezzamenti di opportunità e di merito politico, frutto della presa in considerazione del contesto politico ed etico-sociale di riferimento (oltretutto del complesso dei valori costituzionali coinvolti), sia di valutazioni basate, invece, su elementi strettamente tecnici, derivanti da conoscenze scientifiche acquisite attraverso organismi esperti di livello nazionale e sovranazionale.

5. *Forma di Stato democratico-rappresentativo e accountability e trasparenza dell’expertise tecnico (specialmente fronte di doveri richiesti ai cittadini)*

La stretta interrelazione, pur nella reciproca distinzione ed autonomia, fra la sfera della decisione politica e quella dell’*expertise* tecnico, sin qui evidenziata, conduce ad un ulteriore — e in questa sede ultimo — profilo meritevole di considerazione, rappresentato dalla necessaria “*accountability*”, e dalla correlata “*trasparenza*”, dell’apporto tecnico-scientifico in fase di formazione della scelta politica.

Infatti, è proprio nella misura in cui nei contesti connotati dalla dimensione tecnico-scientifica, l’*expertise* tecnico s’intreccia strettamente con la decisione politica⁴², e quest’ultima viene assunta all’interno dell’impianto, costituzionalmente fondato, dello *Stato democratico-rappresentativo*, che occorre fare ogni sforzo per rendere comprensibili, anche da parte degli stessi scienziati, e non solo del decisore politico, *le ragioni tecnico-scientifiche*, e non solo quelle politico-sociali, che sono state tenute in considerazione. Anche il tecnico e lo scienziato sono, dunque, chiamati *a comprendere e a misurarsi fino in fondo, e responsabilmente, con il sistema democratico-rappresentativo* e col suo meccanismo di funzionamento, a cominciare dal punto di vista della comunicazione, sia istituzionale che di massa⁴³.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1196; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3884; TAR Lombardia, Sez. I-Brescia, 31 gennaio 2020, n. 84; T.A.R. Piemonte, Sez. II-Torino, 9 maggio 2014, n. 821; TAR Basilicata, sez. I-Potenza, 21 giugno 2014, n. 397; TAR Emilia-Romagna, sez. I-Bologna, 3 ottobre 2005, n. 1557.

⁴² Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1/2020, 119-134.

⁴³ Per una riflessione su questo punto, v., fra gli altri, A. FARANO, *La Repubblica degli Scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1S/2020, 587-590; M. BUCCHI,

La necessità di garantire forme di “*accountability*” e di “trasparenza” è a maggior ragione accresciuta nelle circostanze in cui la tutela dell’interesse pubblico preminente richiede di imporre comportamenti individuali anche ampiamente limitativi dell’esercizio e del godimento di libertà civili, così come è accaduto, di recente, con le misure adottate per il contenimento e il contrasto alla diffusione della pandemia da COVID-19 sul territorio italiano al fine di salvaguardare la vita e la salute dei cittadini, e la “tenuta” stessa del sistema sanitario nazionale⁴⁴.

Infatti, nel momento in cui si richiede all’individuo, da parte della Repubblica, l’adempimento di doveri inderogabili di solidarietà sociale — nel caso specifico, di sanità pubblica ex artt. 2 e 32, comma 1, Cost. —, il consociato ben può essere gravato di obblighi e destinatario di ordini anche particolarmente stringenti, ovviamente nel rigoroso rispetto dei limiti di quanto la Costituzione tollera, ma occorre che venga messo nelle condizioni di poter comprendere e valutare, anche attraverso forme di *trasparenza* e *accountability* delle basi tecnico-scientifiche su cui si fondano le decisioni assunte dal potere politico⁴⁵, quali sono la *finalità*, la *proporzionalità*, la *ragionevolezza*, la *necessità* (e la giustificazione della *durata temporale*) dei comportamenti resi doverosi⁴⁶.

È in effetti anche così che — verrebbe da dire — i consociati sono trattati, dalla Repubblica, come “*cittadini*”, titolari della sovranità, e non come “*sudditi*” di uno Stato “paternalista”.

Comunicare la scienza “in tempo di guerra”: il ruolo degli esperti in pubblico e quello della formazione, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1S/2020, 579-580; S. FRANCA, Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1S/2020, 571-577.

⁴⁴ Cfr. A. PALMA, Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell’emergenza CoViD-19, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1S/2020, 321-325; P. PANTALEONE-M. DENICOLÒ, Responsabilità, doveri e coronavirus: l’ossatura dell’ordinamento, nelle emergenze “esistenziali”, in [Diritto dell’economia](#), 2020, 125-166; e, per la prospettiva internazionale, L. POLI, Epidemie, diritti fondamentali e doveri dell’individuo, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1S/2020, 309-313.

⁴⁵ Cfr. L. DEL CORONA, Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1S/2020, 71-78.

⁴⁶ Cfr. E. GROSSO, Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?, in [Federalismi.it](#), 16/2020, IV-XVI.

Carlo Casonato
Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza

ABSTRACT: *The article deals with the impact produced by Covid-19 pandemic on equality. Based on a framework related to constitutional principles, it focuses on two profiles of the relationship between equality and Covid-19: the selection of the patients to be treated in ICUs (due to shortage of clinical resources), and the risk that the pandemic hits mainly the already disadvantaged and vulnerable people. The article also suggests a few lessons to be learned from the crisis, in order to get prepared for possible future pandemics.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I criteri di accesso ai trattamenti salva-vita: una diseguaglianza necessitata dall'impreparazione. – 3. Povertà ed etnia come indici di mortalità: una diseguaglianza intollerabile. – 4. ... di necessità virtù?

1. Introduzione

Il discorso che incrocia la tutela della salute con il principio di eguaglianza è molto ampio e complesso, ed è stato oggetto di grande attenzione da parte della dottrina¹. La sua declinazione ai tempi dell'emergenza presenta profili del tutto particolari che potrebbero essere affrontati da un punto di vista teorico generale, cogliendo spunti che vanno da Kant a Weber fino, ovviamente, a Schmitt, oppure in termini più concreti e specifici, facendo riferimento, per esempio, alla giurisprudenza costituzionale in tema di normativa antiterrorismo o di rapporto fra lavoro e salute².

Per quanto riguarda i possibili contenuti della tematica, ci si potrebbe dedicare alle tensioni che hanno subito il sistema delle fonti del diritto e la forma di governo e alle sfide poste dalla pandemia al modello contemporaneo del regionalismo italiano; si potrebbe anche ragionare sul rapporto fra scienza, tecnica e diritto, con particolare attenzione, ad esempio, al rapporto inversamente proporzionale fra certezza scientifica e discrezionalità politica; e si potrebbero trattare le principali ricostruzioni del rapporto regola-eccezione, come della tecnica del bilanciamento fra interessi contrapposti, con un diritto (quello alla salute) che ha esercitato una sorta di dittatura nei confronti di tutti gli altri³.

All'interno di un dibattito talmente ampio, trattato in diversi scritti anche in questo volume, il presente contributo si dedica brevemente a due profili specifici del rapporto fra eguaglianza e salute: la necessità di adottare criteri di selezione per l'accesso a

¹ Il presente contributo ricalca il carattere prevalentemente discorsivo della relazione svolta; le citazioni saranno quindi molto limitate e ridotte a quanto più strettamente collegato ai profili specificamente trattati.

² La letteratura intervenuta in argomento è troppo ampia per essere anche solo menzionata in questa sede. Per la giurisprudenza, il riferimento va alle note [sentenze della Corte costituzionale n. 15 del 1982 e n. 58 del 2018](#).

³ Al riguardo, sono molti i siti e le riviste che hanno dedicato specifica attenzione ai diversi profili menzionati. Oltre i siti istituzionali, fra gli altri, cfr.: [Biodiritto-BioLaw Journal](#), special issue 1/2020; [Comparative Covid Law](#); [Federalismi.it](#); [Osservatorio costituzionale](#) su Forum "Emergenza CoViD-19".

trattamenti di sostegno vitale, e il rischio, già emerso in diversi ordinamenti, che la pandemia diventi occasione di un ulteriore aggravamento della posizione svantaggiata di alcune categorie di persone già fortemente discriminate.

2. I criteri di accesso ai trattamenti salva-vita: una disuguaglianza necessitata dall'impreparazione

Il primo tema riguarda un caso di studio che pone in termini paradigmatici la necessità di svolgere una delle scelte tragiche di cui trattavano già Guido Calabresi e Philip Bobbit, e che speravamo di non dover più affrontare: l'adozione di criteri di selezione dei malati per l'accesso a trattamenti di sostegno vitale⁴. La situazione causata dalla pandemia, infatti, non si è solo caratterizzata per l'acuirsi della delicatezza del pur consueto bilanciamento fra diritti e interessi confliggenti, in riferimento, ad esempio, alla contrazione del diritto di circolazione per motivi di salute pubblica (art. 16) o alla limitazione dell'iniziativa economica privata per possibili contrasti con l'utilità sociale (art. 41). A fronte di una condizione di risorse limitate e insufficienti per la totalità dei malati (cd. *shortage*), si è posto il dilemma di dare la precedenza ad alcuni nell'accesso ai trattamenti salva-vita, sapendo che in questo modo si sarebbero negate ad altri le stesse *chances* di cura⁵. Ovviamente, si è trattato di una necessità estrema, che però le terapie intensive di alcuni territori in Italia hanno dovuto affrontare e che quelle in alcuni altri Paesi stanno ancora affrontando.

Inquadrare dal punto di vista del diritto costituzionale questa vicenda pone problemi di difficile risoluzione; fra le tante vie percorribili, se ne possono indicare due.

In primo luogo, si può ritenere che anche una scelta di questo genere possa essere ricompresa all'interno dell'orizzonte di decisioni difficilissime e complesse che, purtroppo, non sono rare in medicina. Seppure in via estrema, la logica sarebbe quella non inedita di arrestarsi di fronte all'impossibilità. Già Daniel Callahan, ad esempio, rilevava come, a fronte dell'invecchiamento della popolazione e dei sempre maggior costi dovuti all'allungamento di aspettativa di vita, all'aumento delle malattie croniche e all'impiego di farmaci e dispositivi sempre più raffinati e costosi, fosse divenuto impossibile curare tutti, per un tempo indefinito e con i migliori trattamenti possibili⁶. La medicina contemporanea, in questo senso, è diventata così efficace, ma anche dispendiosa, da non poter, paradossalmente, essere esercitata in termini realmente universalistici, e da dover essere, in qualche modo, limitata.

Da questo punto di vista, la selezione dei malati da Coronavirus che possono avere accesso alle terapie intensive costituirebbe il punto estremo di uno spettro di pratiche che però non è nuovo in medicina. Semplificando molto, la stessa parola *triage* (ordinariamente utilizzata in pronto soccorso) significa proprio selezione.

⁴ G. CALABRESI-P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁵ Riecheggia drammaticamente lo spinoziano *Omnis determinatio, est negatio*.

⁶ D. CALLAHAN, *Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society*, Georgetown University Press, 1995, traduzione italiana: *La medicina impossibile. Le utopie e gli errori della medicina moderna*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2000.

La seconda prospettiva entro cui inquadrare la necessità di adottare criteri per tale tragica selezione si collega, invece, ad un cambiamento di paradigma rispetto alla pratica abituale. Non si tratterebbe di un incremento di intensità, di carattere meramente quantitativo, della scelta da compiere, quanto piuttosto di un radicale mutamento qualitativo della natura stessa della decisione da assumere. Da questo punto di vista, in estrema sintesi, mentre il *triage* di pronto soccorso non mette a rischio la vita dei malati, ma distribuisce nel tempo richieste dilazionabili, il “*triage* in emergenza pandemica” – come è stato definito in un documento del Comitato Nazionale per la Bioetica pubblicato nello scorso aprile – è invece frutto di una scelta ben più lacerante, le cui conseguenze sono connotate da un estremo tasso di tragicità. In questo senso, la selezione per l’accesso ai trattamenti salva-vita sarebbe il frutto di una scelta di abbandono posta al di fuori dell’orizzonte della pratica medica; per cui i professionisti della salute, fra l’altro, non avrebbero ricevuto alcuna formazione specifica.

Quale dei due approcci illustrati sia il più convincente non è facile dire con certezza, almeno per chi scrive; entrambe le posizioni, forse, presentano aspetti più o meno condivisibili. Qualunque sia l’inquadramento preferito, in ogni caso, la questione suscita, dal punto di vista costituzionale, perlomeno due interrogativi⁷.

Il primo si riferisce alla difficoltà di impiegare, in termini propri, la tecnica del bilanciamento di interessi⁸. Nel caso di specie, la scelta da compiere non può giungere ad un equilibrio fra la ragionevole compressione di un diritto a fronte della proporzionata prevalenza di un altro, ma perviene a pregiudicare in radice ogni chance di guarigione di un malato rispetto ad un altro. La questione, veramente drammatica e crudele, è quella di dare una valutazione, se non direttamente alle esistenze dei malati, all’aspettativa di vita di una persona rispetto all’aspettativa di vita di un’altra.

In questo modo, inoltre, pare impossibile mantenere la garanzia del contenuto essenziale del diritto (*Wesensgehalt*)⁹. Nonostante sia ritenuto a priori incompressibile, un limite di resistenza al bilanciamento, tale profilo, in concreto, viene ad essere integralmente ed irrimediabilmente compromesso, assieme alla vita stessa del malato escluso dalle cure.

Questo ordine di considerazioni porta al secondo interrogativo suscitato dalla, pur necessaria, logica alla base della scelta illustrata: come poter declinare il principio di eguaglianza riconosciuto nella nostra Costituzione con la necessità di assicurare la maggior salute possibile per il maggior numero di persone? Già il primo comma dell’art. 3 della Costituzione, e certamente il secondo, impongono che, a fronte di situazioni di particolare vulnerabilità e debolezza, la Repubblica compia ogni sforzo per permettere l’esercizio del diritto in questione. A fronte della maggior gravità della situazione clinica

⁷ Discorso equivalente, *mutatis mutandis*, potrebbe farsi da un punto di vista bioetico e deontologico.

⁸ Per tutti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli editore, Torino, 2014.

⁹ Fra gli altri, D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2012. Per la giurisprudenza costituzionale, in riferimento alla salute, fra le molte, le [sentenze n. 1146 del 1988](#), [n. 267 del 1998](#), [n. 309 del 1999](#) e [n. 252 del 2001](#). In termini generali, fra gli altri, L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Giappichelli editore, Torino, 2018.

di un malato, in termini specifici, si devono approntare tutti i presidi per salvarlo. Non svilito nella sua dimensione meramente formale, il principio di eguaglianza impone, infatti, di trattare categorie disomogenee in modo ragionevolmente differenziato e, quindi, nel caso di specie, condurrebbe all'impiego di più risorse e di un maggior numero di professionisti, proprio perché a maggior rischio di perdita del bene vita, si dovrebbe rispondere con un maggior impegno a recuperarlo. In condizioni ordinarie, insomma, a maggior vulnerabilità si risponde con maggiore sforzo e maggior impiego di mezzi e risorse.

In fasi del tutto straordinarie, come quella prodotta dall'emergenza pandemica, questa logica non è semplicemente modificata, avvicinandosi agli estremi rimanendo però all'interno dello stesso spettro; essa risulta semplicemente sovvertita: a maggior vulnerabilità corrisponde la rinuncia all'intervento. Infatti, è un dato purtroppo innegabile che, laddove non vi siano risorse sufficienti per tutti i malati, sia necessario adottare criteri di accesso ai trattamenti, nella amara consapevolezza che ogni parametro adottato porterà a trattare alcuni malati e a non trattarne altri.

Sull'individuazione degli indici concreti di tali criteri si è aperto a livello nazionale e internazionale un vivacissimo dibattito all'interno delle società scientifiche e dei comitati etici nazionali, cui ha contribuito, anche in Italia, la dottrina giuridica¹⁰. A parte l'irrealistica proposta di curare comunque tutti, invocando un principio universalistico smentito dai dati di fatto, il criterio tendenzialmente accolto è stato quello di assicurare il recupero della maggior salute possibile per il maggior numero di persone: un criterio purtroppo spietato (in termini propri: che non lascia spazio alla pietà) inquadrabile all'interno di un orizzonte di stampo utilitaristico. Al di là delle molte rinunce (in termini anzitutto umanitari) sottese a tale scelta obbligata, emerge il fatto che per assicurare il maggior beneficio terapeutico per il maggior numero di ammalati, il principio di eguaglianza risulta stravolto rispetto alla logica ordinaria illustrata. In termini concreti quanto dolorosi, diventa necessario individuare i malati che hanno una maggiore e più rapida possibilità prognostica di guarigione e impiegare le scarse risorse a loro beneficio, a svantaggio dei pazienti più gravi. A fronte di una maggiore vulnerabilità, in mancanza di risorse sufficienti per tutti, segue una tragica quanto rassegnata esclusione. Come si intuisce, tale situazione crea, da ogni punto di vista (bioetico, deontologico, giuridico), problemi di proporzioni gigantesche.

D'altro canto, non paiono ravvisabili, almeno a chi scrive, alternative maggiormente condivisibili. Partendo dalla consapevolezza che ogni criterio (anche quello che rinuncia a qualsiasi scelta) non può essere eticamente o giuridicamente neutro, le alternative proposte si sono limitate, pur con alcune distinzioni, ad adottare il principio generale dell'accesso alle cure in ordine temporale (*first come, first served*)¹¹. Tuttavia, anche in situazioni ordinarie – si pensi ai codici assegnati al pronto soccorso – tale parametro è corretto dalla gravità della situazione clinica. E ancor più in fasi straordinarie, tale criterio

¹⁰ Anche su questo aspetto, la letteratura è amplissima ed ha coinvolto riviste di ambito sia giuridico sia etico e scientifico. Tutti i principali comitati nazionali di bioetica, oltre al *Nuffield Council on Bioethics* e l'*Hastings Center*, si sono inoltre espressi: cfr. il dossier presente [Biodiritto-BioLaw Journal](#).

¹¹ Fra gli altri, cfr. gli scenari e le proposte presentate in J.E. EZEKIEL, ET AL., *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in [The New England Journal of Medicine](#), 382;21, 21 maggio 2020.

risulterebbe del tutto casuale e non sostenuto da alcun motivo ragionevole, portando a escludere dalle cure i malati che si siano presentati successivamente alla saturazione dei posti letto disponibili. Esso ricorda da vicino un altro criterio, quello legato ad una selezione a caso, una estrazione a sorte in cui nessuno dovrebbe o potrebbe scegliere criteri di accesso prioritari¹². Anche questa, pure, è una decisione non eticamente o giuridicamente neutra e, francamente, appare non basata su alcun motivo ragionevole. Inoltre, è foriera di una diseconomicità complessiva che potrebbe facilmente portare ad un impiego del tutto irrazionale e inefficace delle scarse risorse disponibili.

In termini generali, quindi, in tutti gli ordinamenti che si sono posti il dilemma illustrato si sono elaborati criteri di scelta tendenzialmente riconducibili alla precedenza dei malati con maggiore possibilità prognostica di guarigione. A questo punto, peraltro, si è aperto un dibattito relativo agli indicatori più efficaci per interpretare correttamente il criterio prescelto. In Italia, il confronto è sorto grazie a un documento della SIAARTI (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva) che ha avuto il merito di sollecitare con franchezza un dibattito pubblico quanto mai opportuno su un tema delicatissimo¹³. Su tale tematica, è intervenuto, poi, il Comitato Nazionale per la Bioetica con il citato documento su “Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “*triage* in emergenza pandemica”¹⁴.

Al fine di mantenere l’aderenza al dato costituzionale, oltre che ai principi bioetici maggiormente condivisi, il documento ha escluso criteri che si concentrassero su categorie fisse e prestabilite a priori, come la disabilità o l’appartenenza ad una specifica professione, o su requisiti unici, come l’età, privilegiando un criterio complessivo e articolato di appropriatezza clinica. In particolare, il documento suggerisce che “[o]gni paziente va visto nella globalità della sua situazione clinica, tenendo in considerazione tutti i necessari fattori di valutazione [...]: gravità del quadro clinico in atto, comorbidità, quadro di terminalità a breve, ecc.” L’età, in questo contesto, non è stata ritenuta come fattore indicativo di per sé, ma è stata presa in considerazione “in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica”¹⁵. In questo modo, la “priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza”.

Come detto, nessuno avrebbe voluto arrivare al punto di dover selezionare i malati da curare; e se in passato sono stati commessi errori nel non predisporre strutture e

¹² Si veda la discussione di tale posizione in A.H.M. AN TOMM MARIA, ET AL., *Ventilator Triage Policies During the COVID-19 Pandemic at U.S. Hospitals Associated With Members of the Association of Bioethics Program Directors*, in [Annals of Internal Medicine](#), 24 aprile 2020: lo stesso concetto di lotteria è ora discusso in riferimento all’accesso alla sperimentazione clinica: A.A. IYER , ET AL., *Advantages of Using Lotteries to Select Participants for High-Demand Covid-19 Treatment Trials*, in [Ethics and Human Research](#), 22 giugno 2020.

¹³ Il documento è del 6 marzo 2020 ed è intitolato “[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](#)”.

¹⁴ Approvato in data 8 aprile 2020 e pubblicato sul [sito del CNB](#).

¹⁵ Il citato documento SIAARTI, diversamente, considera la possibilità di porre un limite di età per l’accesso in terapia intensiva: “[n]on si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata”.

posti letto in grado di far fronte alla presente emergenza, è necessario che la situazione venga quanto prima corretta. Nella situazione creatasi, in ogni caso, va registrato che, per quanto possa essere stato doloroso adottare e impiegare criteri di selezione per l'accesso ai trattamenti di sostegno vitale, la condizione di insufficienza delle risorse non ha lasciato alternative. In questo senso, la valutazione dei malati da curare è stata una tragica necessità; una necessità che si è imposta, a causa dell'indicato *shortage*, ma che, in quanto gravemente lesiva, fra l'altro, del principio di eguaglianza, deve essere per quanto possibile contrastata, e comunque limitata a periodi eccezionali e temporanei, oltre che orientata a principi quanto più possibile ragionevoli e condivisi. Non si dovrà dimenticare che la scarsità di risorse è una condizione che, almeno per il futuro, deve essere superata, adottando logiche di *preparedness* che permettano di affrontare efficacemente futuri pandemie¹⁶.

3. Povertà ed etnia come indici di mortalità: una diseguaglianza intollerabile

Procedendo nell'analisi dell'intersezione fra salute e eguaglianza, il secondo profilo che si è scelto di menzionare brevemente in questo contributo è quello relativo al fatto che la pandemia, a livello globale, stia colpendo con maggior intensità le nazioni e le classi sociali più povere.

Citando dall'*Economist*, ad esempio, va registrato come "Brazil is adding around 25,000 new confirmed cases a day, more than the United States. Russia and India are not far behind, with 8,000 or so apiece. All told, poorer countries account for some three-quarters of the 100,000 or so new cases detected around the world each day"¹⁷. E i dati registrati nelle ultime settimane confermano come focolai di particolare intensità si stiano sviluppando in diversi paesi asiatici (Bangladesh, India, Pakistan) e in tutta l'Africa.

Tale situazione è purtroppo destinata a far aumentare i tassi di diseguaglianza già registrati a livello globale. Un recente documento delle Nazioni Unite, significativamente intitolato *When it rains it pours: Covid-19 exacerbates poverty risks in the poorest countries*, riporta la seguente analisi. "As the number of COVID-19 cases continues to rise in Africa and Southern Asia, and the global economy enters a synchronized recession unseen since the Second World War, the world's poorest countries brace for yet another shock that threatens to deepen global inequalities and exacerbate an already challenging situation"¹⁸.

Oltre ad un aumento a livello globale delle diseguaglianze fra Stati cd. ricchi e poveri, la pandemia sta producendo effetti fortemente discriminatori anche all'interno dei singoli Paesi. Gli strati sociali più bisognosi e già esposti a svantaggi strutturali, così, risultano i più colpiti, facendo riemergere tradizionali fattori di discriminazione quali il

¹⁶ Si veda al riguardo, ad esempio, la documentazione raccolta dallo *European Centre for Disease Prevention and Control* al [sito web del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie](#) o entro lo [Strategic Preparedness and Response Plan](#) dell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

¹⁷ *The pandemic is still gathering pace in most of the world*, in *The Economist*, 4 giugno 2020.

¹⁸ Il [documento](#), elaborato nell'ambito della *United Nations Conference on Trade and Development*, è stato redatto, ad inizio maggio 2020, da P. AKIWUMI e G. VALENSISI, della Division for Africa and Least Developed Countries.

colore della pelle. “At first, the coronavirus pandemic was called the great equalizer” si è così registrato. “But as more data becomes available, one thing is clear: Covid-19 has only magnified the systemic inequalities that persist in the United States. And nonwhite Americans, especially African Americans, have been hit hard on nearly every front”¹⁹.

Se – abbiamo visto *supra* – le gravi conseguenze prodotte dalla necessitata selezione dei malati con maggior probabilità di guarigione costituisce uno strappo al principio di eguaglianza dovuto all’impossibilità, allo stato, di alternative, lo sfavore dovuto ad elementi come la povertà o il colore della pelle non può, viceversa, in alcun modo considerarsi necessitato e va quindi ritenuto ancor più inaccettabile. In questo senso, nessuna condizione di *shortage* o di necessario *triage* pandemico può giustificare, nemmeno in via temporanea o in termini eccezionali, una distinzione basata sulla condizione sociale o sull’origine etnica. Tale situazione discriminatoria non potrebbe conciliarsi in nessun modo con i più basilari principi riconducibili al costituzionalismo contemporaneo. E tali fattori di selezione, al pari di quelli che si basassero, ad esempio, sulla demenza o sul genere dei malati, non devono in alcun modo correlarsi all’accesso alle cure. Il loro denunciato collegamento con gli indici di mortalità, quindi, costituisce una intollerabile lesione del principio di eguaglianza in tempi ordinari quanto in tempi straordinari. Da questo punto di vista, in termini sintetici, si potrebbe sostenere come la lotta contro il Covid-19 passi anche attraverso una necessaria lotta verso ogni tipo di discriminazione di questo genere.

Su questa linea, sono state proposte diverse iniziative tese a impedire che la pandemia aggravi la situazione di diseguaglianza indicata. Fra queste, ad esempio, Unaid, a metà maggio, ha raccolto l’adesione di oltre 140 esperti e leader a livello mondiale in merito a un programma basato su tre punti²⁰. Si tratta, in sintesi, di assicurare la condivisione obbligatoria in tutto il mondo di tutte le conoscenze, le informazioni e le tecnologie relative al Covid-19, articolando un *pool* di licenze liberamente disponibili in tutti i paesi (i)²¹. Inoltre, si raccomanda di stabilire un piano globale ed equo, finanziato dalle nazioni ricche, di produzione e distribuzione rapida delle cure e del futuro vaccino (ii)²², garantendo che i vaccini, la diagnostica, i test e i trattamenti siano forniti gratuitamente a tutti e in qualsiasi luogo (iii).

Nella stessa ottica, un gruppo altrettanto numeroso di personalità di diversa estrazione (da premi Nobel a uomini dello spettacolo, da religiosi a politici) ha lanciato l’iniziativa tesa a “*Declare Covid-19 Vaccine A Global Common Good Now*”²³.

¹⁹ La citazione è da un articolo del 9 maggio 2020 di H. KAUR per la CNN: [The coronavirus pandemic is hitting black and brown Americans especially hard on all fronts](#). Fra gli altri, incrociano il fattore etnico con quello relativo alla mortalità, con esiti non coincidenti: M. WEBB HOOPER, [COVID-19 and Racial/Ethnic Disparities](#), in [Journal of American Medical Association](#), 11 maggio 2020; M. CHOWKWANYUN, [Racial Health Disparities and Covid-19 — Caution and Context](#), in [The New England Journal of Medicine](#), 6 maggio 2020; K. RAVI, [Ethnic Disparities in COVID-19 mortality: are comorbidities to blame?](#), in [The Lancet](#), 19 giugno, 2020.

²⁰ [The People’s vaccine](#).

²¹ I Paesi dovrebbero essere autorizzati a utilizzare su larga scala le garanzie e le clausole di flessibilità contenute nella Dichiarazione di Doha del WTO e sugli accordi TRIPS al fine di garantire l’accesso ai farmaci per tutti.

²² Si esorta ad avviare, non appena cure e vaccino saranno messi a punto, la produzione di miliardi di dosi e la formazione degli operatori sanitari necessari per la somministrazione.

²³ [Declare Covid-19 Vaccine A Global Common Good Now](#).

Sottolineando le diverse responsabilità, ai diversi livelli, nel combattere la pandemia, il documento sottolinea la necessità di un contrasto condotto a livello globale. L'efficacia di ogni azione, anche a favore dei paesi più ricchi, è infatti legata ad una eradicazione totale delle cause alla base dell'infezione; cause che vanno eliminate ovunque perché, come abbiamo già purtroppo registrato, anche un solo focolaio localizzato può essere occasione di propagazione del contagio a livello planetario.

Tali iniziative possono essere considerate utopistiche, ma il loro concreto realizzarsi è condizione necessaria perché (anche) il principio di eguaglianza possa essere ristabilito fra, e all'interno di, ogni paese.

4. ... di necessità virtù?

La situazione prodotta dalla pandemia è fra le più gravi che possano capitare. Il paragone con la guerra è per tanti versi forzato e improprio; ma alla pari di quanto accade in periodo bellico, si sta concretizzando il rischio che le conseguenze più pesanti della pandemia siano sofferte dalle classi sociali e dai paesi già più svantaggiati. Come in guerra, si sono generate tensioni nei confronti dei principi costituzionali, non solo di eguaglianza, di carattere straordinario. In alcuni ospedali e terapie intensive, così, si sono dovuti adottare criteri di selezione per decidere dell'impiego di risorse scarse. Tale situazione è fra le più drammatiche; vissuta, fra l'altro, da parte di specialisti i cui scopi deontologici e professionali sono guidati da una logica universalistica della cura.

Tale condizione ricorda una delle occasioni che si può sostenere abbia contribuito alla nascita della stessa bioetica. A fronte della costruzione dei primi macchinari per la dialisi (1962), il *Seattle Artificial Kidney Center* si trovò a dover selezionare i malati che avrebbero potuto usufruire dei pochi dispositivi. Venne quindi istituito un comitato incaricato di scegliere quali pazienti avessero la precedenza: vista la natura delle decisioni da adottare, propriamente di vita o di morte, la commissione venne soprannominata dalla stampa *God Committee* o – appunto – *Life or Death Committee*²⁴. A causa del carattere confuso, disorganico e del tutto istintivo delle motivazioni poste alla base delle decisioni del comitato, ci si convinse della necessità di strutturare e dare ordine ad una serie di principi (bioetici, appunto) che potessero orientare il comportamento da adottare in situazioni così delicate²⁵.

Allo stesso modo, la tragedia che si è consumata in alcuni territori a seguito dell'impossibilità di contrastare il Covid-19 deve convincere ad adottare tutte le misure necessarie per poterlo fare in una possibile occasione futura. Se è essenziale che la situazione di impreparazione non si ripeta, e che con essa non si ripeta la compressione

²⁴ La composizione di tale organo rispondeva a logiche di larga rappresentatività sociale più che di competenza medica. Ne facevano parte un funzionario di banca, un impiegato statale, una casalinga, un avvocato, un prete, un sindacalista ed un medico chirurgo. Dopo aver deciso di escludere i minorenni e i malati con un'età superiore ai 45 anni, a motivo dei maggiori rischi legati a possibili complicità, il comitato scelse i criteri da considerare: "age, sex, marital status and number of dependents, income, net worth, emotional stability, educational background, occupation, past performance and future potential, and references". Cfr. I. MARINO, *Nelle tue mani. Medicina, fede, etica e diritti*, Einaudi, 2009, 15.

²⁵ Ci si permetta il rinvio a C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli editore, Torino, 2012, 9.

di principi costituzionali come la salvaguardia della vita e della salute e la tutela del principio di eguaglianza, è necessario trarre alcuni insegnamenti.

In particolare, se è necessario che le forzature straordinarie nei confronti di alcuni principi costituzionali di base rientrano il prima possibile, è altrettanto fondamentale che un altro straordinario, quello virtuoso, venga reso ordinario ed usuale.

In queste settimane, così, si stanno facendo investimenti non comuni in ricerca, e si sta predisponendo l'allocazione di risorse ingenti per la sanità. È necessario rendere ordinarie tali logiche al fine, ad esempio, di incentivare una ricerca indipendente ancora troppo sottodimensionata, contrastare un fenomeno di *brain-drain* ancora diffuso e recuperare i troppi posti letto persi negli ultimi anni. Puntare sulla prevenzione e sul rendere appetibili stili di vita virtuosi, che sappiamo essere i principali determinanti della salute, è un altro profilo su cui insistere, anche per affiancare l'impegno individuale ai compiti istituzionali del SSN. In termini di decisione politica, inoltre, si dovrebbero rendere stabili i canali di comunicazione fra i luoghi delle decisioni politiche e i luoghi della conoscenza scientifica e tecnologica: dovrebbe essere questo un altro straordinario virtuoso da rendere ordinario.

Ancora, risulta imprescindibile procedere nell'informatizzazione del SSN, nell'assicurare la *interoperability* e la condivisione di dati che, con le opportune garanzie, possano contribuire a innalzare i livelli collettivi di salute, anche grazie a un utilizzo costituzionalmente orientato delle nuove tecnologie e dell'intelligenza artificiale. E si dovrebbe fare un salto di qualità in termini di *preparedness*, in modo da allocare le risorse necessarie a fronteggiare possibili nuove epidemie e da strutturare una filiera più trasparente ed efficace nelle responsabilità e nei compiti di gestione della sanità.

A livello globale, inoltre, è essenziale rendere costante l'attenzione verso più alti standard di igiene e sanità pubblica, sostenere l'implementazione della disciplina sulla sicurezza alimentare e procedere ad un ripensamento complessivo dei modelli di sfruttamento animale e ambientale. Questi alcuni degli insegnamenti da trarre, in un periodo che tutti ci auguriamo passi presto, e non passi invano.

Alfonso Vuolo
Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia¹

ABSTRACT: *The essay deals with the issue of judicial control of the different measures to face the spread of contagion, with specific regard to the considerable difficulties concerning the relations between the entities of the Italian Republic.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'eclissi del sindacato della Corte nonostante il problematico raccordo tra Stato e Regioni. – 3. Il ruolo del giudice comune. – 4. Il rilievo della tutela cautelare. – 5. La nuova configurazione di alcuni istituti processuali.

1. Premessa

È doverosa un'avvertenza di carattere generale. Le vicende normative dell'emergenza epidemiologica hanno assunto una consistenza ciclopica, sicché ogni sforzo, pur sovraumano, di darne integrale conto è illusorio.

Si susseguono, infatti, a ritmo incalzante, tra gli altri, decreti del Presidente del Consiglio, ordinanze regionali e contro-ordinanze sindacali coi relativi chiarimenti, decreti legge, circolari, FAQ.

Si tratta di una sorta di dannazione di Sisifo con l'ulteriore aggravio che, già in partenza, non c'è la prospettiva di venirne a capo talmente è rapido il processo di produzione normativa, che, per giunta, al crepuscolo tende a essere più intenso². Per non perdere il senno a causa della frustrazione, bisogna accontentarsi di ricostruzioni parziali, coltivando però il ragionevole auspicio che, a differenza della figura mitologica, la nostra pena non sarà per l'eternità.

Con questa consapevolezza, mi soffermerò su quattro punti che ritengo essenziali relativamente al sindacato giurisdizionale sugli atti di governo dell'emergenza.

2. *L'eclissi del sindacato della Corte nonostante il problematico raccordo tra Stato e Regioni*

La Corte costituzionale, finora, non è stata chiamata a intervenire sulle vicende in atto.

Non è stato possibile farlo nella sede del giudizio di legittimità, in quanto l'attività di regolazione dell'emergenza, nella fase iniziale, è deflagrata in atti non ascrivibili al

¹ I contenuti della relazione, sistematizzati nel presente contributo (aggiornato alla data dell'11 maggio 2020), sono stati elaborati nell'ambito del progetto di ricerca "Problematiche giuridiche ed economiche scaturite dall'emergenza Coronavirus e conseguenze del fenomeno nei sistemi politico-istituzionali", coordinato dal prof. Sandro Staiano, Università di Napoli Federico II.

² Si vedano le considerazioni di A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in Dirittifondamentali.it, 26 marzo 2020, spec. 3 e ss.

novero di quelli legislativi, che, come ovvio, esulano dal giudizio di legittimità costituzionale.

Non è accaduto nella successiva fase, quando ai proteiformi provvedimenti statali e sub-statali³ è stata offerta copertura da fonti di rango primario (decreti legge e leggi di conversione), per la semplice ragione che non sono state sinora proposte pregiudiziali di costituzionalità⁴.

Ciò non si è verificato in via incidentale probabilmente perché non vi è stato ancora il tempo per farlo, ancorché nella fase cautelare dei giudizi comuni possa essere sollevata la pregiudiziale di costituzionalità⁵; ma, soprattutto, perché gli atti normativi hanno riscontrato il tendenziale favore dell'autorità giurisdizionale, come si dirà di qui a poco.

Questioni di legittimità non sono state però proposte neanche in via principale, laddove, nell'eventualità, sarebbe stato lecito immaginarsi un tempestivo intervento della Corte se avesse fatto uso del potere cautelare: l'art. 35, l. n. 87 del 1953⁶, lo è ancora, infatti, al "rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini", che sarebbe stato spontaneo ipotizzare in ragione delle profonde limitazioni delle libertà che hanno costellato l'azione di contrasto alla pandemia.

In effetti, tra Stato e Regioni pare esservi stato un sostanziale *agreement* volto a desistere dall'intraprendere la via giurisdizionale (qualunque essa sia), pur se l'interlocuzione istituzionale sia stata sovente aspra e lo sia stata specie lungo la faglia politica: governo nazionale giallo-rosso, da un lato, e regioni con guida di centro-destra, dall'altro.

Questo andamento incontra due eccezioni ma nella sede del giudizio amministrativo.

La prima è quella recente costituita dall'impugnazione del provvedimento del Presidente della Regione Calabria, con il quale è stata accelerata la riapertura di bar e ristoranti. Sul punto si dirà più avanti.

³ Si tratterebbe di "sfregi" costituzionali della prima fase dell'emergenza, cancellati *ex post* dagli atti con forza di legge, secondo G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [Unicost](#), 2020, par. 3. Pur non essendo critico riguardo alla generale strategia di contrasto all'epidemia, sulla legittimità di questa sorta di sanatoria manifesta perplessità M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 112.

⁴ Diversamente è accaduto in Francia (si veda [Conseil constitutionnel, déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020](#)).

⁵ Diverse sono le opzioni per l'autorità dinanzi alla quale si pone il dubbio di legittimità. Ad esempio, il remittente si riserva di pronunciarsi sulla domanda cautelare all'esito del giudizio di costituzionalità, conservando, dunque, la relativa *potestas iudicandi*; si veda [sentenza n. 10 del 2018](#). Oppure può rilasciare un provvedimento interinale con effetti limitati fino alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale, adita con coeva pronuncia; si vedano le [sentenze n. 83 del 2013](#) e [n. 128 del 2010](#). È stata anche ritenuta ammissibile la pregiudiziale sollevata dal giudice amministrativo *a quo* benché si fosse pronunciato sull'istanza cautelare, considerato che ora l'art. 55, c. 11, d.lgs. 104 del 2010, stabilisce che l'ordinanza con cui è disposta una misura cautelare fissa la data di discussione del ricorso nel merito, sicché l'incidente sarebbe ancora rilevante nel giudizio principale; si veda [sentenza n. 200 del 2014](#), riguardo alla quale sia consentito rinviare ad A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 23/2014.

⁶ Modificato dall'art. 9, l. n. 131 del 2003, che, addirittura, riconosce un potere d'ufficio alla Corte. L'art. 21 delle Norme integrative ha poi contemplato anche l'istanza di sospensione avanzata dal ricorrente.

La seconda, invece, è risalente agli albori del contrasto all'epidemia. Mi riferisco all'ordinanza con la quale il Presidente della Regione Marche adottava alcune misure che, a distanza di qualche settimana, sarebbero poi state varate a livello nazionale⁷. La Presidenza del Consiglio la impugnava davanti al Tribunale amministrativo; con decreto monocratico, era accolta l'istanza di provvedimenti cautelari anticipatori sulla base della considerazione che le più incisive compressioni non erano giustificate dalla presenza di focolai nella regione (nonostante la circostanza che questa sia confinante con l'Emilia-Romagna, in cui già vi era stato un consistente numero di contagi)⁸.

Una considerazione. Il Presidente del Consiglio non ha sollevato conflitto di attribuzioni⁹ ed è problematico presagire le ragioni che stanno alla base di tale strategia difensiva. Naturalmente si potrebbe liquidare il problema sostenendo che non fossero in discussione competenze di livello costituzionale. Tuttavia, può darsi che abbia inciso anche una ragione di carattere strettamente processuale: la mancanza di un rito monocratico innanzi alla Corte anche nel conflitto intersoggettivo, pur avendo questo dimostrato nel corso del tempo una maggiore dimestichezza con la tutela cautelare per effetto della risalente previsione di cui all'art. 40, l. n. 87 del 1953. Su questo punto però deve evidenziarsi che una nuova prospettiva potrebbe aprirsi per effetto del decreto della Presidente Cartabia del 20 aprile 2020¹⁰. Questo stabilisce che le modalità dello svolgimento delle udienze e delle camere di consiglio per il periodo dell'emergenza non si applicano a eventuali questioni di eccezionale gravità e urgenza per le quali la Presidente, sentito il Collegio, ravvisi la necessità di trattazione immediata in udienza pubblica, con modalità che saranno all'uopo stabilite¹¹.

3. Il ruolo del giudice comune

Il quadro appena tratteggiato, inevitabilmente, conduce a ritenere che la sede della tutela dei diritti e degli interessi lesi sia, almeno per il momento, quella della giurisdizione comune.

È possibile però un'ulteriore delimitazione di campo. Salvi gli aspetti penali, pare assumere una posizione di primo piano il giudice amministrativo, almeno relativamente al primo periodo di applicazione delle misure varate.

⁷ Chiusura delle scuole, università, musei, biblioteche nonché la sospensione di tutte le manifestazioni pubbliche.

⁸ T.a.r. Marche, sez. I, 27 febbraio 2020, decreto n. 56. Il decreto è stato poi confermato con ordinanza 5 marzo 2020, n. 63. Su tali decisioni si vedano le notazioni di G. DI COSIMO-G. MENEGUS, *Coronavirus, il TAR sospende l'ordinanza della Regione Marche (che ne fa un'altra)*, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info/), 28 febbraio 2020; nonché G. DI COSIMO-G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](https://www.biodiritto-biolawjournal.it/), 16 marzo 2020.

⁹ Almeno da quello che risulta pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* nel momento in cui si scrive. È appena il caso di rilevare che, secondo costante giurisprudenza, i due rimedi (giudizio amministrativo e conflitto tra enti) non sono in regime alternativo. Sul punto, in dottrina, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, spec. 332.

¹⁰ Che, invero, in questa parte reitera il precedente del 24 marzo 2020.

¹¹ Si veda il par. 1, lett. e). Sul punto si veda M. TROISI, *Il processo costituzionale nella fase dell'emergenza: tra omologazione necessaria e rivendicazione della propria autonomia*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it/), in corso di pubblicazione.

Il ruolo del giudice civile, di contro, sembra essere in un cono d'ombra. A tal riguardo, al netto delle decisioni di carattere strettamente processuale¹², non si rinvergono filoni significativi¹³. Tuttavia, in prospettiva potrebbe esservi un'inversione di tendenza, dal momento che la depenalizzazione delle violazioni delle ordinanze restrittive, compiuta dall'art. 2, d.l. n. 19 del 2020, comporta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria impugnabile innanzi al giudice ordinario¹⁴.

Per di più, proprio in ragione della sua natura ancipite, l'attivismo del giudice amministrativo si realizza secondo un duplice canale: accanto a quella giurisdizionale, viene in rilievo la funzione consultiva e, a tal proposito, si segnala il parere che ha preceduto l'annullamento straordinario, da parte del Governo, dell'ordinanza sulla c.d. "chiusura dello Stretto" adottata dal sindaco di Messina¹⁵.

Il protagonismo dei giudici amministrativi non sembra incontrare ostacoli dal momento che finora non si è messa in discussione la loro giurisdizione¹⁶. Questo non è un dato affatto scontato, se solo si riflette sulla generale sospensione di alcuni diritti fondamentali. Si sarebbe potuto ragionare della loro incoercibilità da parte del potere pubblico. Si pensi al caso della libertà di culto che, per espressa previsione costituzionale, incontra il solo limite dei "riti contrari al buon costume"¹⁷. In effetti, appare confermato che il diritto inviolabile assume frequentemente la consistenza e la

¹² In dottrina F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 17 aprile 2020; nonché P. SERRAO D'AQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid - 19, 23 marzo 2020; N. GIALONGO - A. PROTO PISANI, *Brevi note su Costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*, in *Judicium*, 2020.

¹³ È meritevole di qualche notazione solo qualche pronuncia riguardo alla possibilità o meno per il genitore non affidatario di spostarsi per incontrare i figli minorenni oppure per condurli presso di sé. Si sono finora fronteggiati due orientamenti. Uno, minoritario, che interpreta i decreti presidenziali e le ordinanze regionali nel senso che sarebbe una situazione di necessità in quanto essenziale all'equilibrio psico-fisico del minore, così Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020, in *Redazione Giuffrè*, 2020. L'altro, maggioritario, secondo il quale per il mantenimento dei rapporti è sufficiente lo strumento telematico, così Trib. Vasto, 2 aprile 2020, *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Terni, 30 marzo 2020, in *Guida al diritto*, 2020, 18, 15; Trib. Bari, 26 marzo 2020, *ivi*, 21.

¹⁴ Tuttavia, è contemplata anche la sanzione accessoria della chiusura provvisoria dell'attività per una durata non superiore a cinque giorni, per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione, sulla quale ci sono pronunce cautelari di segno opposto circa la spettanza o meno, in caso di loro impugnazione, del sindacato al giudice amministrativo. In senso favorevole T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, decreto 24 aprile 2020, n. 183; in senso contrario T.a.r. Campania, Napoli, 23 aprile 2020, decreto n. 933.

Non è da trascurare poi il ruolo del giudice penale in base a quanto previsto dall'art. 4, d.l. n. 19 del 2020, e in particolare dal comma 6.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735, sul quale si vedano le notazioni di N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti Regionali*, 11 aprile 2020; A. CELOTTO, *Emergenza e ordinanze comunali: l'«isola della ragione nel caos delle opinioni» (a prima lettura del parere 7 aprile 2020, n. 260/2020)*, in *Giustizia Amministrativa*, 2020. Nell'ambito dell'attività consultiva viene in rilievo anche Cons. Stato, Commissione speciale, 11 marzo 2020, n. 571, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 3, c. 1, d.l. n. 11 del 2020, con specifico riguardo alla sospensione dei termini processuali nel giudizio amministrativo.

¹⁶ Bisogna rilevare che numerose ordinanze recano in calce la possibilità di adire il giudice amministrativo nel termine di 60 giorni.

¹⁷ Lo ricorda F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 137. Sul punto si vedano le considerazioni anche di I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020.

forma di interesse legittimo: il potere pubblico sorge per bilanciare/contemperare l'interesse sotteso a un bene della vita, pur di rango costituzionale, con altri interessi pubblici e privati, specie poi in uno Stato a forte caratterizzazione sociale¹⁸. Il potere pubblico, quindi, è funzionale per attuare il catalogo dei diritti costituzionali.

Per riprendere (e capovolgere) un'indicazione di Massimo Luciani, anche (forse, soprattutto) in questa temperie storica, "i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi" e, ancor prima, "il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi"¹⁹.

In relazione a quest'ultimo aspetto, come già evidenziato, i primi provvedimenti varati non sembravano avere un'adeguata base legislativa, tant'è che è stata ravvisata l'esigenza di darvi copertura: prima l'art. 3, d.l. n. 6 del 2020, ha fatto salvi gli effetti delle sole ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'art. 32, l. n. 833 del 1978; successivamente l'art. 2, c. 3, d.l. n. 19 del 2020, ha fatto da scudo, in generale, ai provvedimenti emanati in precedenza²⁰.

Ma non s'indugia su tale aspetto non essendo l'oggetto di questa riflessione.

4. Il rilievo della tutela cautelare

La tutela in questa fase è stata di tipo soltanto cautelare proprio in ragione del fatto che, di norma, le misure contestate hanno efficacia molto limitata nel tempo, finendo a volte ad esaurirsi nel giro di pochi giorni²¹.

Viene così enfatizzato uno degli elementi connotativi del sistema di giustizia amministrativa, ovvero la centralità della tutela d'urgenza²², la quale, nel periodo

¹⁸ N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 12/2020, spec. 185 e ss.

¹⁹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, par. 3.

²⁰ Su questi aspetti. 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](https://www.osservatoriocostituzionale.it), 3/2020, spec. 14 e ss.

²¹ Ciò specie in ragione di quanto previsto dall'art. 3, d.l. n. 19 del 2020, secondo il quale: "Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. 2. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1 (...)". Il rapporto sussidiario finisce con il privare di efficacia gran parte di questi provvedimenti ingenerando enorme confusione, come notano A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in [Consulta Online](https://www.consultaonline.it), 2020/I, 218; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai temi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in [Diritti Regionali](https://www.dirittiregionali.it), 1/2020, 526; R. CHERCHI-A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, *ivi*, spec. 675 e ss.

²² Tra i tanti, si veda F. G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2012, 371 e ss.

contingente, racchiude *tutta* la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali²³.

Anzi, può dirsi che, in molti casi, la tutela è solo quella anticipatoria, sicché, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti. In relazione ai provvedimenti che hanno disposto la quarantena domiciliare, ad esempio, non è stato sporadico assistere alla cancellazione della causa dal ruolo²⁴. In altre ipotesi, nemmeno la tutela monocratica si è mostrata congeniale allo scopo, mancando pochi giorni alla fine del periodo di isolamento imposto²⁵.

In questo ha avuto un ruolo anche l'art. 84, d.l. n. 18 del 2020, secondo il quale la domanda cautelare ordinaria, fino al 16 aprile²⁶, comunque avrebbe dovuto avere uno svolgimento bifasico: prima davanti al presidente e poi davanti al collegio²⁷. Si sono delineati, dunque, i decreti monocratici (non su istanza ma) "prescritti" dal legislatore per compensare lo spostamento in avanti della trattazione dell'istanza cautelare ordinaria in ragione dell'impedimento derivante dal picco del contagio.

Peraltro, la dilatazione di questa fase nell'economia generale del processo amministrativo è stata emblematica allorché si è avuto nel medesimo giudizio la riedizione del potere cautelare monocratico: rigettata la richiesta volta alla specifica tutela, a distanza di due giorni la stessa è stata reiterata con favorevole considerazione, questa volta, da parte del Presidente, in ragione del supplemento di documentazione prodotta²⁸; in altre occasioni, invece, il rigetto dell'istanza è stato ribadito in quanto, ad avviso del giudice, nelle more non è mutata la situazione di fatto²⁹.

Dinanzi a questo scenario potrebbe rappresentare un'eccezione la pronuncia del T.a.r. Catanzaro, con la quale è stato annullato il decreto del Presidente della Giunta

²³ Ancorché possa residuare un merito come stabilito dal T.a.r. Marche, sez. I, 5 marzo 2020, ordinanza n. 63. Resta da verificare in futuro il margine concreto per eventuali domande risarcitorie derivanti dall'illegittimità dei provvedimenti impugnati (ma non sospesi). In argomento le notazioni di F. FRANCIOSI, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio emergenza Covid - 19, 15 aprile 2020, spec. 5 e ss.

²⁴ Ad esempio, si vedano i ricorsi innanzi al T.a.r. Campania, Napoli, contrassegnati con r.g. 1048/2020 e r.g. 1120/2020.

²⁵ Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2020, decreto n. 1553; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 aprile 2020, decreto n. 221; Id., 24 aprile 2020, decreto n. 270. Si veda anche T.a.r. Veneto, sez. II, 21 aprile 2020, decreto n. 205, secondo il quale "non va sospesa l'ordinanza sindacale che dispone la chiusura temporanea dei cimiteri, atteso che il pregiudizio lamentato si è già ormai per la più gran parte (30 giorni) consumato, e che il residuo periodo di chiusura del cimitero (ulteriori 13 giorni), non appare di rilevanza temporale tale da aggravare in modo determinante il danno già patito". E ancora T.a.r. Sardegna, sez. I, decreto 20 aprile 2020, n. 141, in cui è stato sancito che l'ordinanza impugnata, concernente la chiusura delle librerie, ha effetto fino al 26 aprile 2020, per un numero oramai limitatissimo di giorni feriali, sicché, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale, a fronte di una compressione di alcune libertà individuali, deve essere accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica.

²⁶ Si veda la nota prot. n. 7400 del 20 aprile 2020 del Presidente del Consiglio di Stato, in [Giustizia Amministrativa](http://www.giustiziaamministrativa.it).

²⁷ Invece, l'art. 3, d.l. n. 11 del 2020, aveva previsto la sola eventualità della trattazione in due tempi dell'istanza cautelare ovvero sia su richiesta di almeno una parte.

²⁸ T.a.r. Napoli, V, decreto 19 marzo 2020, n. 424; e decreto 21 marzo 2020, n. 436.

²⁹ T.a.r. Lombardia, decreto 27 aprile 2020, n. 651, secondo il quale, in ogni caso, la domanda è priva di fondamento.

calabrese che aveva consentito la ripresa dell'attività di ristorazione³⁰. Invero, attraverso la sentenza c.d. breve, la definizione del giudizio in appena cinque giorni dal deposito del ricorso trae origine proprio dall'incidente cautelare ordinario, unitamente alla rinuncia ai termini a difesa offerta dalle parti³¹.

Non solo i profili strettamente processuali destano interesse. Sono degni, altresì, di notazione i dispositivi di quei provvedimenti con i quali il giudice amministrativo ha accolto in parte l'istanza di tutela d'urgenza, con la rimodulazione della misura inflitta³².

Non v'è dubbio che, nella valutazione degli opposti interessi, sia prevalso quello al mantenimento degli effetti del provvedimento impugnato, giacché si farebbe carico delle esigenze di tutela della salute pubblica³³.

In effetti, le ordinanze volte alla restrizione delle libertà dei singoli hanno retto, specie nel periodo in cui maggiore è stato l'allarme circa la diffusione del virus. Con la sola eccezione del decreto già citato del T.a.r. Marche³⁴, può dirsi che il giudice amministrativo ha condiviso la maggiore prudenza che ha ispirato questa o quella autorità istituzionale nel disporre la concreta misura oggetto del giudizio. In questa logica concorrente (*more germanico*³⁵), la stella polare è rappresentata dal convincimento che la linea minima della tutela – inderogabile per gli altri enti – sia quella dettata dal Presidente del Consiglio dei ministri³⁶. Ciò è tanto più significativo se si considera che le misure anticipatorie sono state negate in assenza di contraddittorio con la parte istituzionale che avrebbe dovuto difendere i provvedimenti impugnati.

In effetti, il test di ragionevolezza/proporzionalità è stato sempre positivamente superato, ancorché con motivazioni raramente esaustive, giustificabili invero alla luce della estrema celerità che connota i procedimenti in questione. Ciò anche quando forse si sarebbe potuta immaginare una maggiore articolazione delle misure in ragione della diversa virulenza con la quale il Covid-19 ha interessato le diverse zone del Paese (non solo tra regioni ma anche tra aree ad alta e bassa densità demografica)³⁷.

Nel reticolo dei provvedimenti che si sono succeduti, sovente, è stato disagevole individuare "chi fa cosa". La casistica offre numerosi spunti. Mi limito a indicarne alcuni.

³⁰ T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 8 maggio 2020, n. 841.

³¹ Tale pronuncia è molto interessante in quanto si sofferma su molteplici eccezioni d'illegittimità sollevate nei confronti del d.l. n. 19 del 2020, reputandole tutte manifestamente infondate. Per una più ampia disamina di questa decisione sia consentito rinviare al mio *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, in corso di pubblicazione.

³² T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, decreto 21 marzo 2020, n. 436.

³³ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 18 marzo 2020, decreto n. 416, relativamente alla questione dell'attività motoria; il giudice discorre di limitata compressione della situazione azionata. Sul tema si vedano le considerazioni di G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in [Giustizia Insieme](#), 2020.

³⁴ In questo solco può annoverarsi anche l'annullamento prefettizio delle ordinanze sindacali adottate nell'isola di Ischia, volte ad impedire l'accesso a coloro che provenivano dalla Cina, Lombardia e Veneto. In argomento A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio sull'emergenza Covid – 19, 15 aprile 2020.

³⁵ Secondo M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in [Corti Supreme e Salute](#), 1/2020, 5.

³⁶ Paradigmatica, da ultimo, T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. Ma echi vi sono anche nella sede consultiva a partire dal parere citato.

³⁷ Sul tema, tra gli altri, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio sull'emergenza Covid – 19, 6 aprile 2020, spec. 13 e ss.

Ad esempio, è meritevole di considerazione un decreto presidenziale secondo il quale non può essere sospesa l'ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Regione Sicilia che reitera il divieto di ogni attività motoria all'aperto anche in forma individuale, comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori, e ciò in quanto l'art. 3, comma 2, d.l. n. 19 del 2020, vieta tassativamente ai soli Sindaci di provvedere "in contrasto con le misure statali", mentre altrettanto non risulta essere sancito per gli organi di livello regionale³⁸.

Così come non può essere inibita l'efficacia dell'ordinanza sindacale che ha disposto stringenti limitazioni alle uscite per gli acquisti di generi alimentari, non essendo incise posizioni di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale³⁹.

In qualche occasione, all'accoglimento della domanda cautelare si è frapposto un ostacolo di carattere strettamente procedurale come la mancanza di atti applicativi delle disposizioni impugnate, circostanza che ridondava sulla mancanza di un interesse attuale alla domanda cautelare⁴⁰.

In definitiva, è stata ritenuta prevalente la funzione preventiva e precauzionale, sottesa alle misure disposte⁴¹, volta – è stato affermato testualmente – a prevenire "un danno infinitamente più grande" di quello economico avanzato, nell'occasione, dai ricorrenti le cui attività imprenditoriali erano state inibite⁴².

Solo in un caso non ha retto l'ordinanza normativa di tipo restrittivo: si trattava di un provvedimento sindacale in cui si ordinava la chiusura dei distributori automatici di bevande e alimenti confezionati, rientrando questa tra quelle di vendita di generi alimentari, seppure in forma automatica, che la stessa ordinanza faceva salve; tra l'altro, dall'esecuzione dell'ordinanza derivava un danno irreparabile al ricorrente che traeva dall'attività l'unica fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia⁴³.

Molto più stringente il controllo del giudice amministrativo sulle misure normative tese ad ampliare le facoltà dei privati. Emblematico il caso recente della sospensione di un'ordinanza del Presidente della Lombardia con la quale, in deroga al d.p.c.m., era stata autorizzata la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche. Il ricorso è stato presentato dalle organizzazioni sindacali e il Giudice ha riconosciuto fondata l'esigenza di tutelare il diritto alla salute dei lavoratori rappresentati: il pregiudizio sarebbe stato di tale intensità da non consentire la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile⁴⁴. Pronuncia, questa del giudice milanese, che ha resistito anche alla successiva richiesta di revoca avanzata dalla Regione Lombardia, respinta con motivazione talmente ampia da apparire superflua la fase davanti al collegio⁴⁵.

³⁸ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 17 aprile 2020, decreto n. 458.

³⁹ Cons. Stato, sez. III, 17.4.2020, decreto n. 2028; T.a.r. Sardegna, sez. I, 7 aprile 2020, decreto n. 122. Sulla vendita dei generi alimentari non preconfezionati si veda anche T.a.r. Emilia-Romagna, sez. I, 24 aprile 2020, decreto n. 183.

⁴⁰ T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 15 aprile 2020, decreto n. 219.

⁴¹ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 14 aprile 2020, decreto n. 779.

⁴² T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 10 aprile 2020, decreto n. 61.

⁴³ T.a.r. Sardegna, sez. I, 10 aprile 2020, decreto n. 133.

⁴⁴ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 23 aprile 2020, decreto n. 634.

⁴⁵ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 27 aprile 2020, decreto n. 651.

Non pare indugiare più di tanto il giudice amministrativo sulle impugnative riguardanti la legittimità della scelta effettuata per la costituzione di un Comitato di esperti presso la Presidenza del Consiglio⁴⁶.

Diversamente (almeno in parte) è accaduto con riferimento ai singoli provvedimenti applicativi laddove qualche spiraglio per i ricorrenti si è aperto in ragione della specificità del caso⁴⁷.

In questa direzione sono stati sospesi i provvedimenti della Azienda Sanitaria nella parte in cui, immotivatamente, dispongono il ricovero presso una struttura privata accreditata residenziale di una paziente proveniente dal Molise senza imporre preventivamente il tampone di controllo per verificare che la paziente medesima non sia affetta da coronavirus⁴⁸.

Analogamente è stata sospesa la messa in quarantena per 14 giorni nei confronti di un avvocato che si era recato in tribunale per impegni professionali relativi ad alcuni giudizi pendenti⁴⁹.

Resta fermo comunque un orientamento complessivamente sfavorevole ai ricorrenti da parte del giudice amministrativo, il quale ritiene prevalente le esigenze di tutela della salute mediante il rispetto delle restrizioni e delle clausole volte al distanziamento sociale al fine di evitare il diffondersi del contagio⁵⁰.

5. La nuova configurazione di alcuni istituti processuali

È dato anche assistere a un adattamento degli istituti processuali.

Ciò è avvenuto, in via normativa, con la moltiplicazione dei riti nel processo amministrativo introdotti dai decreti legge che si sono rincorsi nell'arco di qualche

⁴⁶ T.a.r. Lazio, sez. I, 20 aprile 2020, decreto n. 2915. Si veda anche Cons. Stato, sez. III, 23.4.2020, decreto n. 2128, in cui l'appello viene dichiarato inammissibile in quanto non viene in rilievo la perdita di beni direttamente garantiti dalla Costituzione.

⁴⁷ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 25 marzo 2020, decreti n. 595 e n. 575, relativi alla quarantena domiciliare irrogata.

⁴⁸ T.a.r. Molise, 30 marzo 2020, decreto n. 62. Di contro, è stata respinta la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, atteso che "nell'attuale fase epidemica, in sede di comparazione degli interessi in conflitto, si deve dare prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio", T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 28 marzo 2020, decreto n. 165.

⁴⁹ T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 20 marzo 2020, n. 433. Viceversa, è stata respinta la richiesta di misure cautelari avanzata da un giornalista contro l'obbligo di quarantena domiciliare non avendo questi disconosciuto le inottemperanze alla prescrizione di cui al punto n. 1 dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020, né risultando asserita la sussistenza di alcuna delle cause giustificative di esclusione dal disposto obbligo di "rimanere nelle proprie abitazioni", T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 24 marzo 2020, decreto n. 471.

⁵⁰ T.a.r. Lazio, sez. II-bis, 27 marzo 2020, decreto n. 2225, riguardo al caso di chiusura degli uffici comunali e della conseguente sospensione degli incontri tra il padre e la figlia che si svolgevano con la mediazione di una figura professionale del servizio sociale. Si veda anche T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 7 marzo 2020, decreto n. 293.

settimana⁵¹. Uno addirittura, specialissimo, la cui vigenza ha interessato il periodo dal 6 al 15 aprile, definito efficacemente “rito pasquale”.

Ma vi è stata anche una trasfigurazione in via pretoria di quelli esistenti.

Emblematico, tra i tanti⁵², il caso dell’appellabilità proprio dei decreti cautelari monocratici.

Va precisato che l’art. 56, c. 1, c.p.a., stabilisce che: “Prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del Tar, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie”.

Aggiunge il comma 2 dello stesso articolo: “Il presidente o un magistrato da lui delegato (...) provvede con decreto motivato *non impugnabile*”⁵³.

Per di più, questa *voluntas legis* è stata ribadita da ultimo, in quanto lo schema iniziale dell’art. 84, d.l. n. 18 del 2020, contemplava la facoltà dell’appello dei decreti monocratici *ex lege*, poi espunta nel testo definitivo⁵⁴.

Orbene, a fronte di tale quadro viene in evidenza la posizione assunta dai presidenti di alcune sezioni del Consiglio di Stato, secondo i quali, sulla scorta di due isolati precedenti⁵⁵, l’appello sui decreti monocratici sarebbe ammissibile – e qui si tratterebbe di una novità assoluta – “nei soli limitatissimi casi in cui l’effetto del decreto presidenziale del TAR produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita che corrisponda a un diritto costituzionalmente garantito”⁵⁶.

⁵¹ Per un’ampia disamina R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in Federalismi.it, Osservatorio sull’emergenza Covid – 19, 15 aprile 2020.

⁵² Occorre segnalare anche Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, ordinanza n. 2538, secondo la quale l’art. 84, c. 5, d. l. n. 18 del 2020, in tema di rito cartolare “coatto”, va interpretato in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato. Per cui “ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell’udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati, stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica ‘acuta’)”. Sul punto M.A. SANDULLI, *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è “riservata” alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al “pieno” contraddittorio difensivo. Con postilla per una proposta di soluzione flessibile*, in Federalismi.it, Osservatorio sull’emergenza Covid – 19, 9 aprile 2020; C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in Giustizia Amministrativa, 2020.

⁵³ Corsivo non testuale.

⁵⁴ M. A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell’applicazione dell’art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l’incertezza del Consiglio di Stato sull’appellabilità dei decreti monocratici*, in Federalismi.it, Osservatorio sull’emergenza Covid – 19, 13 marzo 2020.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2018, decreto n. 5971; Cons. Stato, sez. III, 11 novembre 2014, decreto n. 5650.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2020, decreto n. 1553, con il quale l’appello, dichiarato ammissibile, viene però rigettato, attesa la priorità nazionale costituita dalla rigorosa prevenzione anti-Covid19. Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2020, n. 1343, con il quale è respinta la domanda di concessione di

Molto si potrebbe dire riguardo alla nozione di “diritto costituzionalmente garantito” specie in ragione dell’oscillante lettura circa la clausola (aperta o meno) che sarebbe insita nell’art. 2 della Costituzione⁵⁷, sicché, ammettendosi, come nella sostanza accade, anche i “nuovi” diritti nel tessuto costituzionale, è difficile circoscrivere il raggio applicativo dell’istituto processuale. Con la conseguenza che esso potrebbe prestarsi ad applicazioni soggettive (se non arbitrarie).

Ma, in disparte tali pur non trascurabili aspetti, si vuole appuntare l’attenzione sul fatto che l’istituto è di derivazione prettamente pretoria, il che non sorprende, tenuto conto dell’inarrestabile ascesa del diritto – anche processuale – a formazione giurisprudenziale⁵⁸.

Sorprende invece che la creatività del giudice si realizzi in collisione col chiaro dettato normativo: se la lettera della disposizione mostra lacune nella tutela dei *diritti costituzionali*, il *diritto costituzionale* impone che venga sollevata una questione di legittimità, affinché, ai sensi dell’art. 134 della Carta, la Corte possa esercitare il suo sindacato.

Non è da escludere che questa apertura all’impugnazione di decreti monocratici sia funzionale a che il Consiglio di Stato – per il tramite dei presidenti di sezione – conservi almeno il “controllo” di quelle decisioni cautelari rese su fondamentali atti di governo dell’emergenza, evitando di confinare il relativo sindacato al presidente di una sezione del tribunale amministrativo territorialmente competente (o al magistrato delegato).

Del resto, nell’ambito della basilare posizione occupata in questo intervallo temporale dalla giustizia amministrativa, il Consiglio di Stato, in modo paradossale, rischia di essere relegato in un ruolo complementare anche in considerazione della circostanza che, di fatto, non è coinvolto nel processo di comando volto a contrastare la pandemia: tutti gli atti finora emanati, infatti, sono sottratti al suo parere preventivo⁵⁹.

decreto monocratico cautelare, non essendo rilevate situazioni di estrema gravità e urgenza; Cons. Stato, sez. III, 17 aprile 2020, decreto n. 2028, con il quale, richiamato il precedente decreto n. 1553 della sezione, l’appello è dichiarato inammissibile perché non inciderebbe su posizione di interesse o diritto degli appellanti da ritenersi irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale.

⁵⁷ Si veda, tra i tanti, E. ROSSI, Art. 2, in *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini*, di R. BIFULCO-A. CELOTTO -M. OLIVETTI (curr.), Torino, 2007 spec. 47; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 138.

⁵⁸ Sul punto diffusamente S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in Federalismi.it, 17/2018.

⁵⁹ Con l’eccezione, ma in tutt’altro campo, del richiamato avviso espresso in ordine all’annullamento, in via straordinaria, della già citata ordinanza del sindaco di Messina.

Fulvia Abbondante
Emergenza sanitaria, stato di diritto e *big data*

ABSTRACT: *The contribution analyzes the impact that the current pandemic from Covid -19 will have on the collection of sensitive data transformed, thanks to the use of algorithms, into Big data and on the potential impact, in the short and long term, that the use this data can produce the proper functioning of democracy, separation of powers, fundamental rights, equality principle. The existing regulatory solutions are completely inadequate because they move in a logic still linked to an elementary digital environment unable to face the challenges of rapid changes that technology imposes.*

SOMMARIO: 1. Emergenza pandemica ed altre emergenze – 2. *Big data* e pandemia – 3. Le sfide allo stato di diritto dei *Big data*: il Sesto Potere – 4. *Big data* e tutela dei diritti fondamentali – 5. *Big data* e principio di uguaglianza – 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. Emergenza pandemica ed altre emergenze

È possibile affermare, anche rasentando la banalità, che il nostro tempo è nonostante l'apparente, illusorio e per certi versi ipocrita senso di tranquillità che vuole trasmettere - il tempo delle emergenze. Dalla metà del ventesimo secolo si è assistito a un susseguirsi di avvenimenti eccezionali - crisi ambientali, economiche e sanitarie nonché a un'inedita forma di emergenza determinata una forma sconosciuta di violenza quale è il terrorismo - che con intensità diverse hanno interessato singoli ambiti territoriali o interi continenti. Eppure, nell'alveo del termine emergenza ricomprendiamo fenomeni molto diversi fra loro quanto alla genesi, allo sviluppo e alle possibili soluzioni. Quella epidemiologica, pur condividendo alcuni tratti comuni con le altre tipologie di eventi straordinari precedentemente citati, presenta alcune caratteristiche che non consentono di assimilarla alle altre forme di situazioni eccezionali. Non ha una dimensione territoriale delimitata o delimitabile, non è prevedibile né rispetto alla sua durata né alla sua evoluzione e l'assenza di certezze sulla modalità di contagio produce indecisione rispetto ad ogni progettualità presente e futura. L'etimologia e l'origine stessa della parola "pandemia" ci riconduce alla sua natura totalizzante sia in termini quantitativi, poiché è la globalità del genere umano interessata dal contagio, sia qualitativi, in quanto assorbe e sovverte ogni aspetto della vita individuale e collettiva.

Non si tratta di un fenomeno nuovo. Ogni epoca è stata attraversata dalla diffusione di agenti patogeni che hanno generato significative trasformazioni sugli assetti economici, sociali e giuridici in corso¹. Rimosse generalmente dal racconto storico tradizionale - ma non dalla letteratura che ci ha regalato capolavori le cui narrazioni hanno sullo sfondo appunto il contagio - le pandemie hanno sempre rappresentato un fattore di svelamento di tendenze già presenti e latenti nel tessuto sociale e un potente motore di innovazione scientifica.

¹ Sul punto di v. il recente lavoro di G. BRECCIA-A. FREDIANI, *Epidemie e guerre che hanno cambiato il corso della storia*, Newton Compton Editore, 2020.

L'attuale emergenza epidemiologica si differenzia anche da quelle più recenti², per la presenza della tecnologia digitale che ha consentito di svolgere "in sicurezza" molte delle attività fondamentali che caratterizzano la nostra quotidianità.

Durante le fasi di confinamento è emerso con maggiore evidenza quello che la dottrina più attenta aveva già da tempo sottolineato e cioè che Internet non è solo lo strumento privilegiato per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero o per un'inedita forma di comunicazione interpersonale, ma un mezzo per realizzare molteplici diritti fondamentali ricompresi sia nelle Carte Costituzionali sia in documenti internazionali del dopoguerra: istruzione, lavoro, ricerca.

La Rete è dunque soprattutto un mezzo di inclusione sociale, a condizione però che gli utenti possano godere di una connessione a banda larga stabile e sicura, l'unica in grado di assicurare l'accesso ai servizi ad alto contenuto tecnologico³.

La prima questione che si è posta, dunque, nel momento acuto della crisi sanitaria è quella del definitivo superamento del *digital divide* e la necessità di intervenire, oramai senza indugio, per la creazione di infrastrutture in grado di assicurare supporti informatici e connessione gratuita alle famiglie in condizioni economiche disagiate e la *broad band*⁴.

Decisioni in tal senso non sono più rinviabili se non altro perché, come sottolineano gli esperti, le pandemie si ripresenteranno ciclicamente costringendo le popolazioni mondiali a lunghi periodi di confinamento e alla necessità di utilizzo continuo del Web.

Una seconda questione emersa, in questa tragica esperienza è la necessità di un'adeguata alfabetizzazione digitale presupposto necessario per un uso anche solo basilare delle potenzialità della Rete. Un problema peraltro preso in considerazione in modo parziale dai governi che hanno concentrato la loro attenzione e le loro politiche di istruzione tecnologica guardando quasi esclusivamente alle giovani generazioni e trascurando una parte significativa e ancora lavorativamente e socialmente attiva quali gli anziani⁵. L'emersione di tali criticità, connesse alle utilità positive della Rete, è stata l'occasione per discutere su altre più inquietanti problemi che sono direttamente legati al lato meno nobile ed oscuro di Internet.

² Anche nel 2009 l'Organizzazione Mondiale della Sanità dichiarò la pandemia da influenza suina che si rivelò molto più circoscritta e meno contagiosa rispetto alle previsioni iniziali.

³ Tra le prime G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in (a cura della stessa), *Dalla tecnologia ai diritti Banda larga e servizi a rete*, Napoli, Jovene, 2010, 9 ss.; ID., *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, 44 ss.

⁴ Più specificamente sul nesso fra emergenza epidemiologica e superamento del divario digitale v. P. ZUDDAS, *Covid-19 e digitale divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria* in [Osservatorio costituzionale](#), 2/ 2020, 285 ss.

⁵ Su tale aspetto particolare v. R. FATTIBENE, *Sviluppo tecnologico e dimensione sociale nell'Unione Europea*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 1-2/ 2002, 191. Sulle misure di alfabetizzazione digitale adottate in altri paesi europei e specificamente nel Regno Unito ci si permette di rinviare a F. ABBONDANTE, *E-learning: la nuova dimensione dell'apprendimento*, in (a cura di) G. DE MINICO, *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete* in G. DE MINICO (cur.), *Dalla tecnologia ai diritti*, cit., 228, nota 10.

2. Big data e pandemia

Smart working, didattica a distanza⁶, *e-business* sono divenute, dunque, parole di uso comune ed individuano modalità di esercizio di diritti fondamentali già presenti, con gradazioni diverse, nelle società contemporanee. Volenti o nolenti – anche i più recalcitranti – tutti siamo stati costretti a fruire di servizi ed applicazioni forniti dalla tecnologia digitale per svolgere tali attività essenziali.

All'utilizzo massiccio di Internet è corrisposto un aumento esponenziale del caricamento di nostri dati personali sulla Rete. È oramai chiaro a tutti che Internet è libero ma non gratuito, nel senso che la merce di scambio che noi regaliamo con disinvoltura e per necessità ai fornitori di servizi e contenuti nel ciberspazio, sono appunto le nostre informazioni personali⁷. L'accumulo di tali notizie costituisce quello che, con un'immagine icastica, vengono definiti "il petrolio del Terzo Millennio"⁸, i cd. *Big data*. Questi ultimi rappresentano l'aggregazione di tutte le informazioni che vengono veicolate sul Web che, attraverso processi costanti di analisi realizzati attraverso potenti algoritmi, si trasformano in un'entità diversa che assume un autonomo valore economico – rispetto alla parte elementare che li compone - in ragione della capacità predittiva sui probabili comportamenti di intere categorie di soggetti⁹.

Volendo seguire una suggestione proveniente dalla dottrina sociologica i metadati rappresentano il Sesto potere¹⁰ che succede, sovrapponendosi, al quarto rappresentato dalla stampa e al quinto dalla radio televisione ma molto più pericoloso ed insidioso.

La manipolazione che stampa e televisione realizzano – attraverso l'alterazione delle notizie o lo strumento propagandistico – viene conseguita in maniera visibile poiché tali strumenti agiscono sulla captazione del consenso dall'esterno e su una massa indistinta di soggetti. Si tratta di mezzi in grado di persuadere e non certo di prevedere¹¹. Tant'è che, nel tempo, alla maggiore consapevolezza del ruolo e dell'importanza che i *mass media* assumevano per orientare l'opinione pubblica è corrisposto, da parte di molti ordinamenti, la predisposizione di apposite normative anticoncorrenziali di settore al fine di garantire il pluralismo dell'informazione l'unico antidoto alle possibili derive antidemocratiche del sistema. La molteplicità delle fonti ha rappresentato e rappresenta un indice significativo della salute e della maturità di una democrazia¹².

⁶ Sull'esperienza complessiva di tale modalità di insegnamento nel contesto universitario v. il recente lavoro di S. PRISCO, *La didattica universitaria a distanza: "filosofia", opportunità, limiti e rischi*, in Dirittifondamentali.it, 2/2020.

⁷ Così L. EDWARDS-M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in *Duke Law & Technology Review*, 18/2017, 33.

⁸ L'icastica espressione è di M. BOGNI-A. DEFANT, *Big data: diritti IP e problemi di privacy*, in *Diritto industriale*, 2/2015, 117.

⁹ B. RABAI, *I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 3/2017, 407.

¹⁰ La suggestione è tratta Z. BAUMAN-D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Laterza, Roma – Bari, 2012 che utilizzano tale espressione con un'accezione differente da quella utilizzata nel presente saggio.

¹¹ Tale impostazione è condivisa con G. ARBIA, *Statistica, nuovo empirismo e società nell'era dei Big Data*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2018, 81.

¹² In tal senso le note pronunce della nostra [Corte costituzionale n. 826 del 1988](#) e ancora più chiaramente [n. 112 del 1993](#).

Il condizionamento che si realizza con lo sfruttamento dei *Big data* si contraddistingue, invece, per la invisibilità e per la capacità invasiva.

L'osmosi tra dimensione pubblica e privata, resa possibile dall'avvento delle piattaforme *social*, ha consentito, proprio grazie ai processi di aggregazione delle informazioni veicolate in rete e dalla "lettura" veloce realizzata dalle *machine learning*, di conoscere in modo incisivo orientamenti, vulnerabilità, insicurezze, paure, di ogni singolo soggetto aspetti insomma che rientrano nell'alveo dell'intimità personale e che consentono di tracciare l'identità più profonda del cibernauta¹³. Una conoscenza tanto accurata che permette attraverso un uso sapiente del *marketing* di orientare in maniera nascosta, qualsiasi scelta dell'utente in Rete.

Per comprendere le ragioni della voracità degli *Over the Top* è fondamentale capire che esiste un meccanismo di autoriproduzione costante. Quando vengono generati dati, questi, a loro volta, possono essere confrontati con nuovi *dataset*, che generano nuovi aggregati di informazioni che vengono comparati con ulteriori nuovi dati raccolti. Un processo infinito che serve ad acquisire conoscenze specifiche su individui o collettività¹⁴.

Ecco le ragioni per cui l'epidemia è un'occasione inaspettata, ma ghiotta per i signori della rete. In questa fase l'attenzione degli studiosi è appuntata sull'uso delle *app* di tracciamento, di cui si farà un breve accenno successivamente, eppure l'impiego quotidiano e ininterrotto di Internet, a causa della crisi epidemiologica ha fatto sì che altri milioni di dati sono stati caricati sul Web (andando a nutrire la massa già imponente di informazioni esistenti) che opportunamente trattati saranno in grado di stabilire le reazioni, le opinioni, le convinzioni rispetto all'epidemia in corso.

Senza trascurare il fatto che, attraverso l'uso degli *smartphone* e degli strumenti di geolocalizzazione già presenti su tali *devices*, le *big companies* possono acquisire notizie in grado di individuare gli spostamenti dell'utente e ricavare informazioni sull'esposizione al contagio o sulla eventuale positività rispetto al Covid-19 e dunque risalire a tutti quei dati cd. detti sensibili, oggetto di una particolare attenzione da parte dei regolatori nazionale ed europeo.

La combinazione fra l'attuale emergenza pandemica e l'uso (o l'abuso?) dei *Big data* pongono nuove e complesse sfide allo Stato di diritto nei suoi tre pilastri fondamentali: separazione dei poteri, diritti fondamentali e il principio di uguaglianza.

3. Le sfide allo stato di diritto dei Big data: il Sesto potere

Senza voler scomodare la letteratura distopica o catastrofista la raccolta di dati avvenuta nel periodo di isolamento dovuto alla crisi sanitaria diverrà l'oggetto dei desideri di governi - anche loro possessori di ingenti quantità di informazioni - e partiti politici che sfrutteranno le predizioni fornite dagli algoritmi per orientare, a bocce ferme, il consenso elettorale.

¹³ Sull'intreccio fra dimensione pubblica e privata si vedano le considerazioni di M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, 13-14.

¹⁴ Tale fenomeno viene definito con un termine pittoresco ma efficace di "bastard data" da J. McNAMEE, *Is "privacy" still relevant in a world of batard data?*, in [EDRI](#).

L'impiego delle informazioni ricavate dall'analisi dei *Big data* per controllare il gradimento dei votanti è un fenomeno di cui si è avuto contezza solo con l'esplosione del caso *Cambridge Analytica* e sull'influenza che, una propaganda mirata in alcune aree del Regno Unito, ha avuto sul referendum Brexit.

Ora anche l'emergenza sanitaria produce meccanismi di insicurezza a vari livelli e la risposta all'evento pandemico, nella sua fase iniziale, è stato pesantemente condizionato, non solo dall'andamento della curva del contagio, ma anche dagli umori dei cittadini e dalle ricadute sull'economia globale che hanno condotto a scelte, in molti casi, irresponsabili e ad improvvisi cambi di rotta. Le vere criticità si presenteranno, tuttavia, nel post Coronavirus, dove un utilizzo accorto dei dati potrebbe portare a condizionare, in maniera incisiva, i futuri momenti elettorali – sospesi o rinviati proprio in ragione della diffusione dell'agente patogeno – ad un momento più favorevole per questo o quel partito politico o candidato.

Riprendendo la suggestione del precedente paragrafo ha ancora senso parlare di separazione dei poteri secondo l'accezione di Montesquieu – che pur essendo imprescindibile ancor oggi per aversi uno Stato di diritto – era pensata in un mondo non con una complessità di gran lunga inferiore a quella presente. Non può ignorarsi che questo nuovo “potere” controlla profondamente, non solo le scelte dei singoli, ma influenza ed orienta le decisioni di governi e parlamenti, incapaci di decidere nel nome dell'interesse generale inseguendo momentanei interessi parziali.

L'indipendenza dell'un potere dalle altre serve a poco se poi esecutivo e legislativo singolarmente considerati subiscono forti pressioni esterne.

Ha ancora senso parlare di sovranità popolare in un contesto di informazione polarizzata e dove il rapporto fra chi governa e chi è governato si è trasformato in una relazione di “identificazione” più che di rappresentanza.

Del tutto illusoria appare la fiducia che il decisore sovranazionale anche nel recente Regolamento Europeo (*General Data Protection Regulation*) 2016/679¹⁵ all'art. 6, ripone nella prestazione del consenso preventivo come cardine della tutela della *privacy*.

Un siffatto strumento se da un lato rappresenta il presupposto legittimazione al trattamento dei propri dati personali non è in alcun modo in grado di garantire la conoscibilità piena dell'impiego che di essi ne verrà fatta. L'autorizzazione fornita dal cibernauta poteva funzionare solo in un ambiente digitale elementare.

Il consenso viene, infatti, prestato al “buio” dall'utente¹⁶ – moltissima occasione non è né libero né tantomeno consapevole visto che molti *providers* accordano l'accesso al servizio solo previa autorizzazione al trattamento dei dati – e anche colui che userà i dati non sa in anticipo quale impiego ne verrà fatto e, anche conoscendo l'eventuale uso futuro, nulla impedisce che la finalità del trattamento muti nel corso del tempo ovvero cambi in ragione dei successivi processi di combinazione realizzati dagli algoritmi.

¹⁵ Su tale aspetto ha indagato soprattutto la dottrina straniera *ex multis* L. EDWARDS, *Privacy, Law, Code and Social Networking Sites*, in (cur.) I. BROWN, *Research Handbook on governance of the Internet*, Edward Elgar, London, 2013, 324-327; R.F. JOERGENSEN, *The Unbearable Lightness of User Consent*, in *Internet Policy Review*, 4/2014, 1 ss., B. VAN ALSENOY-E. KOSTA-J. DUMORTIER, *Privacy notices versus informational self-determination: Minding the gap*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2 /2014, 185 - 203.

¹⁶ La felice espressione è di G. DE MINICO, *Big data e la debole esistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto Pubblico*, 1/2019, 92.

Lo strumento pure spesso invocato delle grandi *companies* dell'anonimizzazione o pseudonimizzazione dei dati appare del tutto inadeguato se la possibilità di re-identificare le informazioni aggregate è resa agevole dall'uso combinato dell'Intelligenza Artificiale e la tecnologia delle *Internet of things*¹⁷.

Tutti questi elementi compongono una quando non certo confortante se si aggiunge che, all'interno delle notizie caricate attraverso l'uso delle piattaforme, una cospicua quantità rientra nella categoria dati sensibili il cui trattamento è autorizzato solo attraverso un esplicito consenso.

Spesso accade che la legittima autorizzazione fornita per i dati personali – quali quelli relativi alla profilazione – conducono nel processo di trattamento con *machine learning* ad *outputs* in grado di ricomprendere anche informazioni rientranti in quelle considerate protette per le quali l'utente non ha prestato in alcun modo un consenso espresso.

L'introduzione della *privacy by design* o della portabilità dei dati che rappresentano un apprezzabile passo avanti da parte del decisore politico europeo sono misure timide e che si muovono ancora nella logica di un rapporto quasi paritario e binario fra utente e soggetti che fruiscono dei dati, mentre la presenza dell'intelligenza Artificiale ha di fatto modificato in maniera profonda il cyberspazio¹⁸.

Questi strumenti deboli di tutela del cittadino, pertanto, non sono in grado di contrastare gli altri profili problematici connessi allo sfruttamento dei *Big data* che incidono su diritti fondamentali tanto sul principio di uguaglianza gli altri due pilastri dello Stato di diritto.

4. Big data e tutela dei diritti fondamentali

Quanto alla sfida sui diritti fondamentali un buon punto di partenza sono le *app* di tracciamento per il contenimento del contagio.

Il nostro paese dopo numerosi ripensamenti circa la tipologia di applicazione da adottare – obbligatoria o facoltativa; la modalità di raccolta dati centralizzata o decentralizzata¹⁹ – ha messo a disposizione dei cittadini un modello di *contact tracing* che nonostante tutte le correzioni fatte in corso d'opera, desta moltissime perplessità. I dati caricati sono infatti dati relativi alla nostra salute e tutte le garanzie, da un punto di vista pratico, si rivelano insufficienti.

L'anonimizzazione o pseudonimizzazione, come detto, sono facilmente aggirabili vanificando le cautele che la disciplina europea richiede per il trattamento di dati sensibili come quelli che riguardano la salute.

¹⁷ Cfr. P. OHM, *Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization*, in 57 *Ucla Law Review*, 2010, 1701 ss. In ambito sovranazionale si è espresso anche ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, in [PDP Journals](#)

¹⁸ Sul punto ancora G. DE MINICO, *Big data e la debole esistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., 97.

¹⁹ Sul complesso percorso legislativo per la predisposizione dell'applicazione di tracciamento in Italia e sulle questioni irrisolte si veda C. PERLINGIERI, *Coronavirus e trattamento tecnologico: alcune riflessioni sull'applicazione e sui relativi sistemi di interoperabilità*, in [Actualidad Juridica Iberoamericana](#) n. 12, 12 mayo 2020.

L'impegno che i due giganti statunitensi hanno preso sulla distruzione dei dati conservati sui propri *server*, una volta cessata l'esigenza di tracciamento, seppure violato non sarebbe conoscibile ed eventualmente sanzionabile.

A prescindere dalle questioni più strettamente tecniche appare evidente che per come è stata configurata, nel nostro paese, l'applicazione appare inutile per l'esiguità della copertura raggiunta e dalla sua sostanziale inefficacia poiché la sola rintracciabilità del contagiato e dei suoi contatti senza essere seguita dall'esecuzione di tamponi rende superfluo il *tracing*.

Ma l'*app* di tracciamento è solo la punta dell'*iceberg*.

Un'attenta lettura dei documenti pubblicati sul sito del *Board* della protezione dei dati personali europeo, nel momento di maggiore confusione, concitazione e paura svela che è giunta una lettera della Missione degli Stati Uniti presso l'Unione Europea per ottenere il trasferimento, da parte di enti pubblici e privati, di dati sanitari dal nostro continente per finalità di ricerca a soggetti terzi.

In risposta alla domanda di autorizzazione all'invio delle informazioni²⁰ l'Autorità sovranazionale, richiamando l'art. 7 delle sue linee guida del 3/2020, ha concesso la trasmissione di *sensitive data* in materia sanitaria per agevolare la predisposizione di un vaccino anti Covid-19, previo consenso esplicito dell'interessato ai sensi dell'articolo 49 del Regolamento Europeo purché evidentemente si tratti di misure eccezionali²¹.

5. Big data e principio di uguaglianza

L'utilizzo come detto degli algoritmi e della possibilità di riconoscere singolarmente il soggetto titolare dell'informazioni sensibili pone una serie di questioni in ordine alla possibilità di discriminazione.

In questa ipotesi il *focus* si sposta sull'uso di *machine learning*.

La presunta, asetticità e neutralità della tecnica si scontra con un dato di fatto incontrovertibile: le innovazioni tecnologiche sono prodotte da umani e come tali condizionati dal *background* del soggetto che li programma e dunque anche da pregiudizi, imprecisioni, limiti.

D'altro canto, appare oramai sempre più chiaro che l'infallibilità delle macchine è un mito. Nessuna attività predittiva, per quanto sofisticata, può trasformarsi in preveggenza e dunque margini di errore anche infinitesimali sono sempre possibili. La probabilità di sbaglio è spiegabile anche dal modello di apprendimento per le macchine intelligenti basato su informazioni anche passate piene di preconcetti e approssimazioni.

Un uso massiccio di informazioni sensibili processate dall'Intelligenza Artificiale favorisce la cosiddetta medicina predittiva i cui effetti benefici per la salute umana sono conosciuti ma espone al pericolo di diventare un moltiplicatore di disuguaglianze già esistenti, attraverso il fenomeno della *cd. black box* espressione che sta ad indicare la

²⁰ EDPB, Response to the US Mission to the EU - 24/04/2020.

²¹ EDPR, Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak, al sito web [edpb](https://edpb.europa.eu), 12-13.

difficoltà anche per i programmatori di riconoscere i percorsi seguiti dagli algoritmi per produrre quel determinato risultato²².

Immaginiamo se le informazioni raccolte in questi mesi, sia attraverso i normali canali di collazionamento, sia le *app* di tracciamento sia i dati sanitari spostati negli Stati Uniti venissero rivenduti a società di assicurazioni – in Italia problema è sentito solo per il momento sentito marginalmente – le quali in virtù delle predizioni effettuate accorderanno la copertura contrattuale solo a quelle persone che per ragioni genetiche, ambientali, di condizioni sociali sono in grado di sviluppare un numero di patologie invalidanti molto basse²³.

Nessuno ci assicura che, in un non lontano futuro, le scelte tragiche – quali quelle di selezionare pazienti anziani o giovani vulnerabili per evitare il sovraffollamento delle terapie intensive già peraltro normalmente praticate ma che hanno suscitato un legittimo clamore durante la fase di picco pandemico – verranno decise da *machine learning*. Certo l'art. 22 della disciplina europea garantisce che la decisione pubblica automatizzata sia accompagnata dal supporto umano ma l'operatore sanitario potrà sempre affidarsi, soprattutto in momenti di grande fatica e disagio psicologico, alla scelta meno umanamente problematica e ritenuta più rassicurante dell'algoritmo.

6. Brevi riflessioni conclusive

La tecnica non è buona e né cattiva e non esiste una soluzione unica rispetto a temi così articolati e variegati.

Infatti, è possibile distinguere due piani di azione su cui dovrebbe orientarsi il decisore politico. Il primo è agire sui *Big data* nella loro dimensione collettiva²⁴ concentrando l'attenzione non solo sulla tutela della *privacy* affidata al debole utente che non può controllare, se non in minima, parte il destino delle proprie informazioni.

La prospettiva da assumere è quella che tenga conto del valore economico dei metadati nel loro insieme e dell'incidenza che essi producono sul corretto funzionamento del mercato.

Come per stampa e televisione, l'accentramento monopolistico determinava non solo una distorsione fra *competitors* ma altresì la violazione di un valore costituzionalmente garantito quale la libertà di informazione nella sua accezione più ampia.

Mutatis mutandis il ragionamento può valere anche per la realtà immateriale della Rete. Nel mondo di Internet vi è un movimento circolare e, peraltro vizioso, in cui

²² In generale il classico F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2015; più specificamente, sui rischi soprattutto nel campo della medicina, dell'uso dell'Intelligenza Artificiale C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), Special Issue 2/2019, 718.

²³ Tale preoccupazione era già stata segnalata da A. HOWARD-J. BORENSTEIN, *The ugly truth about ourselves and our robot creations: The problem of bias and social inequity*, in *Science Engineering Ethics*, 24/2018, 1521.

²⁴ Sul punto, sebbene in una prospettiva diversa, v. M.F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 4/2016, 663-664.

l'utente che fornisce i dati se li vede restituiti o utilizzati per fini non sempre corrispondenti alle ragioni per cui li aveva gratuitamente forniti. In questo rapporto apparentemente binario si colloca un terzo soggetto – i giganti del Web - che da questo processo ne ricavano guadagni alterando non solo la corretta competizione tra imprese ma incidendo significativamente sul gioco democratico, sull'equilibrio dei poteri mettendo in crisi anche i meccanismi di garanzia presenti nelle democrazie più consolidate.

Rompere questa catena è possibile attraverso gli strumenti del diritto *antitrust* – pur presenti nel diritto europeo – ma a patto di innovare logica applicativa attraverso l'utilizzo combinato diritto anticoncorrenziale e *privacy* in modo da tutelare entrambe i valori, in questo caso, non antitetici ma complementari²⁵.

Il secondo *focus* deve concentrarsi sull'Intelligenza Artificiale.

Da tempo ci si interroga sulla creazione di un'etica dell'*Artificial Intelligence*. Un argomento di certo suggestivo che pone però problemi molto complessi.

È difficile definire in maniera univoca e definitiva il termine "etica". Concetto che, in un mondo globalizzato, risente dei differenti approcci culturali che ogni comunità umana gli attribuisce e di cui non può non tenersene conto²⁶.

Si tratta di un filone di analisi che è solo agli albori ma ha il merito di aver avviato un dibattito grazie al quale si è preso coscienza che le scienze pratiche e dure non possono esaurire il complicato mondo dell'innovazione tecnologica²⁷. I documenti elaborati, da entità pubbliche sovranazionali e nazionali negli ultimi anni il sintomo di questa nuova attenzione ad un tema tanto affascinante quanto di difficile soluzione²⁸.

Una secondo possibile approccio è quella di rendere conoscibile il codice fonte dell'algoritmo.

Si insite oggi sulla necessità di una maggiore trasparenza da parte degli *Over the Top* sui meccanismi che sono alla base della scelta effettuate dalle macchine intelligenti.

Una soluzione quest'ultima parziale, non sempre praticabile che potrà essere bilanciata dal superamento o meglio integrazione di categorie giuridiche quali la responsabilità oggettiva per rischio di impresa - qualora l'effetto discriminante derivi dal cattivo utilizzo dei dati da parte dell'Intelligenza Artificiale - in nome del principio di uguaglianza che si antepone (o dovrebbe) sempre ai diritti economici.

Tale estensione consentirebbe l'intervento del giudice che potrà verificare se la scelta operata attraverso l'uso di *Artificial Intelligence* sia effettivamente discriminatoria superando anche il baluardo della tutela del diritto di proprietà intellettuale e la difficoltà di una decodificazione del linguaggio altamente tecnico, quale quello

²⁵ Tale soluzione viene individuata con ampie e profonde argomentazioni da G. DE MINICO, *Big data e la debole esistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., 97-98.

²⁶ Su questo specifico aspetto M. TADDEI- L. FLORIDI, *How AI can be a force for good*, in *Science*, 361/2018, Issue 6404, 751-752. Più di recente G. DE MINICO, *L'algoritmo giuridico è intelligente ma deve tener conto delle differenze*, [Il Sole 24 ore](#) del 22 giugno 2020, che sostiene appunto la necessità di una "biodiversità algoritmica".

²⁷ In tal senso P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Piccola Biblioteca Adelphi, Milano, 2018.

²⁸ Un resoconto dei numerosi lavori intervenuti sul tema è contenuto in S. QUINTARELLI-F. COREA-F. FOSSA-A. LOREGGIA-S. SAPIENZA, *AI: profili etici Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2019.

informatico, risolvibile grazie all'ausilio di specialisti, gli unici in grado di valutare se la macchina intelligente ha operato con logiche diseguali²⁹.

L'impiego dei modelli predittivi si rivelano, peraltro utilissimi in ben altri campi in cui il ruolo svolto dai *Big data* e dagli algoritmi sarebbero funzionali alla realizzazione dei valori di solidarietà ed eguaglianza.

Da tempo virologi ed epidemiologi hanno sottolineato la prevedibilità dei contagi. Sarebbe auspicabile utilizzare le potenzialità degli *machine learning* per ottenere, in tempi brevissimi, i dati sulla concentrazione di popolazione per alcune aree del territorio al fine di individuare possibili zone ad alto rischio di diffusione dell'agente patogeno. Insomma, una mappatura delle condizioni demografiche e sanitarie che, in futuro, potrebbero evitare la drammaticità della situazione in cui ci siamo trovati, oppure incentivare l'innovazione tecnologica nel settore dell'*healthcare management* in modo da realizzare, in campo sanitario, risultati virtuosi: una tutela effettiva del diritto alla salute grazie ad una migliore organizzazione complessiva ed una più razionale ed efficiente allocazione delle risorse. *Big data* e algoritmi possono essere un potente alleato per le future pandemie. Speriamo che la lezione di oggi serva anche per domani.

²⁹ Ancora G. DE MINICO, *op. cit.*, 99.

Interventi

Maria Francesca De Tullio

Solidarietà e Covid-19

ABSTRACT: This paper concerns the role of the “social solidarity”, provided by Art. 2 of the Italian Constitution, during the Covid-19 outbreak. It highlights a double track of interpretation. On the one hand, the emergency highlighted the Government’s inability to provide a proper legal framework for spontaneous civil solidarity, even more during the emergency. On the other hand, the tendency of derogatory regimes to exceed their measure, originally provided by the state of necessity.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto emergenziale dell’epidemia di Covid-19. – 3. Emergenza e solidarietà nell’analogico e nel digitale. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il lavoro si interroga sul ruolo della solidarietà sociale, di cui all’art. 2 Cost., durante l’epidemia del Covid-19, nonché sulla sua misura di attuazione nel quadro normativo previsto nell’emergenza. Sembra opportuno portare l’attenzione sul tema, in un contesto storico dove tale valore ha rischiato spesso di trovarsi schiacciato tra opposte reazioni dei Governi nazionali. Su un fronte, una visione iper-libertaria – e in molti casi soprattutto liberista – ha provato a fare leva sul concetto di ‘immunità di gregge’ per evitare di imporre misure di confinamento e blocco delle attività economiche; dal fronte opposto, una visione autoritaria, che ha risposto all’emergenza sanitaria dando ampio spazio ai provvedimenti amministrativi limitativi delle libertà, consentendo una discrezionalità tanto ampia da rendere labile il confine tra l’applicazione delle misure e gli abusi di polizia.

A questa tendenza dicotomica non ha fatto eccezione la risposta del Governo italiano, che ha interpretato il contesto con una semplificazione, che ha impedito di rispondere ai bisogni essenziali nati o cresciuti durante la pandemia. La situazione, benché complessa e articolata, è stata letta come uno scontro tra due valori, che la maggioranza ha scelto di interpretare come largamente prevalenti sugli altri: da un lato, la lotta al nuovo Coronavirus, dall’altro, la tutela delle libertà economiche. Solo con questa chiave si spiegano le scelte che hanno usato ampia flessibilità con le attività economiche e imprenditoriali, arrivando a limitare il diritto di sciopero di chi chiedeva condizioni di sicurezza con reddito garantito¹, ma hanno sacrificato la maggior parte dei servizi sociali – scuole, teatri, biblioteche, educative territoriali, centri antiviolenza, centri di riabilitazione... – e hanno mantenuto fermi i vincoli di stabilità interni, limitativi della spesa sociale.

¹ [COMMISSIONE DI GARANZIA DELL'ATTUAZIONE DELLA LEGGE SULLO SCIOPERO NEI SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI, Coronavirus, invito garante sospensione astensioni fino al 31 marzo](#), Comunicato stampa del 24/2/2020. A essa ha fatto seguito la Delibera di apertura del procedimento di valutazione del comportamento n. 20/89, del 26/3/2020, con riferimento allo sciopero generale proclamato il 21 marzo 2020 dall’Unione Sindacale di Base (USB).

In questo contesto, i Governi hanno fatto risuonare con forza l'appello al senso di responsabilità dei cittadini e delle cittadine, lasciando intendere che il contrasto all'epidemia dipendesse innanzitutto dall'ottemperanza alle norme dell'autorità. Questa formula, nel caso italiano, richiama direttamente i valori solidaristici di cui all'art. 2 Cost. Del resto, questi ultimi sono altresì alla base dell'art. 32, comma 2, Cost., che riguarda più strettamente la salute sotto l'angolo dell'interesse collettivo, e quindi consente la limitazione delle libertà qualora sia necessario per tutelare il diritto alla salute delle altre persone.

Nonostante ciò, il richiamo dei Governi a essere 'responsabili' solleva un problema irrisolto dello Stato sociale, divenuto ancora più urgente con il dramma pandemico. Da un lato, la Costituzione chiama tutte e tutti a farsi carico dell'interesse generale, sia imponendo il rispetto dei diritti fondamentali altrui – in base al principio solidaristico – sia incentivando le iniziative spontanee volte a farsi carico attivamente di questi bisogni e libertà, ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost. Dall'altro lato, però, lo Stato-apparato dovrebbe essere il primo responsabile di questi compiti, come prescritto dall'art. 3 Cost., che impone la rimozione degli ostacoli all'uguaglianza sostanziale. Di conseguenza, la sfida è quella di un intervento pubblico che valorizzi l'espressione e la risposta diretta ai bisogni e ai diritti sociali, ma sia anche deciso nella rimozione dei fattori di disparità. In altri termini, la sussidiarietà orizzontale – di cui al sopra menzionato art. 118 Cost. – deve essere lo spazio dell'autodeterminazione e della partecipazione alla cura dell'interesse generale, non un ricatto morale che costringe la comunità al compito improbo di sostituirsi a tutti i compiti che lo Stato lascia inadempiti. Ciò può avvenire solo se lo Stato-apparato adotta una concezione positiva della sussidiarietà orizzontale, interpretando l'atto di "favorire" l'iniziativa autonoma come un sostegno attivo².

Il tema è emerso con maggiore urgenza durante la pandemia. In primo luogo, il richiamo alla responsabilità dei cittadini ha fatto indignare chi da tempo denunciava che proprio lo Stato apparato si era a lungo sottratto alle proprie responsabilità sociali, procedendo negli anni a continui tagli e privatizzazioni della sanità pubblica³. In secondo luogo, l'appello è suonato quasi una beffa per tutte le persone che venivano costrette a recarsi sul luogo di lavoro senza adeguate protezioni, e chiedevano con forza che lo Stato intervenisse a tutelare la loro salute e al tempo stesso il loro reddito vitale.

Per altri versi, un diverso senso di responsabilità, nato interamente dal basso, ha indotto la solidarietà sociale ad assumersi oneri cruciali, nella ricerca di una terza via tra le due estreme, indicate sopra: una dimensione di cura che si preoccupasse di contenere

² A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2002, 66; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2011; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 2004. In tal senso, la sussidiarietà è intesa come un rapporto tra soggetti che si occupano entrambi dell'interesse generale: "questo significa che a livello costituzionale tra soggetti o organi operanti nell'ordinamento in base alla sussidiarietà deve essere prevista una certa interscambiabilità che, a partire dal basso verso l'alto, comporta una elastica individuazione delle peculiari competenze spettanti a ciascuna entità considerata" A. D'ANDREA, *La prospettiva della costituzione italiana e il principio di sussidiarietà*, in G. ARRIGO-A. D'ANDREA-B. SITZIA-T. TREU (curr.), *Principio di sussidiarietà. Europa, Stato sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

³ A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 122.

la diffusione del contagio, ma senza lasciare indietro nessuno e nessuna, facendo in modo che non siano le fasce già deboli a sopportare i costi più alti. Ad esempio, in molti casi le reti sociali e comunitarie si sono autorganizzate per la distribuzione di cibo e medicine alle persone malate, isolate o bisognose, per l'accoglienza ai senza tetto, il sostegno alle persone vittime di violenza di genere, l'autoproduzione di dispositivi di protezione individuali, la riconversione di *makerspace* per la produzione di maschere e dispositivi medici... Spesso, queste organizzazioni hanno coperto situazioni di bisogno di cui l'autorità non aveva neanche una mappatura, o a cui comunque non ha risposto per problemi formali o burocratici.

Da questo punto di vista, l'autorità ha avuto un atteggiamento ambiguo, che in parte ha ampliato i divari esistenti prima dell'emergenza. Infatti, attualmente il sostegno alla sussidiarietà orizzontale si muove soprattutto nelle maglie della legislazione sul terzo settore⁴, che impone, però, vincoli formali e burocratici particolarmente stringenti, i quali rischiano di tradursi in barriere per tante realtà sociali. Resta più raro, invece, il riconoscimento delle esperienze informali e autorganizzate, che scelgono di rimanere comunità aperte di mutuo aiuto, e rifiutano di entificarsi in singoli soggetti giuridici. Ebbene, come si vedrà, l'emergenza ha rischiato di incrementare tale divario, in quanto in alcuni casi ha dato spazio alle realtà formalizzate – come nel caso della distribuzione di pacchi alimentari finanziati dai Comuni – ma ha ostacolato le attività informali, che si sono trovate in situazioni di incerta legalità. Eppure, paradossalmente, queste ultime si sono fatte carico – a proprio rischio e pericolo – proprio di quelle situazioni più complesse, che lo Stato aveva lasciate fuori da ogni tutela, in quanto marginalizzate al punto tale da risultare invisibili all'autorità.

Tale contesto induce a riflettere su un doppio binario. Il primo è un tema strutturale: l'insufficiente attuazione dei diritti sociali e delle difficoltà nel riconoscimento delle esperienze collettive solidali. Il secondo è quello legato al diritto emergenziale, che tende a uscire dal seminato, provocando lesioni più ampie di quelle necessarie allo scopo di tutela.

2. Il contesto emergenziale dell'epidemia di Covid-19

Il contesto emergenziale generato dall'epidemia del Covid-19 ha visto una limitazione delle libertà personali, con deroghe alla gerarchia delle fonti, intesa anche come presidio della separazione dei poteri⁵. Il fenomeno è tipico degli stati di emergenza, in cui spesso l'Esecutivo vede ampliate le proprie potestà, in base al presupposto che esso sarebbe l'organo più rapido nelle decisioni e maggiormente capace di incorporare elementi tecnici nel processo deliberativo. Nel caso di specie, tale tendenza si è manifestata in forma estrema, in quanto il Presidente del Consiglio si è proposto come un "uomo solo

⁴ A oggi, il riferimento principale è dato dal c.d. Codice del terzo settore, d.lgs. 117/2017, attuativo della legge di delega n. 106/2006. La normativa è specificata in tema di impresa sociale dal d.lgs. 112/2017.

⁵ S. STAIANO, *Relazione al Convegno-webinar Stato di diritto, emergenza e tecnologia*, 4-5 maggio 2020, in RadioRadicale.it; M.C. GRISOLIA, *Rapporti tra i poteri ed emergenza*, in questo stesso volume.

al comando”⁶: l’utilizzo reiterato del d.p.c.m. ha mostrato la preferenza per un’azione solitaria, tale da non coinvolgere neanche l’intero governo.

Questo *modus agendi* è stato quanto meno discusso in termini di legalità costituzionale. Per molti versi, l’*iter* deliberativo adottato ha derogato a norme che dovrebbero essere inderogabili, anche durante il regime emergenziale⁷.

In primo luogo, è stata revocata in dubbio il rispetto della riserva di legge, che – come è stato notato – detta obblighi innanzitutto di sostanza, oltre che nella forma. Cioè, la fonte primaria non può limitarsi a una generale attribuzione di potere, ma deve determinare in prima battuta almeno le linee generali del bilanciamento tra valori costituzionali. In questo caso, la base legale che avrebbe dovuto giustificare l’uso del d.p.c.m. è stata la delega ampia contenuta nel d.l. 6/2020 e nel successivo d.l. 19/2020, che ha elencato le misure applicabili, ma non ha dettato dei criteri stringenti per la determinazione dell’entità dei sacrifici alle libertà. Peraltro, la Costituzione ha già previsto uno strumento derogatorio utilizzabile in caso di emergenza, che è quello del decreto legge, il quale – pur dando al Governo un ruolo eccedente l’ordinario – contempla comunque un necessario intervento delle Camere. Dunque, ancora meno si giustifica la scelta di ricorrere a una fonte inferiore, per un tema tanto essenziale nella vita giuridica del Paese.

In tale contesto, si aggiunga che il virus ha causato incertezza persino sulla possibilità stessa di garantire le regolari riunioni del Parlamento. Tale frangente è stato oggetto di ampio dibattito, in cui il voto elettronico è stato efficacemente proposto come soluzione possibile⁸, alternativa all’ipotesi di riunire il Parlamento in composizione ridotta, attraverso un’intesa tra i gruppi⁹.

Analoga problematica si è verificata a livello locale, con la delega ampia alle ordinanze contingibili e urgenti dei sindaci e soprattutto dei Presidenti della Regione¹⁰. Sicché, l’emergenza di fatto è stata frammentata per singoli territori, e all’interno di ciascuno ha ampliato i poteri del Presidente della Giunta regionale rispetto al Consiglio. In questo modo, si è verificato un ampliamento del personalismo della politica, che si era rivelato come una tendenza già presente nell’ordinamento, sin dall’approvazione della l. cost. 1/1999. Peraltro, sotto il vigore del d.l. 6/2020 lo strumento delegato ha superato ampiamente i limiti temporali previsti dalla norma sovraordinata, che l’aveva immaginato come uno strumento utilizzabile soltanto nelle more dell’attuazione del d.p.c.m.¹¹.

⁶ L. TRUCCO, *Relazione al Convegno-webinar Stato di diritto, emergenza e tecnologia*, 4-5 maggio 2020, in [Radio Radicale.it](http://RadioRadicale.it).

⁷ G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in questo stesso volume, § 2.

⁸ L. TRUCCO, *Democrazia e voto a distanza*, in questo stesso volume; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in Osservatorio costituzionale, 3/2020, 8.

⁹ Il tema è stato discusso nella Giunta per il Regolamento della Camera dei Deputati, il giorno 31 marzo 2020. Un simile disegno caratterizza la Proposta di legge costituzionale presentata dall'on. Ceccanti *et al.*: *Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*, C. 2452, presentata il 30/3/2020.

¹⁰ C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in Sistema Penale, 3/2020, 236 ss.

¹¹ Il riferimento è all’art. 3 del d.l. 6/2020.

In secondo luogo, si sono sollevati dubbi anche in merito alla riserva di giurisdizione, soprattutto in relazione alla misura della quarantena obbligatoria, imposta a chi avesse violato le norme di confinamento. Infatti, vi è chi ha identificato la *ratio* della misura come sanzionatoria, più che protettiva della salute, in quanto la legittimità o illegittimità della permanenza fuori casa nulla cambia rispetto all'esposizione al contagio. Di conseguenza, non si tratterebbe tanto di un presidio medico, quanto di una limitazione autoritativa della libertà personale, imposta senza un previo intervento del giudice, in violazione delle norme costituzionali¹².

La deroga alla separazione dei poteri si è accompagnata nella sostanza a un discutibile bilanciamento dei valori costituzionali, soprattutto con riferimento alla scelta di punire la violazione delle regole attraverso la sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. La fattispecie era già discussa per il fatto di rappresentare una norma penale 'in bianco', destinata a ricevere il suo contenuto, di fatto, dall'autorità amministrativa; a maggior ragione, lo è stata in questo caso, dove la previsione della fattispecie incriminatrice, di cui al d.l. 6/2020, è stata riempita di contenuto solo dai successivi d.p.c.m.¹³. Il decreto legge ha ampliato ulteriormente la fattispecie incriminatrice prevista dalla norma, in quanto ha esteso la sua applicazione anche alla violazione dei successivi d.p.c.m., che non hanno un carattere provvedimentale, bensì normativo¹⁴. Per di più, gli stessi d.p.c.m. non hanno determinato con chiarezza il presupposto dell'incriminazione, ma hanno utilizzato un linguaggio vago, che ha dato spazio a numerosi e discordanti interventi interpretativi dell'autorità centrale e delle Regioni. Tale aspetto chiama in causa altresì il principio di uguaglianza, in quanto espone a discriminazioni in cui diviene difficile rintracciare una coerenza applicativa, se si pensa alle differenze territoriali o semplicemente all'ampio margine di discrezionalità delle autorità.

Peraltro, è dubbia anche la proporzionalità delle misure, se è vero che la loro efficacia è stata minata in radice dalla riluttanza a fermare le attività economiche. Infatti, come è noto, la proporzionalità delle misure emergenziali si basa su un rapporto a due fattori: lo svantaggio recato a un valore e il vantaggio portato al valore contrapposto¹⁵. A parità di svantaggio, la riduzione del vantaggio – e quindi l'inefficacia delle misure – contribuisce a determinare la lesione del principio di proporzionalità. Ebbene, in questo caso per le imprese è stato previsto un regime di presunzioni molto più favorevole di quello dettato a favore delle libertà personali. Infatti, il d.p.c.m. 22 marzo 2020, che ha regolato la sospensione delle attività economiche, non ha previsto sanzioni penali per le violazioni, e ha consentito – con una semplice comunicazione al prefetto – la produzione degli impianti a ciclo continuo, cui l'interruzione avrebbe causato un grave pregiudizio all'impianto o un pericolo di incidenti. Inoltre, esso è stato criticato per aver identificato

¹² L. CASAROTTI, *Dalle denunce penali alle supermulte: le nuove sanzioni per chi cammina «senza motivo» analizzate da un giurista (spoiler: di dubbia costituzionalità)*, in [Giap](#), 3/4/2020.

¹³ G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in [Sistema Penale](#), 26/3/2020; C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus*, cit., 233 ss.

¹⁴ L. CASAROTTI, *L'emergenza per decreto*, in [Jacobin Italia](#).it, 13/3/2020.

¹⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – COURT (PLENARY), *Case of Klass and Others v. Germany*, Application no. 5029/71, 6/9/1978, punti 42, 50; CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA – GRANDE SEZIONE, *Digital Rights Ireland Ltd c. Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, 8 aprile 2014, punto 38.

le imprese esonerate dalla sospensione in base ai codici ATECO, invece che all'effettiva essenzialità delle produzioni. A tacer d'altro, questa scelta rappresenta una violazione della gerarchia che la Costituzione stabilisce tra i diritti: i diritti fondamentali dovrebbero ricevere la priorità rispetto alle libertà economiche. In termini di proporzionalità, essa ha rischiato, da un lato, di vanificare le misure predisposte, dall'altro di esporre i lavoratori e le lavoratrici al contagio, anche in aziende le cui produzioni non sono essenziali.

Infine, il dubbio di legittimità emerge soprattutto in relazione al rispetto del principio di uguaglianza¹⁶. Da tempo, la dottrina spiega come l'emergenza debba prestare particolare attenzione a questo principio, in quanto i regimi eccezionali possono facilmente tradursi nell'aggravamento della condizione di esclusione di chi è già in una posizione precaria. Infatti, le autorità hanno buon gioco a far pagare le conseguenze della crisi a chi è in posizione di minoranza o debolezza, e quindi pesa meno al momento delle scelte elettorali. L'uguaglianza sostanziale non fa eccezione a questo principio, perché in caso contrario il diritto eccezionale consoliderebbe posizioni escludenti, capaci di impattare sui diritti non meno delle misure repressive. Eppure, le disuguaglianze vi sono state, innanzitutto da un punto di vista territoriale¹⁷: in alcune Regioni, l'assenza di un'adeguata campagna di tamponi ha menomato le misure di confinamento, rendendo per ciò stesso sproporzionata la limitazione delle libertà. Dal punto di vista sociale, è chiaro che il danno è stato subito subito dalla cittadinanza in modo sostanzialmente disuguale, e si è abbattuto con maggiore forza su chi già prima dell'emergenza apparteneva a categorie deboli e discriminate¹⁸: donne che vivono episodi di violenza di genere, persone con condizioni abitative precarie, studenti e studentesse – anche con bisogni educativi speciali...

Da quanto scritto si può dedurre che l'emergenza – secondo un *trend* già esistente nel nostro ordinamento – ha dato priorità alle libertà economiche, rispetto ai diritti sociali.

3. Emergenza e solidarietà nell'analogico e nel digitale

In questa sede, si è scelto di soffermarsi in particolare sul ruolo dell'intervento diretto di cittadini, cittadine e abitanti, che si sono attivati per reagire alla situazione descritta. Queste esperienze si sono trovate in difficoltà a causa di un'altra caratteristica di questa emergenza, che – forse più di altre – ha causato un'inversione del rapporto regola-

¹⁶ Sul giudizio di legittimità alla luce dell'art. 3 Cost.: G. SERGES, *Questione di legittimità costituzionale alla stregua del principio di eguaglianza ed individuazione del tertium comparationis*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, 3-27.

¹⁷ In realtà, queste differenze riflettono un fenomeno più generale e strutturale del nostro contesto nazionale, caratterizzato da una profonda disuguaglianza tra nord e sud: M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale: Alla ricerca del parametro plausibile...*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 3-2003, 614; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale: Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, versione provvisoria, 83 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo Online*, 1-2019, 18-19.

¹⁸ M. D'AMICO, *L'emergenza sanitaria e i diritti dimenticati*, in questo stesso volume, § 5.

eccezione rispetto al tempo ordinario. Cioè, normalmente in tema di diritti fondamentali vige la presunzione di massima espansione: le libertà si espandono finché non è prescritta un'eccezione in modo particolarmente stringente. Nel caso dell'emergenza, le limitazioni sono tante e tali da invertire questa relazione. Nella fattispecie, come è noto, la libertà di circolazione è stata limitata in linea di principio, e i successivi d.p.c.m. hanno individuato in modo tassativo i casi in cui tale diritto poteva, invece, essere esercitato.

Questa strategia normativa comporta un rischio per il sistema costituzionale, in quanto può facilmente scivolare nell'illegittimità. Infatti, essa impone al decisore politico elencare specificamente i casi in cui la libertà può essere esercitata, con il rischio che questi dimentichi le attività e i gruppi di interesse con cui ha minori relazioni, o che non rientrano immediatamente nella sua agenda. Nel caso di specie, l'inversione regola-eccezione sarebbe stata probabilmente giustificabile, alla luce delle peculiarità di queste emergenze; tuttavia, avrebbe richiesto una cautela attiva del Legislatore rispetto alle realtà marginalizzate che normalmente escono dalla visuale dell'autorità, innanzitutto per una ridotta capacità di quest'ultima di essere presente nelle situazioni di bisogno sociale. Invece, tale attenzione non vi è stata, in quanto il Legislatore si è occupato soprattutto degli aspetti produttivi e riproduttivi, lasciando in una zona grigia le attività di solidarietà, di cui pure lo Stato apparato si è avvalso per rimediare alla crisi.

I casi più estremi sono quelli che riguardano le realtà sociali informali, che non sono espressamente previste e riconosciute dalla legge. Qui, il mancato riconoscimento non avviene perché esse siano socialmente dannose, ma perché le esperienze comunitarie si muovono spesso più rapidamente degli strumenti giuridici, nell'immediatezza della risposta alle esigenze dei territori. In questo senso, esse rappresentano a volte l'avanguardia di come il diritto stesso potrebbe evolversi, per consentire un avvicinamento delle istituzioni ai bisogni degli e delle abitanti. Ebbene, in questa fase di emergenza i movimenti informali – che in tempi normali sono liberi di agire in virtù della presunzione di massima espansione dei diritti – si sono trovati improvvisamente nell'illegalità. Si tratta di esempi presentati spesso come virtuosi: orti urbani, orti sociali, mercati contadini, gruppi di acquisto solidali, spazi sociali utilizzati come appoggio a queste attività, etc. Ad esempio, in molti luoghi, una medesima attività di trasporto e vendita di generi alimentari, certamente consentita alla grande distribuzione, è stata lasciata in un limbo normativo quando svolta all'interno dei circuiti solidali. In altri termini, i d.p.c.m. non hanno autorizzato espressamente queste pratiche, che in molti casi sono state vietate dalle autorità locali, o comunque non esplicitamente permesse. Quindi, esse si sono svolte pur essendo potenzialmente esposte all'illegalità o all'arbitrio amministrativo.

Al di là di questi casi estremi, si è verificato comunque un difetto di interazione dell'autorità con realtà dell'economia sociale e solidale che hanno svolto un'attività di interesse generale complementare a quella pubblica. In tutti questi casi, le realtà hanno scontato un difetto di attenzione da parte dell'autorità, che si è tradotto nell'incertezza legale e burocratica circa l'ammissibilità di tutti i relativi spostamenti e attività.

Il tema descritto ha avuto una forte rilevanza anche con le piattaforme online, e in particolare con i programmi *open source*. In questo caso, trattandosi di un ambiente

digitale, il problema non è stato tanto quello dei divieti alla circolazione, quanto quello dell'assenza di supporto da parte del soggetto pubblico rispetto alle realtà solidali.

Appena scoppiata la pandemia, con le conseguenti misure di confinamento, singole persone e realtà collettive e organizzate – ivi incluse le realtà sociali, ma anche le stesse istituzioni pubbliche – si sono trovate a dover trasferire le proprie attività su piattaforme digitali¹⁹. Nel caso delle amministrazioni e dei servizi pubblici, la preoccupazione è stata quella di trovare strumenti affidabili – anche con grandi numeri – e integrati con tutte le funzioni utili allo svolgimento del lavoro. Nel caso delle persone singole e realtà sociali, si è determinata la ricerca di soluzioni economicamente accessibili, utilizzabili anche da persone con minore alfabetizzazione o con dispositivi e reti aventi ridotte prestazioni; inoltre, con la digitalizzazione di un numero ancora maggiore di attività della vita quotidiana, si è posto il tema della *privacy* e del trattamento dati, nonché della riservatezza delle comunicazioni.

Tutte queste esigenze sarebbero state facilmente risolvibili se il pubblico avesse investito, sin dal tempo ordinario, nelle piattaforme *open source*, che rendono pubblico il proprio codice fonte, e quindi consentono a chiunque di osservare e replicare il funzionamento del *software*²⁰. Queste piattaforme mettono a disposizione di tutte e tutti servizi economici e liberi, e in molti casi le relative organizzazioni mettono anche dei propri *server* a disposizione delle comunità, per far funzionare i programmi. Già da tempo, la dottrina ha segnalato come l'impiego di programmi *open* possa consentire una maggiore democrazia digitale, in quanto permettono di verificare il funzionamento della piattaforma e – a patto di avere le competenze tecniche – anche adottarne versioni modificate. Inoltre, si è osservato che l'utilizzo di questi strumenti da parte della pubblica amministrazione – oltre che contribuire alla trasparenza della funzione pubblica – consentirebbe di ridurre i costi e migliorare il reciproco apprendimento istituzionale²¹.

Come è avvenuto *offline*, l'istituzione pubblica ha spesso lasciato che questi strumenti crescessero in nicchie di attivisti/e ed esperti/e, e rispondessero da soli all'esigenza di programmi economicamente accessibili, come avviene, ad esempio, con l'uso di *Libre Office* in luogo delle alternative proprietarie a pagamento. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, questa attività è svolta da organizzazioni che lavorano in modo volontario, coprendo i relativi costi con il reinvestimento dell'avanzo delle attività

¹⁹ Sulla "smaterializzazione" dei diritti sociali, cfr. P. BILANCIA, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in questo stesso volume.

²⁰ In questa sede il termine *open source* è utilizzato, per semplicità, in senso ampio, comprensivo di tutto il mondo di quello che più specificamente è definito *Free/Libre Open Source Software*. In questa sede, non risulta necessario approfondire la distinzione, su cui si veda, per tutti: R. STALLMAN, *Why Open Source misses the point of Free Software*, al sito web [Il Sistema Operativo GNU](#).

²¹ C. DAFFARA-J.M. GONZALEZ-BARAHONA, *Open Source Software for Open Government Agencies*, in D. LATHROP-L. RUMA (curr.), *Open Government*, cit., 347-349. Cfr. LA QUADRATURE DU NET ET AL., *Le « gouvernement ouvert » à la française : un leurre ?*, *LaQuadrature.net*, 5/12/2016, 3 ss.; C. LAGE in REDAZIONE DI *PARIS INNOVATION REVIEW*, *Civic Techs – 2 – Quel modèle économique?*, in [Paris Innovation Review](#), 8/3/2017; V. CHAPUT, *La civic-tech française risque de se détourner de la création des biens communs numériques*, in [Open Source Politics](#), 6/12/2016; C. LEGROS, « Civic Tech » : des applis pour doper la démocratie en ville, in [Le Monde](#), 14/7/2016.

remunerate, oppure con campagne di donazioni e *crowdfunding*²². In questo caso, si ripresenta di nuovo un mal inteso concetto di sussidiarietà orizzontale, in cui l’iniziativa spontanea dal basso finisce per sostituire l’iniziativa pubblica, invece che stimolarla e completarla. Invece, proprio questo principio – come spiegato in precedenza – deve essere letto in combinato disposto con l’articolo 3, comma 2, della Costituzione, e invitare il soggetto pubblico a un sostegno attivo di queste esperienze, con mezzi economici, competenze, infrastrutture, o quanto altro sia adeguato alle esigenze concrete²³. Durante l’epidemia del Covid-19, queste piattaforme *open*, normalmente impegnate a promuovere e diffondere l’uso dei propri *software*, si sono trovate a sperimentare malfunzionamenti a causa del sovraffollamento, e quindi sono dovute correre ai ripari, migliorando le proprie prestazioni. In alcune ipotesi sono arrivate anche a chiedere di non utilizzare i propri *software*, per evitare un carico eccessivo. È il caso dei servizi Framasoft, sulle cui pagine *web*, nel periodo della pandemia, è stato espressamente scritto che “Framasoft non è un servizio pubblico, e non intende sostituirsi a esso. È un’associazione ex l. 1901 i cui servizi sono risorse comuni. Possono essere utilizzate da persone che, spesso, non hanno altri mezzi [...] Abbiate cura di non monopolizzare questa risorsa affinché resti condivisa”. Chiaramente, si è trattato di una soluzione emergenziale, dettata soprattutto dall’insufficienza dei *server* impiegati dalle organizzazioni *open source*. Questi ultimi, messi a disposizione in modo libero all’utenza, si sono trovati incapaci di ospitare i volumi di traffico richiesti. Eppure, l’Amministrazione avrebbe potuto rispondere a un ampio bisogno sociale – in tempi ordinari come in stato d’eccezione – attraverso la messa a disposizione di *server* alla comunità in modo gratuito, o quanto meno il sostegno alle organizzazioni che svolgono questa prestazione. Inoltre, avrebbe potuto essa stessa dotarsi di *server* capaci di ospitare *software open source*, evitando l’acquisto di piattaforme proprietarie o private, che non garantiscono trasparenza nel trattamento dei dati personali, e comunque comportano una moltiplicazione della spesa. Infatti, le licenze d’uso di un *software* proprietario vanno acquistate per ogni utenza e per ogni periodo d’uso; invece, un programma *open source* può essere utilizzato gratuitamente in modo illimitato, e reso più affidabile attraverso un investimento in infrastrutture.

4. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni svolte, l’auspicio è che l’emergenza dia lo spunto per immaginare un nuovo quadro che consenta di adottare un’accezione positiva della

²² N. EGHBAI, *Roads and Bridges: The Unseen Labor Behind Our Digital Infrastructure*, 64-65; J. LERNER-J. TIROLE, *Some Simple Economics of Open Source*, in *The Journal of Industrial Economics*, L, 2/2002, 212-223; M. GREGG, *Hack for good: Speculative labour, app development and the burden of austerity*, in *The Fibreculture Journal*, 25/2015, 192; N. ENDRISAT, *Hackathons: A field of dreams for ‘collaborative innovation’*: A review of recent studies, in *Entreprendre & Innover*, 38, 3/2018, 75; H. GUILLAUD, *CivicTech : la démocratie a-t-elle un modèle économique ?*, in *Internetactu.net*, 15/12/2016. Per una panoramica sugli strumenti di remunerazione del lavoro immateriale, diversi dalla proprietà intellettuale: D. BAKER-A. JAYADEV-J. STIGLITZ, *Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century*, July 2017, 8-26.

²³ H. GUILLAUD, *CivicTech : la démocratie a-t-elle un modèle économique?*, cit.

sussidiarietà orizzontale, attraverso un sostegno attivo, che si traduce innanzitutto nel riconoscimento giuridico e nella predisposizione di norme adeguate, ma sicuramente anche nel sostegno materiale delle esperienze, attraverso risorse economiche, infrastrutture, competenze o mezzi.

In tal senso, è necessario un criterio di riconoscimento quanto più possibile sostanzialistico, accessibile a tutte le potenziali comunità attive. In secondo luogo, si auspica un programma di sostegno stabile e strutturale, tendente a infrastrutturare il settore, dotandolo di competenze, piattaforme e luoghi di incontro, al fine di accrescerne la resistenza e resilienza, in occasione di traumi come quello descritto fin qui. L'obiettivo è che le energie delle comunità, certamente più vicine ai titolari e alle titolari dei bisogni, siano impiegate per la ricerca continua verso un avanzamento della solidarietà e l'immaginazione di nuove istituzioni, liberate dalla necessità di surrogarsi ai compiti che lo Stato lascia inadempiti. In alcuni settori e aree, le organizzazioni dal basso hanno mostrato una conoscenza del territorio e delle persone bisognose ben più ampia di quella delle anagrafi istituzionali, e questo ha consentito una risposta più pronta all'emergenza, ancorché limitata nei mezzi. L'imprevedibilità dell'emergenza Covid-19, insieme alla sua proroga nel tempo – e potenzialmente reiterazione, in caso di una seconda ondata – insegna al Legislatore che la risposta all'urgenza deve essere di cura, prima che di repressione, e necessita di un approccio proattivo alla sussidiarietà orizzontale, tale da creare un disegno preventivo, capace di rafforzare le iniziative solidali a partire dal tempo ordinario

Laura Grimaldi
Progresso tecnico-scientifico alla prova dell'emergenza

ABSTRACT: This paper introduces some brief considerations regarding the relationship between technical and scientific knowledge, on one hand, and political decision, on the other one. The main idea developed hereby is that the progress of science and technology will be achieved in compliance with the values of the rule of law only by promoting the proactive role of democratic and representative institutions.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il valore costituzionale del progresso tecnico-scientifico. – 3. Conoscenze tecnico-scientifiche e decisione politico-normativa: tra incertezza e responsabilità. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La pandemia da Covid-19 ha sottoposto lo Stato di diritto all'azione costante di due forze convergenti: l'emergenza e la tecnologia.

Da un lato, sull'altare dell'emergenza sono stati sacrificati due fondamentali pilastri della *rule of law*: il principio di legalità sostanziale e la separazione dei poteri¹. Dall'altro, l'uso sempre più pervasivo della tecnologia, imprescindibile mezzo di avvicinamento virtuale in risposta al distanziamento sociale, ha imposto un ripensamento sulle finalità ultime cui orientare la regolazione dello sviluppo di scienza e tecnica, lungo i binari tracciati dalla Costituzione².

Nell'ambito delle numerose implicazioni di ordine costituzionale che il progresso tecnico-scientifico pone allo Stato di diritto³, si intende, in questa sede, circoscrivere tale breve intervento intorno al rapporto, assai problematico e apparentemente di difficile risoluzione, tra decisione politica e conoscenze tecnico-scientifiche⁴.

2. Il valore costituzionale del progresso tecnico-scientifico

Sin dalle prime notizie sulla pericolosa e rapida circolazione del virus, abbiamo assistito a una evidente centralità della scienza, che ha occupato spazi tradizionalmente

¹ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 2020/I, 218;; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020; G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da una esperienza dolorosa*, in *Micromega*, 3 aprile 2020.

² Si richiamano qui le parole della Presidente Marta Cartabia: "La costituzione sia bussola per gestire l'emergenza", M. CARTABIA, *La Costituzione una bussola nell'emergenza. Non c'è diritto speciale per tempi eccezionali*, intervista di L. Milella, in *la Repubblica*, 28 aprile 2020.

³ I numerosi temi sono stati oggetto di discussione nel corso del *webinar* "Stato di diritto – Emergenza e Tecnologia", di cui si raccolgono gli atti in questo stesso volume e ai quali si rinvia per gli opportuni approfondimenti.

⁴ Cfr. il contributo di F. G. PIZZETTI in questo stesso volume.

lasciati alla politica. Basti pensare agli aggiornamenti dell'andamento epidemiologico⁵, appuntamento quotidiano delle ore 18.00 durante la fase 1, in cui alla costante presenza di commissari tecnici si contrapponeva l'assenza di rappresentanti politici.

Una assenza, percepita ancor più tristemente, nelle aule del Parlamento, che si sono riunite a ranghi ridotti dopo giorni di accesi dibattiti circa il *modus operandi* da adottare per garantire la continuità dei lavori parlamentari nel rispetto delle opportune misure precauzionali⁶, mentre all'estero si registravano esperienze differenti⁷.

In tale scenario, le evidenze scientifiche sono diventate il presupposto fondamentale delle decisioni politiche, condizionandone il contenuto.

Invero tra le primissime osservazioni che sono state compiute sui fenomeni in atto, si è commentato con disappunto il protagonismo della comunità scientifica, evidenziando con timore misto a preoccupazione una traslazione di potere verso gli scienziati⁸. Prima di soffermarci sul peso determinante assunto dato tecnico-scientifico nella gestione della situazione pandemica, è bene richiamare sinteticamente l'inquadramento costituzionale del fenomeno tecnico-scientifico, guardato con favore dal Costituente⁹.

Invero, l'art. 9 della Costituzione attribuisce rango di principio fondamentale al progresso tecnologico e scientifico¹⁰. La scienza e la tecnica, infatti, sono considerati importanti strumenti di sviluppo sia della persona sia della comunità in generale¹¹.

Pertanto, la Costituzione ha investito la Repubblica del compito di intervenire a sostegno dello sviluppo tecnico-scientifico, garantendone la necessaria libertà di ricerca e di insegnamento¹². Tale libertà va intesa come diritto di manifestare liberamente il

⁵ I resoconti delle Conferenze stampa sono consultabili sul sito del Ministero della Salute, al portale "[Nuovo Coronavirus](#)".

⁶ Circa le varie posizioni sul punto, v. M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, in [Il Manifesto](#), 31 marzo 2020; V. LIPPOLIS, *Camere, voto a distanza no grazie. La presenza in aula resta essenziale*, in *Il Dubbio*, 1 aprile 2020; C. FUSARO, *Meglio niente Parlamento o un Parlamento Smart?*, in [LibertaEgale](#), 15 marzo 2020; S. CURRERI, *Voto a distanza in Parlamento: precedenti non lo impediscono affatto*, in [laCostituzione.info](#), 16 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Il Parlamento difeso con il voto a distanza*, in [Il Sole 24 ore](#), 16 marzo 2020.

⁷ Si pensi, ad esempio, al Parlamento europeo, dove il 26 marzo 2020 si è svolta la prima sessione plenaria con voto a distanza, v. A. GAGLIARDI-A. MARINI, *Coronavirus, La prima volta del voto a distanza a Bruxelles: ecco come funziona*, in [Il Sole 24 ore](#), 24 marzo 2020. Per un approfondimento sulle prospettive comparate v. la "Nota breve" n. 180/2 - Aprile 2020 del Servizio studi del Senato della Repubblica: R. DI CESARE-M. MERCURI (curr.), *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: casi di Francia, Germania e Spagna (Aggiornato al 6 aprile 2020)*, in [Associazione ex Parlamenari della Repubblica](#), 8 aprile 2020.

⁸ A. FARANO, *La Repubblica degli Scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), special issue 1/2020, 587.

⁹ Si richiama l'attenzione all'interessante dibattito che animò la Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente circa il carattere universale della scienza e la necessità di renderla indipendente da condizionamenti esterni, soprattutto da parte dei pubblici poteri. V. *Atti Ass. Cost.*, seduta plenaria del 28 aprile 1947, 3343 ss.

¹⁰ A. MERUSI, *Articolo 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975; M. CECCHETTI, *Articolo 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, Utet, Milano, 2006.

¹¹ Sull'accezione antropologicamente orientata del progresso tecnico-scientifico si rinvia all'intervento di F. G. PIZZETTI in questo stesso volume.

¹² La promozione della ricerca e del valore tecnologico riecheggia nella giurisprudenza costituzionale, in particolare v. la sentenza [29 dicembre 2004, n. 423](#) in cui la Corte costituzionale afferma che "la ricerca

proprio pensiero in materia scientifica¹³, da cui deriva il contrapposto divieto da parte del soggetto pubblico di condizionarlo nei suoi contenuti e nei suoi fini¹⁴.

Naturalmente l'*humus* costituzionale prevede e ammette limitazioni alla richiamata libertà, attraverso l'intervento del legislatore, quale esito di un ragionevole bilanciamento con altri valori costituzionali. La promozione della ricerca scientifica e tecnologica, difatti, non potrebbe mai considerarsi un valore assoluto: se così fosse, vi sarebbe il pericolo di un diritto tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche riconosciute dalla Costituzione, incompatibile con la natura sistemica della loro tutela¹⁵, corollario del pluralismo valoriale consegnato nella Carta costituzionale. Ne consegue, dunque, che l'avanzamento della ricerca scientifica e tecnologica incontrerà nel rispetto della dignità umana¹⁶ un limite invalicabile, impostazione comune anche al patrimonio assiologico sovranazionale¹⁷.

3. Conoscenze tecnico-scientifiche e decisione politico-normativa: tra incertezza e responsabilità

Nell'ambito della cornice costituzionale prima tratteggiata, occorre rilevare il ruolo svolto dalla tecnica e dalla scienza nell'assunzione delle decisioni normative.

scientifica deve essere considerata non solo una 'materia', ma anche un 'valore' costituzionalmente protetto (artt. 9 e 33 della Costituzione)".

¹³ La libertà dell'arte e della scienza e del loro insegnamento si inscrivono nella più generale libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost, rispetto alla quale, tuttavia, godono di una tutela "privilegiata", come afferma E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 3 ss.

¹⁴ V. E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2015, 5; l'Autore, su questo specifico punto richiama la [sent. 12 marzo 1976, n. 57](#) nella quale la Corte costituzionale definisce l'autentica portata dell'art. 33 come che consiste nel: "consentire all'arte ed alla scienza di esteriorizzarsi, senza subire orientamenti ed indirizzi univocamente e autoritativamente imposti".

¹⁵ Emblematiche in tal senso le parole di [Corte cost. sent. 9 maggio 2013, n. 85](#) (c.d. caso Ilva), in cui si fa riferimento alla necessità di bilanciare i diritti in conflitto, par. 9 considerato in diritto: "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 ed in potenziale conflitto tra loro' ([sentenza n. 264 del 2012](#)). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

¹⁶ Sul valore essenziale della dignità quale nucleo irriducibile del principio personalista e limite invalicabile anche rispetto alla prevalenza degli interessi collettivi su quelli individuali, v. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007*, al [sito web dell'AIC](#), l'Autore asserisce che: "[...] l'art. 32 della Costituzione italiana ammette che la legge possa prevedere trattamenti sanitari obbligatori, ma impone altresì che "in nessun caso" essi possano violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Anche quando l'interesse pubblico giunge al massimo grado di intensità, il nucleo essenziale della dignità deve rimanere intatto".

¹⁷ Si pensi alla *Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla bioetica e i diritti umani* che qualifica la dignità della persona e i suoi diritti fondamentali come valori preminenti agli interessi della scienza. In analoghi termini si esprime anche il diritto eurounitario nell'assumere la dignità umana quale fondamento dell'Unione (art. 2 TUE).

Con riguardo alla legislazione *science-based*, è stata determinante l'attività della Corte costituzionale¹⁸, che a più riprese ha indicato al decisore politico le coordinate della sua discrezionalità. Tali margini di apprezzamento possono definirsi "mobili", in quanto variano in relazione alla certezza delle conoscenze scientifiche su cui si fonda la soluzione normativa adottata.

Invero, al maggior grado di evidenza del dato tecnico, soprattutto se largamente condiviso dalla comunità scientifica, si accompagna una minore discrezionalità politica. Tale impostazione si coglie emblematicamente in una nota decisione del 1998¹⁹, in cui la Consulta veniva chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità relativa alla ragionevolezza della normativa penale che opera una differenziazione tra intossicazione cronica da sostanze stupefacenti o alcoliche e abitudine nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti. In quella sede, la Corte rilevò a chiare lettere che il legislatore pecca di irragionevolezza quando la sua scelta confligga palesemente con i "sicuri fondamenti scientifici" da cui essa trae origine.

Viceversa, quando le conoscenze scientifiche sono incerte, la discrezionalità politica è più ampia, tanto da determinare l'astensione della Corte in merito alle valutazioni compiute dal legislatore. In questi termini si sono pronunciati i giudici della Consulta in merito al divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni cd. "sopranumerari"²⁰. Difatti, la questione di legittimità veniva rigettata anche a causa dall'assenza di linee guida specifiche e uniformi che accomunassero e rendessero omogeneo il dibattito scientifico sul tema.

Dalle brevi considerazioni svolte sotto il profilo della giurisprudenza costituzionale, emerge che nelle materie caratterizzate da elementi di natura tecnico-scientifica sia esperibile un vero e proprio "giudizio di ragionevolezza scientifica delle leggi"²¹, nel quale la scienza e la tecnica fungono da "parametri interposti"²², che influenzano le valutazioni del *decision-maker*.

Tuttavia, è da rilevare che le acquisizioni scientifiche, pur condizionando gli apprezzamenti del legislatore, non dovrebbero considerarsi dei "dogmi indiscutibili"²³ e insuperabili. Invero, giova sottolineare che sempre più di frequente la comunità

¹⁸ Cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (cur.), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 6 ss.

¹⁹ [Corte cost. 16 aprile 1998, n. 114](#), con nota di L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.* 1998, 965 ss.,

²⁰ [Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84](#). Sulla sentenza v. i commenti di: M. D'AMICO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2/2016; C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 2/2016; E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 giugno 2016.

²¹ Ci si riferisce in particolare a S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4/2009, 817 ss.

²² C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2/2016.

²³ In tal senso si esprime R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indisponibilità della vita umana ed il principio di autodeterminazione*, in P. MACCHIA (cur.), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico*, E.S.I., Napoli, 2012, 54.

scientifica viene interpellata per chiarire nodi problematici in materie da sottoporre a regolazione normativa. Nondimeno, spesso essa non è in grado di esprimere posizioni certe e univoche, presentando al contrario tesi divergenti.

L'incertezza del sapere in campo scientifico poggia su diverse variabili che vanno rintracciate nella crescente complessità delle conoscenze, negli esiti spesso imprevedibili della ricerca, ma anche nella mancanza o nell'esiguità di dati su cui sviluppare la ricerca. Tale incertezza si riflette inevitabilmente sulla posizione del decisore politico, il quale, pur in presenza di posizioni non unanimemente condivise, è tenuto a compiere la scelta normativa²⁴.

Proprio in relazione ad aspetti cruciali del nuovo Coronavirus, non sono mancate incertezze scientifiche. Basti pensare all'intenso dibattito circa l'uso e il tipo di mascherine idonee a prevenire il contagio, all'incidenza dei contagi da contatto delle superfici, all'attualissima questione sul carattere stagionale del virus. Si pensi, inoltre, alla pluralità di terapie adottate dai medici nei vari presidi ospedalieri ovvero all'attendibilità dei test diagnostici di tipo sierologico, che hanno richiesto la pubblicazione di una circolare *ad hoc* da parte del ministero della Salute, in sinergia con il Comitato Tecnico Scientifico.

Infine, è stato riscontrato un alto grado di incertezza anche nelle direttive emanate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, ad esempio, in merito alla necessità di effettuare tamponi solo per i soggetti sintomatici, sebbene vi siano state evidenze di contagiosità anche in coloro che non manifestano sintomi e, da ultimo, quando ha ritenuto non più raccomandato il doppio tampone negativo per certificare la guarigione da Covid-19 e porre termine all'isolamento dei pazienti.

Tale situazione ha fatto emergere un dato inconfutabile: lo statuto epistemologico della scienza risulta inidoneo a dare certezze definitive. Al contrario, le conoscenze scientifiche si caratterizzano per il loro fondamento empirico e necessariamente mutevole, elementi potenzialmente in contrasto con l'esigenza di certezza del diritto.

Tuttavia, occorre rilevare che le opinioni divergenti del sapere tecnico-scientifico non devono considerarsi necessariamente un male per la democrazia; sotto tale aspetto sono state illuminanti le parole rilasciate in una recente intervista dal Professore Gustavo Zagrebelsky, il quale ha affermato efficacemente che: "se la scienza si pronunciasse all'unanimità in nome di una verità assoluta e indiscutibile, non ci sarebbe nulla da fare se non ubbidire. Buona cosa è che la scienza prospetti argomenti, ma poi la scelta è responsabilità della politica"²⁵.

Ne deriva che il connubio tra scienza e tecnica, da un lato, e politica e diritto, dall'altro, evoca una preminente esigenza di responsabilità e trasparenza da parte di chi assume decisioni normative, specie quando queste pongono limitazioni ai diritti e alle libertà della persona, come nel caso delle misure adottate per limitare il diffondersi della pandemia da Covid-19.

Invero, il profilo della responsabilità merita una specifica attenzione, consapevoli che non è questa la sede per una compiuta trattazione, ci limitiamo a sottolineare che le

²⁴ Cfr.: F. PUZZO, *Progresso bio-tecnologico, personalismo costituzionale e diritto alla vita*, in S. GAMBINO (cur.), *Inizio e fine vita tra etica, scienza e diritto*, Periferia, Cosenza, 2013.

²⁵ V., G. ZAGREBELSKY, *Chi dice costituzione violata non sa di cosa sta parlando*, intervista di S. TRUZZI, in [il Fatto Quotidiano](#), 1 maggio 2020.

errate indicazioni tecnico-scientifiche non possono esimere il legislatore dal compiere la scelta normativa²⁶, che pur poggiando sui dati tecnico-scientifici va temperata anche alla luce di valutazioni politiche, che tengano conto della cornice sociale, etica, economica di riferimento.

Con riguardo agli interventi legislativi in materia di contrasto alle malattie infettive si pensi all'esempio tedesco. La Germania, pur presentando attualmente numerosi focolai di dimensioni non trascurabili, non ha raggiunto finora un livello di pressione sul sistema sanitario tanto grave, come è accaduto in Italia. Probabilmente, ciò si deve anche al fatto che il Parlamento tedesco ha adottato circa venti anni fa una normativa federale specifica nella lotta contro gli eventi pandemici²⁷, poi opportunamente aggiornata in occasione della diffusione del nuovo agente patogeno.

Tra gli scopi principali della "*Infektionsschutzgesetz*" vi è quello di individuare precocemente eventuali *cluster* di infezioni e prevenirne la diffusione, ma anche di disciplinare l'organizzazione del sistema sanitario nelle situazioni di emergenza.

L'esempio tedesco mostra in maniera emblematica, *in primis*, la prevedibilità dei fenomeni di zoonosi²⁸ e, conseguentemente, pone dubbi sulle ragioni che hanno spinto la nostra classe politica a non aver acceso il dibattito parlamentare e, dunque, a legiferare su un tema tanto importante in termini di tutela della salute dei cittadini.

Peraltro, l'esigenza di responsabilità si avverte anche in altri settori dei pubblici poteri, per i quali lo sviluppo tecnologico, in particolare dell'Intelligenza Artificiale (AI), costituiscono un fattore sempre più determinante. Invero, il ricorso a strumenti di AI suscita grande interesse per la riflessione giuridica²⁹, soprattutto quando tali sistemi sono posti a base di decisioni, cd. decisioni algoritmiche, che incidono sui diritti della persona e che potenzialmente alterano il tradizionale rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

Quanto all'impiego degli algoritmi nei settori pubblici, giova considerare che tali *software* vengono adoperati soprattutto al fine di compiere valutazioni predittive in

²⁶ Cfr.: F. G. PIZZETTI in questo stesso volume. L'autore definisce la legislazione caratterizzata da elementi tecnico-scientifici come l'esito di una "discrezionalità mista". Si è parlato anche di "co-produzione" del diritto, al fine di indicare il ruolo attivo svolto dalla comunità di tecnici e scienziati nella formazione normativa, v. M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2012, 313 e ss.

²⁷ Legge federale, del 20 luglio 2000 ([*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen o Infektionsschutzgesetz – IfSG*](#)). In merito cfr. S.BALES-H.-G. BAUMANN-N. SCHNITZLER, *Infektionsschutzgesetz: Kommentar und Vorschriftensammlung*, Kohlhammer, Stoccarda, 2019.

²⁸ Sul punto, illuminanti le osservazioni di A. PATRONI GRIFFI in questo stesso volume.

²⁹ Senza alcuna pretesa di riassumere in questa sede un tema di così ampio respiro si rinvia a: G. DE MINICO, *Internet. Rules and Anarchy. The test of algorithms*, in [*Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*](#), in [Consulta Online](#), 28 aprile 2020, e in corso di pubblicazione in A. D'ALOIA - J. YOO - E. RAFFIOTTA, per la Berkeley Law School Press; C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1/2019, 177 e ss.; C. SALAZAR, *Umano, troppo umano...o no? Robot, androidi e cyborg nel "mondo del diritto" (prime notazioni)*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1/2014, 255 e ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), 1/2019, 63 e ss.; D.U. GALETTA-J.C. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in [Federalismi.it](#), 2019, 60; M. BASSINI-L. LIGUORI-O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (cur.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018.

sede giudiziaria e amministrativa, plasmando una mole ingente di dati secondo la propria logica di funzionamento.

Pertanto, gli algoritmi si prestano a svolgere un ruolo rilevante nell'assunzione di decisioni che vanno dal provvedimento che dispone l'assegnazione degli insegnanti alle sedi di servizio³⁰, alle valutazioni del rischio di recidiva del soggetto sottoposto a procedimenti penali³¹.

A fronte delle molteplici applicazioni di strumenti di intelligenza artificiale nei più disparati settori della vita, riecheggia negli interventi regolatori in materia, soprattutto in quelli di matrice eurounitaria³², l'esigenza di assicurare l'intervento umano nel corso della procedura automatizzata, quello che per gli anglosassoni è noto come *human in the loop*. Esso è concepito come un fondamentale strumento di garanzia e trasparenza della decisione, funzionale ad assicurare l'esercizio di numerosi altri diritti, come quello di ottenere una partecipazione del destinatario al procedimento algoritmico *ex ante*, prima che la decisione sia assunta, e infine di agire in giudizio, *ex post*, per contestarne l'esito³³.

Del resto, medesime considerazioni sono da rintracciare nelle argomentazioni dal Consiglio di Stato³⁴ che, pur ammettendo con favore l'uso dell'algoritmo nell'esercizio della funzione amministrativa al fine di ottimizzare l'iter procedimentale in termini di efficienza e neutralità, enfatizza il rilievo fondamentale di due elementi di garanzia da osservare quando si utilizzano algoritmi in sede decisoria. Tali sono, in particolare, la piena conoscibilità del *software* in tutti i suoi aspetti "secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza", in modo da assicurare la sindacabilità della decisione robotizzata, a cui si aggiunge l'esigenza di individuare il soggetto responsabile, secondo il principio di legalità, a garanzia dell'imputabilità della decisione algoritmica al titolare del potere autoritativo.

4. Conclusioni

Le osservazioni sulla forte interazione tra conoscenze tecnico-scientifiche e decisioni politico-normative (interazione, questa, emersa con grande enfasi nel contesto di

³⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³¹ Il riferimento al tristemente noto caso *Loomis*, cfr: *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, (2015AP157-CR, 5 April-13 July 2016). L'entità della pena comminata a un cittadino afroamericano è stata determinata anche in base alla valutazione compiuta dal Software COMPASS, poi rivelatosi discriminatorio. V. L. ANGWIN-J. LARSON-S. MATTU- L. KIRCHNER, *Machine Bias*, in [Propublica](#), 23 maggio 2016; M. HAMILTON, *The biased algorithm evidence of disparate impact of hispanics*, in *Am. Cr. L. Rev.*, 56(4)/2019, 1557 e ss.

³² Ci si riferisce al Regolamento UE 2016/679 (GDPR), che, specie agli artt. 12, 13, 14 e 22, sancisce il diritto di "di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato" e, in caso contrario, impone al legislatore nazionale di assicurare un livello minimo di garanzie, non derogabili *in peius*, tra le quali deve esservi "almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione".

³³ Con riferimento al cd. "statuto dei diritti digitali" si *rinvia* alla relazione introduttiva di G. DE MINICO in questo stesso volume e della stessa Autrice, *L'algoritmo giuridico è intelligente ma deve tener conto delle differenze*, in [Il Sole 24 ore](#), 22 giugno 2020.

³⁴ V., in particolare: Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

emergenza da Coronavirus) sollevano interessanti questioni in relazione alla tenuta dello Stato democratico-rappresentativo.

Sotto questo profilo si ritiene essenziale assicurare il rispetto della democrazia rappresentativa disegnata dal Costituente. Ciò richiede, *in primis*, che sia ripristinata la centralità del Parlamento³⁵.

L'Assemblea legislativa, in quanto organo costituzionalmente necessario e investito di legittimazione democratica, va garantita nella sua continuità operativa, soprattutto nelle fasi emergenziali che impongono forti limitazioni dei diritti e delle libertà costituzionalmente protetti. Pertanto, al fine di attribuire un significato concreto alla responsabilità politica che investe i rappresentanti dei cittadini si ritiene essenziale che siano le aule parlamentari, i cui lavori si svolgono nel rispetto del requisito della pubblicità, la sede naturale e principale in cui discutere e assumere le decisioni che incidono sulle situazioni soggettive tutelate dalla Costituzione.

La centralità del Parlamento, dunque, va recuperata anche nel caso di scelte normative aventi fondamento tecnico-scientifico, instaurando un dialogo virtuoso tra politica e ricerca scientifica mediante la valorizzazione del contributo di tecnici e scienziati al servizio dell'attività legislativa.

In definitiva, la giuntura tra scienza e tecnica, da un lato, e politica e diritto, dall'altro, non può attuarsi senza l'effettiva presenza del Parlamento. In tal modo, si intende perseguire due obiettivi: il primo, che le conoscenze tecnico-scientifiche siano poste al servizio della comunità; il secondo, che il progresso di scienza e tecnica si avveri nel rispetto dei valori democratico-rappresentativi posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale.

³⁵ Sul punto, nel dibattito giornalistico v. i commenti di M. VILLONE, *Il parlamento nella spirale di due crisi*, in [Il Manifesto](#), 15 marzo 2020 e di G. DE MINICO, *La Costituzione, le clausole eccezionali e la libertà delle persone*, in [Il Sole 24 ore](#), 7 aprile 2020. In questo stesso volume, *ex multis*, v. il contributo di M. C. GRISOLIA e altrove, con toni diversi, v. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020 e M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, N. ZANON-F. BIONDI (curr.), *Percorsi e vicende attuali e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 109 e ss.

Francesca Niola
Il paradigma della proporzionalità
nel confronto tra obblighi vaccinali e l'app Immuni

ABSTRACT: *The essay analyzes the relationship between new technologies and protection of health. On this point, the "Immuni" app becomes an opportunity for discussion as it poses two fundamental problems: the data is based on statistics and the use is totally voluntary.*

For this reason, a comparison with the vaccination requirement is necessary to understand the real effectiveness of the app to protect health.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il rapporto con l'obbligo vaccinale – 3. L'app Immuni: la riflessione tra volontarietà dell'utilizzo e rin-tracciabilità dei dati – 4. Conclusioni.

1. Premessa

L'impiego di nuove tecnologie finalisticamente orientate alla tutela della salute pone rilevanti problemi per l'ordinamento sotto molteplici aspetti: la privacy, l'efficacia di tali strumenti rispetto all'obiettivo, le fasi di messa a punto delle applicazioni e, naturalmente, la natura pubblica o privata del soggetto gestore cui consegue la precipua responsabilità.

Tali considerazioni sono diventate ancor più rilevanti durante l'emergenza Covid-19, la cui gestione ha posto la necessità di approfondire le possibili declinazioni dell'utilizzo delle tecnologie digitali sui diritti sociali e, *in primis*, sul diritto alla salute ex. art 32 Cost.

Senza impelagarsi in complessi, seppur avvincenti, percorsi di definizione sistematica del diritto in parola all'interno della vocazione sociale dello Stato, si ritiene comunque necessario focalizzare l'attenzione sulla doppia definizione offertane dalla Costituzione di "diritto individuale" e, al contempo, "interesse della collettività". È un *unicum*: in nessun'altra disposizione costituzionale è esplicitata, negli stessi termini e con tale forza, la polivalenza di un diritto.

La tipicità intrinseca ai provvedimenti emanati durante l'emergenza Covid-19, ovvero la predisposizione di strumenti in grado di limitare il contagio del virus e dunque di ridurre la pericolosità rispetto al bene della vita, ha permesso di guardare alla tutela della salute in chiave finalistica, quale criterio orientativo e giustificativo *ex se* delle scelte del decisore politico, tuttavia, elevando questo orientamento a unica chiave di lettura del fenomeno pandemia, si rischia di attestarsi su posizioni superficiali, privandosi della possibilità di cogliere la vivacità della materia.

La salute diventa così anche banco di prova e parametro di efficienza rispetto a tali decisioni: il terreno di gioco è il rapporto tra precauzionalità e proporzionalità delle misure alla luce della tutela del diritto alla salute, quale interesse collettivo.

Sul punto un'efficace occasione di riflessione è rappresentata dall'app Immuni ed in particolare rispetto a due elementi di essa endemici: la natura probabilistica del dato e la volontarietà dell'utilizzo. Ci si chiede quindi se, poste tali condizioni, sia efficacemente

garantito il diritto alla salute nella componente solidaristica fondamentale che ne è propria.

2. Il rapporto con l'obbligo vaccinale

Per rispondere a tale quesito è necessario volgere lo sguardo a situazioni in cui la natura collettiva del diritto alla salute è fonte di un vero e proprio dovere per il cittadino: l'obbligo vaccinale.

Esso è diventato oggetto di un d.l. n. 73 del 2017 poi convertito nella legge n. 119 del 2017, giustificato dalla "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica e di assicurare il costante mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale".

Per la questione in esame rilevano due elementi fondamentali: da un lato la fonte legislativa dell'obbligo vaccinale e dall'altro il fatto che questo sia posto come conseguenza della sintesi e bilanciamento della libertà di autodeterminazione del singolo con il diritto/dovere di tutelare la salute pubblica.

La fonte legislativa è naturalmente legata alla funzione parlamentare che in tale contesto non deve apparire scontata: è competente il legislatore nazionale non solo in conseguenza di una prescrizione costituzionale risultante dalla combinazione dell'art 32 Cost con il 117 Cost, ma perché il Parlamento è e resta il luogo della ponderazione degli interessi, della rappresentanza collettiva e il luogo in cui è stato assorbito il grande dibattito metagiuridico circa l'obbligo vaccinale e i pericoli, proprio per la salute, che esso potenzialmente contiene. A prescindere da traduzioni politiche mediatiche, a volte anche esagerate, risalta ancora quel dialogo che ha messo in discussione la sicurezza stessa dei vaccini: esso si è caratterizzato, nel suo volto più saggio, come un dialogo *tra* le scienze in cui il diritto ha dovuto confrontarsi con le indicazioni della medicina¹, della biologia e persino dell'economia.

Il fondamento giuridico della legittimità dell'obbligo vaccinale è riscontrabile proprio nel legame che lega la precauzionalità² della decisione alla proporzionalità delle misure. Ciò è realizzato attraverso degli elementi cardine della materia elaborati e progressivamente chiariti dalla giurisprudenza costituzionale³ e amministrativa⁴.

Innanzitutto, l'obbligatorietà del vaccino è parametrata alla efficacia di questo al contrasto di epidemie e sostenuta dall'impiego di valutazioni scientifiche. Se si guarda infatti al *Piano nazionale vaccini 2005-2007*, nato dalla Conferenza permanente per i

¹ Interessante il contributo di I. BELLONI, *Diritto, Scienza, opinione pubblica. Considerazioni a margine del caso delle vaccinazioni obbligatorie in Italia*, in *Ius et Scientia*, 4/2018, 149 ss.

² S. AGOSTA, *Il legislatore e il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale*, in *Consulta OnLine*, 2017/II, 380.

³ *Corte cost.*, n. 5 del 22 novembre 2017 e P.P. DAL MONTE, *Immunità di legge. I vaccini obbligatori tra scienza al governo e governo della scienza*, Imprimatur, 2018.

⁴ Cons. Stato, Adunanza Sez. Speciale, 20 settembre 2017 e TAR Lombardia, sez. distaccata di Brescia, 05 aprile 2018, ordinanza n. 133.

rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano⁵ si nota una tendenziale, annunciata attenuazione del distacco tra le vaccinazioni cd. obbligatorie e quelle cd. raccomandate, percepite automaticamente dagli utenti come “non necessarie” da realizzarsi con una strategia volutamente chiamata “di persuasione”, volta alla sensibilizzazione della cittadinanza da parte delle ASL (in particolare per la tutela dei minori).

Al contrario, il legislatore del 2017 ha superato tale impostazione vocandola quasi totalmente alla obbligatorietà e dunque alla imposizione.

Alla base di tale decisione sembra esservi la necessità di intervenire sulla materia, peraltro con norma d’urgenza, dettata forse proprio dal sentore di un pericolo di possibile sbilanciamento (e quindi perdita del controllo) degli interessi in gioco troppo a favore dell’autodeterminazione del singolo; a questa si aggiunga anche una rivalutazione delle risultanze medico-scientifiche, degli elementi statistici e persino delle procedure di controllo sui farmaci che assicurerebbe una maggiore sicurezza oltre che un miglior risultato. Sul punto proprio la Corte costituzionale nel 2018, con [sentenza n. 5](#), pare aver posto in essere un *revirement* rispetto a posizioni precedenti riconoscendo il ruolo della statistica e delle valutazioni medico-scientifiche nella disciplina delle forme di accesso alle terapie vaccinali⁶ intese quale fondamento giustificativo di una “discrezionalità tecnica” del legislatore nell’attività di immunizzazione della cittadinanza⁷.

Altro aspetto fondamentale che oggi riguarda l’obbligo vaccinale consiste nel necessario sforzo di coerenza che la normativa in materia realizza verso il principio di precauzione, sia in punto di sicurezza del farmaco e sia di adempimento di un corrispondente dovere informativo della persona da parte del potere pubblico. La particolarità di questo obbligo informativo consiste nel fatto che esso risulta dal temperamento di necessità persuasive, volte ad ottenere il consenso e ad assicurare l’utente, e esigenze di radicamento della obbligatorietà della pratica medica, la cui realizzazione comunque non è mai posta in discussione. Ne risulta una peculiare forma di “consenso informato⁸” che non lascia spazio alla scelta del singolo ma tende ad assorbita in esigenze di carattere collettivo e generale. L’autodeterminazione della

⁵ Atto n. 2240 del 2005.

⁶ Sul problema della istruttoria della Corte si segnala C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interessi della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 12 aprile 2018, 2.

⁷ È bene ricordare quanto afferma la Corte la quale sottolinea che “l’elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell’obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso”, ciò vuol dire che *rebus sic stantibus* il legislatore è ugualmente onerato di una rivalutazione dell’obbligo al variare delle condizioni di fatto, seppur sempre accompagnate da elementi scientifici a sostegno: una sorta di “clausola di necessario aggiornamento”.

⁸ Il servizio studi della Camera dei Deputati ha elaborato un interessante dossier intorno al tema del consenso informato in rapporto alla salute, sottolineando come “il diritto alla salute contempla una generale libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, attribuendo al singolo il diritto ad una piena conoscenza dei trattamenti sanitari, al fine di poter scegliere consapevolmente quale cura adottare o addirittura se ricorrere o meno ad una cura” Camera dei Deputati, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, Servizio Studi, XVII legislatura, 14 gennaio 2019.

persona viene quindi bilanciata con la tutela della salute collettiva, espressa dall'obbligo di sottoporsi a vaccini.

Sin dalla [sentenza 307/1990](#) la Consulta esplicita che l'obbligo vaccinale è sostenuto da un generale "dovere di solidarietà, quale momento di equilibrio tra l'autonomia individuale nell'esercizio del diritto fondamentale alla salute e la misura di un legittimo intervento autoritario in vista del perseguimento dell'interesse generale ad un'efficace profilassi".

La recente giurisprudenza afferma che "i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall'art. 32 Cost.), anche l'interesse del minore, da perseguirsi anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli. Il contemperamento di questi molteplici principi lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo".

Ciò pertanto realizza pienamente il paradigma precauzionalità-proporzionalità.

3. L'app Immuni: la riflessione tra volontarietà dell'utilizzo e rin-tracciabilità dei dati

Diversamente succede per il trattamento dei dati mediante il sistema di *contact tracing* su cui si fonda l'app Immuni, promossa dalla iniziativa congiunta del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, del Ministro dello Sviluppo Economico, del Ministro dell'Università e Ricerca⁹ e di cui oggi è titolare il Ministero della Salute ai sensi dell'art.6 d.l. n. 28/2020.

Innanzitutto è bene sottolineare una differenza fondamentale tra l'obbligo vaccinale e l'app Immuni: mentre il primo, come si è cercato di evidenziare, consegue ad una valutazione tecnico-scientifica che fonda la decisione legislativa a tutela della salute pubblica, l'app, nonostante le sue molteplici criticità, consiste in un mero sistema di allerta dell'utente circa la possibile (e non probabile) esposizione al rischio di contagio a seguito del tracciamento pseudonimizzato dei suoi soli contatti (giammai degli spostamenti) al fine di ricostruire la cd. "catena" di relazione dei soggetti positivi al virus.

Ciò che rileva per la questione in esame è l'assoluta volontarietà dell'utilizzo di tale strumento e la natura probabilistica, non scientifica né certa, dei dati che vengono trasmessi all'utente che decide di sottoporvisi. Il Garante della Privacy ha affermato infatti che "l'applicazione, installata liberamente e volontariamente dagli interessati, consente di avvisare tempestivamente gli utenti di essere entrati in contatto stretto con un soggetto risultato positivo al Covid-19, fornendo raccomandazioni sul comportamento da assumere e invitandoli a consultare il proprio medico. Accanto a tale

⁹ La *fast call* che ha dato avvio alla realizzazione dell'app è inserita nel progetto Innova per l'Italia: la tecnologia, la ricerca e l'innovazione in campo contro l'emergenza Covid ed è [reperibile](#) sul [sito web del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione](#).

meccanismo, è prevista la raccolta di ulteriori dati dai dispositivi degli utenti (c.d. *analytics*) per fini di sanità pubblica, contribuendo, nel contempo, a migliorare il funzionamento del Sistema di allerta Covid-19¹⁰.

Lasciando a ulteriori occasioni di approfondimento il tema appassionante della tutela del dato personale in rapporto alla protezione della salute, ci si deve chiedere se affidare *in toto* alla discrezionalità del singolo la tutela della salute pubblica sia una scelta proporzionata e realmente efficace. Infatti, la natura probabilistica del dato per l'utente che riceve la comunicazione di allerta insieme alla sua volontaria accettazione di scaricare l'app, al trattamento in forma aggregata dei dati pseudonimizzati e l'assenza di una specifica previsione normativa (seppur precaria come in un decreto legge) non assicurano che l'utente si sottoponga successivamente al tampone.

La risposta a tale quesito trova occasione, ma non soluzione, nel contesto emergenziale data la sua straordinarietà e la conseguente necessità per uno Stato di predisporre anche *ex ante* strumenti in grado di prevenire e contrastare fenomeni pericolosi.

Ci si trova nuovamente dinanzi alla scelta tra autodeterminazione del singolo e tutela della salute in quanto interesse collettivo, tuttavia questa volta mancano alcuni elementi: dal lato del potere pubblico manca la ponderazione dei dati scientifici che potrebbe fondare una decisione che renda obbligatorio l'utilizzo dell'app¹¹. Per realizzare questa ponderazione si renderebbe ugualmente necessario il ricorso a elementi tecnici, di stampo medico, che attualmente e specificamente per la patologia Covid-19 sono ancora in fase di elaborazione, tuttavia ciò non può impedire la ricostruzione di un'indagine epidemiologica che volga alla ricostruzione della catena dei contagi, poiché proprio la propagazione del virus è elemento di valutazione della sua pericolosità. Quindi il problema è altrove.

L'altro elemento mancante, rispetto a quanto definito per l'obbligo vaccinale, è quel particolare richiamo al "consenso informato", ma "guidato" verso la realizzazione di un interesse superiore. L'app è costruita in modo che l'utente sappia precisamente la sorte dei suoi dati: conosce il funzionamento del meccanismo, il regolamento privacy ed egli è persino informato del fatto che è totalmente libero di inviare, come di non inviare, la segnalazione di positività al Sistema sanitario nazionale, qualora egli scopra di aver contratto il virus. Tuttavia, manca l'imputazione della responsabilità del singolo a vantaggio della collettività; essa non deve per forza consistere in un precipuo riconoscimento dell'obbligo di scaricare l'app, di valersene quotidianamente e secondo le prescrizioni legislative. In altre parole, si ritiene non bastevole la semplice campagna

¹⁰ Garante della Privacy, Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 – App Immuni - 1° giugno 2020 Registro dei provvedimenti n. 95 del 1° giugno 2020.

¹¹ Si veda in proposito la stuzzicante intervista alla prof. G. DE MINICO, *Emergenza coronavirus: l'App Immuni. Intervista alla costituzionalista* - Radio Radicale del 20 Aprile 2020, in cui, per la prima volta, viene posta l'attenzione sui confini della volontarietà di "Immuni". Per una riflessione generale intorno al rapporto tra app, privacy e diritti fondamentali alla prova della democraticità del sistema istituzionale si veda G. DE MINICO, *La App Immuni e la democrazia*, [Il Sole 24 ore](#) del 22 Aprile 2020.

di sensibilizzazione annunciata dal Governo¹², ma, al contrario, se proprio si ritiene fondamentale l'utilizzo dell'applicazione in esame, parrebbe necessaria quantomeno la definizione di un sistema persuasivo, simile a quello utilizzato per l'obbligo vaccinale, che riporti la scelta dell'individuo nel sistema dei diritti e dei doveri collettivi.

A ciò si aggiunga un ulteriore elemento: l'utilizzo, seppur efficace, dell'app non impone al soggetto, allertato di essere entrato in contatto con un positivo, di sottoporsi al tampone. Se rimane in piedi quanto finora affermato, ne discende che la stessa sottoposizione al trattamento sanitario esplorativo non è adeguatamente sostenuta né da una prescrizione normativa né da una semplice sollecitazione. La remissione all'autonomia determinativa del soggetto è giustificata tanto dalla natura probabilistica del dato e tanto dalla pseudonomizzazione dei dati, che non dovrebbe permettere al gestore di rintracciare e identificare i contagiati. A ben vedere nulla vieterebbe, però, che venga comunque elaborato dal legislatore un obbligo per il singolo quantomeno di sottoporsi alla verifica del tampone, soprattutto in seguito ad auspicabili miglioramenti dell'app che descrivano e rappresentino meglio la maggiore probabilità di esposizione al contagio. In altre parole, nel bilanciamento tra l'autodeterminazione del singolo e il dovere di tutelare la salute collettiva, l'utilizzo del *contact tracing* nei termini descritti dal Decreto del 30.04.19 n.28 galvanizza il primo di detti interessi.

4. Conclusioni

Restano in piedi le obiezioni sottolineate anzitempo dalla dottrina¹³ circa la necessità di “una cernita (dei dati tra infetti e non infetti, ugualmente tracciati dall'app) però (che¹⁴) si potrà, anzi si dovrà, fare in un momento successivo, quando le autorità competenti avranno accesso a dati. In questa fase saranno trasmessi loro solo i dati delle persone che hanno contratto il virus (...) Ancora nelle questioni attinenti al fine rientra l'interrogativo se l'esito dell'algoritmo si risolverà in una decisione esclusivamente automatizzata o si limiterà a essere una parte di un processo volitivo umano che assume l'algoritmo, ma al tempo stesso lo supera”.

Qualora si verificasse quanto in precedenza definito, si eluderebbe quel principio di reciprocità e parità degli interessi primari cristallizzato nella celeberrima sentenza “ILVA” ([Corte cost. n. 85/2013](#)), la quale ricorda che non esiste una “primazia” tra gli interessi fondamentali¹⁵, bensì che questi devono essere oggetto di bilanciamento da parte del legislatore.

¹² Il problema dell'emergenza ha posto in evidenza anche i rapporti tra i poteri dello Stato e si è D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova della forma di stato e forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 630 ss.

¹³ G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in [la Repubblica](#), 3 aprile 2020.

¹⁴ Corsivo dell'Autrice.

¹⁵ [F. PASSANANTI, Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni](#), in [Consulta OnLine](#), 2018/II, 482, nel commentare l'ultimo approdo della giurisprudenza costituzionale in materia afferma che “quando si parla di vaccinazioni entrano in gioco una serie di diritti e doveri costituzionali che necessitano di un reciproco contemperamento ed in questo contesto al legislatore spetta un margine di discrezionalità sul come proteggere la comunità dal rischio di diffusione di malattie infettive”.

Maria Orefice
L'app Immuni: salute, *privacy* e trasparenza

ABSTRACT: This article examines the implications of the government's COVID-19 contact tracing app on the rule of law and the fundamental rights of citizens. In particular, the policymaker has intervened in the second step on the design of the COVID-19 alert system and the Supervisory Authority has authorized the processing of personal data, skipping to carry out the necessity and proportionality tests. The work also examines the impact of the compression of the right to transparency on the tracking system and on the verifiability, in general, of the Government's choices in times of emergency, which requires the openness of the Public Administrations' information. Finally, we address the issue about the attitude of technology companies to overruled the decisions of sovereign democratic countries.

SOMMARIO: 1. Premessa: le questioni giuridiche sottese al sistema di tracciamento nazionale. - 2. Il *background* normativo e l'abdicazione delle fonti *secundum ordinem*. - 3. Il disco verde del Garante su Immuni: alcune considerazioni mancate. - 4. L'emergenza e la prescrittività costituzionale di un regime *openness*. - 5. Conclusioni.

1. *Premessa: le questioni giuridiche sottese al sistema di tracciamento nazionale*

Per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, il Governo italiano, seguendo l'esempio di Singapore¹, ha deciso di adottare un sistema nazionale di tracciamento digitale.

L'apparato di *contact tracing* prescelto permette di allertare tramite gli smartphone le persone entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi al virus SARS-CoV-2. L'obiettivo è quello di garantire la sicurezza, tutelare la salute dei cittadini e prevenire l'ulteriore diffondersi del virus.

Questa decisione ha scatenato un acceso dibattito in dottrina tra i sostenitori della presunta "innocuità" dell'app promossa dall'Autorità Pubblica e gli studiosi più critici.

Nella *querelle* i primi hanno sostenuto che i vari servizi di navigazione, assistenza vocale, *social networking* offerti dalle società tecnologiche, quali Google, Facebook, Amazon, non sarebbero più sicuri o meno invasivi del tracciamento digitale votato a un interesse pubblico; i secondi hanno mostrato reticenze per il potere autoritativo dell'app governativa che sarebbe idonea a realizzare – diversamente dalle *Big Tech* – obblighi e divieti in capo a chi la utilizza² e, allo stesso tempo, sarebbe suscettibile di restringere in modo sproporzionato le libertà fondamentali.

¹ L'app "TraceTogether" si basa sulla stessa tecnologia di Immuni. Per approfondimenti si rimanda a [TraceTogether](#).

² Sia consentito riportare il caso di una cittadina barese, risultata poi negativa al tampone effettuato a sue spese, "costretta" dall'app Immuni a 15 giorni di autoisolamento a seguito di un *alert*. Cfr. M. SECLÌ, Bari, «prigioniera» di Immuni: «Costretta alla quarantena dall'app, ma non mi fanno il tampone», in [la Gazzetta del Mezzogiorno.it](#), 20 giugno 2020.

Il sistema di tracciamento nazionale sacrifica *in primis* il diritto alla protezione dei dati personali. La privacy ha ormai abbandonato la sua origine dominicale sulla sfera privata del singolo per assumere una valenza mutevole che in funzione della natura dei dati e delle finalità perseguite la spinge a espandere di volta in volta una matrice diversa che la traduce in *associational privacy*; in *physical privacy*; *informational privacy*; *decisional privacy*; *intellectual privacy*³ prima di fare i conti con altri interessi.

Sul terreno di gioco c'è anche la salute pubblica⁴ che, nel caso specifico, si è espansa fino a comprimere quello alla protezione dei dati personali al minimo indefettibile.

Chiariamo subito che nessun diritto è assoluto ma ciascuno è comprimibile, salvo il suo contenuto essenziale – variabile e relativo – ed espressione del valore assoluto della dignità che rappresenta lo strumento per condurre il *judicial review* sugli atti normativi statali⁵.

Questa precisazione è necessaria per evidenziare che quando si scontrano l'interesse pubblico, legato al contrasto della pandemia e la tutela della sfera individuale, quest'ultima è suscettibile di compressione a favore di un interesse preminente, come ha ben evidenziato l'*European Data Protection Board* nelle Linee Guida sul *contact tracing*⁶.

Questo però non equivale ad annullare *ipso iure* le garanzie intangibili dello Stato di diritto che delineano l'autore deputato a svolgere il bilanciamento e la sede che deve ospitarlo nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità del trattamento – oltre che di *privacy by design* e *by default* – di esattezza e integrità dei dati personali fissati dal Regolamento UE 2016/679. Da una lettura proattiva e lungimirante dello stesso derivano una serie di obblighi per il decisore politico che dovrà orientare le scelte pubbliche, come quella che ha condotto al sistema di tracciamento, nella direzione di quei principi.

In questa sede affronteremo con un approccio problematico il tema di come garantire i diritti e le libertà delle persone in tempi di emergenza, soprattutto se l'Autorità Pubblica ha deciso di avvalersi delle nuove tecnologie nel *rule-making*, ponendo attenzione allo strumento utilizzato: lo smartphone, che oggi va ben oltre le semplici attività di fare e ricevere telefonate. Si tratta di quel dispositivo che la giurisprudenza americana del 2014⁷ – riprendendo il concetto della “reasonable expectation of privacy”⁸ – aveva definito un prolungamento della persona⁹.

Ci chiederemo se sia sufficiente affidarsi al potere salvifico della tecnica e se essa sia in grado di saltare le fonti *ordinem* dell'ordinamento, regolare e risolvere *ex se* le questioni giuridiche. Oppure se la prescrizione costituzionale della fonte legittimata a

³ M. OREFICE, *I Big Data e gli effetti su trasparenza, privacy e iniziativa economica*, Aracne, Roma, 2018, 75 ss.

⁴ G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in [la Repubblica](#), 3 aprile 2020.

⁵ Ex art. 52, par. 1 della Carta di Nizza. Per un'approfondita disamina cfr. G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, 2016, Jovene, Napoli, 145 ss.

⁶ European Data Protection Board, *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, cit. e *Guidance n. 3/2020 on the processing of health data for the purpose of scientific research in the context of the Covid-19 outbreak*, 21 aprile 2020, in [edpb](#).

⁷ *Riley v. California*, 573 U. S. 28 (2014).

⁸ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁹ *Smith v. Maryland*, 442 US 735 (1979).

parlare si imponga anche ai nostri governanti *extra ordinem*. Infine, se sia il Governo a esercitare un potere autoritativo nei nostri confronti o le *Big Tech* sulle sue politiche di governo. Le nostre domande si muoveranno su tre direttrici: 1) il *background* normativo della scelta governativa e le sue implicazioni sul sistema delle fonti e sulla logica astratta che dovrebbe guidare la portata attuale delle norme; 2) le valutazioni mancate del Garante che ha autorizzato il trattamento dei dati personali nell'ambito del sistema di tracciamento e le ripercussioni sui diritti e sulle libertà; 3) l'impatto della compressione del diritto alla trasparenza sul sistema di tracciamento e sulla verificabilità, in generale, delle scelte del Governo in tempi di emergenza.

Filo conduttore sotteso delle tre questioni è la declinazione dell'eguaglianza giuridica nell'eguale garanzia dei diritti. Questa costante tensione costituzionale delle libertà si impone al decisore politico, il cui compito è garantire che tutti i cittadini godano pienamente e in pari misura dei diritti fondamentali, soprattutto in tempo di emergenza.

2. Il background normativo e l'abdicazione delle fonti secundum ordinem

La società incaricata di sviluppare la componente periferica dell'intero sistema di tracciamento è stata individuata all'esito della *fast call for contribution* «Innova per l'Italia»¹⁰, durata tre giorni, nella Società Bending Spoons S.p.A..

Con l'ordinanza 10/2020¹¹, il Commissario Straordinario ha disposto la stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul software di *contact tracing* e di appalto di servizio gratuito.

La Bending Spoons è stata individuata con un provvedimento amministrativo e più volte si è letto dello spirito di solidarietà che ha inciso sulla scelta. La società – infatti – ha concesso in licenza d'uso aperta, gratuita e perpetua l'app e ha dato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici per la messa in esercizio del sistema nazionale di *contact tracing* digitale. I tre Ministeri proponenti dell'Iniziativa e la *task force* chiamata a valutare le proposte presentate hanno effettuato a monte uno pseudo-bilanciamento tra diritti (privacy e salute pubblica) e l'hanno risolto a favore della sicurezza scegliendo la tecnologia da utilizzare. In altre parole, hanno “pre-autorizzato” la società Bending Spoons attraverso uno strumento sub-legislativo a trattare in via generale i dati personali e particolari di persone fisiche mediante un applicativo già sviluppato rimandando poi l'individuazione, in seconda battuta, delle misure e garanzie adeguate al decreto legge.

In linea generale il Regolamento UE 2016/679 da un lato, vieta di trattare dati sanitari; dall'altro prevede la “via di fuga”¹² dell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in base al diritto dello Stato Membro. Questo equivale a dire che tocca al legislatore decidere se ricorrere o meno allo *ius singulare* per definire prima le misure

¹⁰ È stata promossa da tre Ministri: Il Ministro dello Sviluppo economico, il Ministro della Salute e il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione. Il testo della *fast call for contribution* è consultabile sul [sito web del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione](#).

¹¹ Ordinanza Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica del 16 aprile 2020.

¹² Cfr. art. 9, par. 2 lett. i) del Regolamento UE 2016/679. In dottrina: G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, cit.

appropriate e le specifiche garanzie per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato¹³ poi l'app e il suo sviluppatore. La sede della scelta è la fonte *secundum ordinem* necessaria per svolgere i dovuti bilanciamenti, da porre al vaglio del Parlamento.

Il d.l. del 30 aprile 2020, n. 28¹⁴, invece, che ha istituito il sistema di tracciamento è intervenuto solo dopo la scelta dell'applicativo e dello sviluppatore. Quindi, l'articolo 6 pur formulato in termini generali, ha dissimulato l'intento di introdurre disposizioni specifiche rivolte a un'applicazione già scritta e a un soggetto privato predeterminati, dando fondamento di liceità *a posteriori* a un trattamento definito senza valutare previamente i rischi, in contrasto con il Regolamento Europeo citato. La *ratio* della fonte europea, che richiede di anticipare queste valutazioni sui rischi alla messa in opera, è quella di permettere di confezionare uno strumento *ad hoc* che consideri adeguatamente l'influenza che una singola scelta tecnologica comporta su ciascun principio. L'*European Data Protection Board*¹⁵ ha evidenziato come la fase di progettazione delle app dovrebbe sempre prevedere un esame approfondito dell'approccio architetturale ponderandone *ex ante*, gli effetti e i possibili impatti sui diritti e le libertà degli interessati. È, difatti, indispensabile tenere conto della crescente incidenza delle tecnologie sulla vita dei cittadini e sulle relazioni intersoggettive¹⁶. Questo perché la tecnologia, se non è orientata adeguatamente può mettere a rischio non solo il diritto alla protezione dei dati personali ma anche le altre libertà fondamentali che questo diritto porta con sé, come la libertà personale o di circolazione, ben potendo generare discriminazioni tra eguali o trattare in modo eguale casi diversi. Con ciò non riteniamo che la tecnologia vada demonizzata, ma che le vada lasciato un ruolo di "bastone" della politica, cioè di mero conforto alla metodologia più appropriata¹⁷ affinché sia la meno invasiva possibile. Occorre, in altre parole, misurare con attenzione costi e benefici attesi di una scelta che non è mai socialmente neutra¹⁸, essendo insufficiente il parametro della gratuità del software o della tempestività della fornitura. Allo stesso tempo, non costituisce una giustificazione¹⁹, la mancata previsione di un regime speciale nella Costituzione perché gli strumenti disponibili non hanno estromesso l'*extra ordinem* dall'ordinamento²⁰, né impedito al Governo di ricorrervi,

¹³ Cons. 54 del Regolamento UE 2016/679.

¹⁴ Cfr. art. 6 del Decreto-legge del 30 aprile 2020, n. 28.

¹⁵ European Data Protection Board, Linee Guida 4/2020 sull'utilizzo dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19, 21 aprile 2020, al [sito web dell'European Data Protection Supervisor](#).

¹⁶ G. RESTA, *La app 'Immuni': pregi e limiti del tracciamento digitale dei contatti*, 25 giugno 2020, in [MediaLaws](#); S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1997, *passim*; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, 2019, 199.

¹⁷ G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in [la Repubblica](#), 3 aprile 2020.

¹⁸ B. DEFFAINS-T. PERROUD, *L'arbitrage entre les bénéfices et les coûts semble avoir été omis ou n'a pas été rendu public*, in [Le Monde](#), 15 maggio 2020.

¹⁹ *Ex plurimis* P. CAPPELLINI-A. CARDONE, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra-ordinem*, in A. RUGGERI (CUR.), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, volume 1, Torino, Giappichelli, 401 ss.; G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, 2016, Napoli, Jovene, 85 ss.

²⁰ Camera dei deputati, *la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Segretariato Generale, Roma, 1976, I, 847 ss. Per un discorso più ampio cfr. anche B. CHERCHI,

seppure in un momento successivo. I costituenti, infatti, più della dichiarazione dello stato d'assedio mostrarono preoccupazione proprio per il decreto legge, consci del suo possibile ricorso per fronteggiare emergenze, cioè per la sua capacità di porre norme con forza di legge ordinaria, ritenendolo strumento pericoloso perché "vocato all'introduzione sotto le mentite spoglie del provvedimento per il caso d'eccezione, di nuovo e stabile diritto"²¹.

Questa inversione del sistema delle fonti, corretto in via tardiva è stato aggravato dall'assenza di trasparenza. I documenti relativi al contratto di appalto del servizio con la Bending Spoons, quelli relativi al funzionamento dell'app e al codice sorgente sono rimasti secretati per lungo tempo²² e le informazioni rilasciate dalla Bending Spoons e dalle varie Amministrazioni Pubbliche coinvolte sono apparse discordanti e sono state raddrizzate a più riprese e in corso d'opera.

Sembra che in un primo momento, immemori della riserva di legge e del principio dello Stato di diritto, *necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*, e solo successivamente sia stata recuperata la nostra strumentazione costituzionale che avrebbe permesso *ex tunc* di articolare le limitazioni alle libertà consentite sul fondamento del decreto legge permettendo che all'organo geneticamente deputato, il Parlamento, cui spetta la conversione del decreto legge, sia riservata, pur in misura variabile, la determinazione dei limiti imposti a diritti e libertà costituzionalmente protetti²³.

3. Il disco verde del Garante su Immuni: alcune considerazioni mancate

L'app, denominata "Immuni", è basata sul *framework* offerto da Apple e Google²⁴, che hanno messo a disposizione le loro *Application Programming Interface*, note come API, utili a favorire la programmazione di Immuni sui loro sistemi operativi. Essa utilizza un sistema di notifica dell'esposizione che sfrutta il *Bluetooth Low Energy* ("BLE" o "Bluetooth") che registra i contatti tra smartphone con un'esposizione di 15 minuti a una predefinita intensità del segnale²⁵. Se la soglia di rischio predefinita viene superata l'utente è allertato sull'avvenuta esposizione. Il Sistema governativo, oltre a Immuni, si compone delle parti tecnologiche e organizzative che ne permettono il funzionamento e un servizio di interazione con gli operatori sanitari che dovranno convalidare la positività dell'utente, al fine di allertare i soggetti con cui è entrato in contatto. Tuttavia,

Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente, in Riv. Trim. Dir. Pubblico, 1981, 1108 ss.

²¹ P. CAPPELLINI-A. CARDONE, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra-ordinem*, op. cit., 402.

²² Questi documenti sono oggi consultabili al sito [immuni](https://www.immuni.it).

²³ Espressione presa in prestito dal prof. Villone in M. VILLONE, *Gli effetti della pandemia sulle istituzioni e gli equilibri costituzionali*, in [oltreilcapitale](https://www.oltreilcapitale.it), n° 4, maggio 202.

²⁴ Ulteriori informazioni sono disponibili nell'[Exposure Notification di Google](https://www.google.com/exposurenotification/).

²⁵ Per un'analisi critica si rimanda ai [vari articoli dell'avv. Andrea Lisi](#).

il servizio di interazione che utilizza il Sistema Tessera Sanitaria di Sogei S.p.A. e del Ministero dell'Economia e delle Finanze è in via di implementazione²⁶.

A ciò si aggiunga che, a causa di una limitazione del sistema operativo, sugli smartphone Android (per i dispositivi Google) deve essere abilitato anche il servizio di geolocalizzazione tramite GPS per permettere al sistema di cercare segnali Bluetooth e salvare i codici casuali di utenti che si trovano nelle vicinanze. Questo non significa che i dati di geolocalizzazione saranno utilizzati da Immuni, ma semplicemente che all'utente è richiesto di tenere attivo costantemente il GPS, con il rischio che altre applicazioni meno sicure, quando sono in *background*, con o senza la consapevolezza dell'utente possano accedere alle informazioni di posizionamento archiviate sullo smartphone.

Chi²⁷ deciderà di scaricare l'app, previa convalida da parte di un operatore sanitario, avrà la possibilità, ma non l'obbligo, di avvisare i potenziali soggetti contagiati della sua positività al virus SARS-CoV-2. Allo stesso tempo, avrà la possibilità di ricevere un *alert* da parte di un soggetto con il quale sia entrato in contatto, risultato poi positivo al virus e, in aggiunta, una serie di raccomandazioni con l'invito a consultare il proprio medico, che a sua volta contatterà il Dipartimento dell'Azienda Sanitaria Locale ("ASL") territorialmente competente.

Accanto a questo meccanismo è prevista la raccolta, per chi decide di avvisare gli altri utenti della sua positività, di ulteriori dati, cd. "Analytics" denominati *Operational Info with Exposure*²⁸ per fini di sanità pubblica volti a migliorare il funzionamento dell'intero sistema.

Questo sistema comporta un trattamento di dati personali altamente rischioso per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Per tale motivo - ai sensi dell'art. 36, par. 5 del Regolamento UE 2016/679 e dell'art. 2 quinquiesdecies del d.lgs. 196/2003- il Ministero della Salute ha chiesto e ottenuto dal Garante per la protezione dei dati personali una preliminare autorizzazione²⁹.

Nella valutazione della *Data Protection Impact Assessment* ("DPIA"), il Garante non si è dispensato dal rilevare alcune criticità ancora aperte, per sanare³⁰ le quali ha prescritto alcune correzioni su trasparenza e sicurezza informativa³¹. In ultima battuta ha ritenuto il trattamento proporzionato allo scopo.

Seppure, come osservato dal Garante, un trattamento a rischio zero non esista, non possiamo rinunciare ad alcune considerazioni imprescindibili sulla valutazione della proporzionalità del trattamento svolta dal Garante, il cui *iter* non ci è dato conoscere.

²⁶ Il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 3 giugno 2020 ha previsto tempistiche di implementazione di novanta giorni dalla data della sua adozione. Cfr. F. SARZANA, *App Immuni: decreto MEF, almeno 90 giorni per integrazione con il sistema sanitario*, 11 giugno 2020, in [Il Sole 24 ore](#).

²⁷ In una prima fase sperimentale i soli residenti nelle quattro regioni Puglia, Abruzzo, Marche e Liguria.

²⁸ Essi comprendono la provincia di domicilio; informazioni relativi ai contatti avuti negli ultimi 14 giorni; numero di contatti a rischio elevato; numero di giorni trascorsi dall'ultimo contatto a rischio; durata aggregata dei contatti a rischio, distinta per tre intervalli di intensità.

²⁹ Garante per la protezione dei dati personali, [provvedimento di autorizzazione n. 95/2020](#). Si noti che il Garante si era già pronunciato con parere n. 79 del 29 aprile 2020 sulla proposta normativa per il tracciamento dei contatti mediante applicazione su dispositivi di telefonia mobile.

³⁰ Il Garante ha suggerito di adottare le misure prescritte nel corso della sperimentazione del Sistema nelle quattro regioni Puglia, Abruzzo, Marche e Liguria, così da garantire che in fase attuativa ogni residua criticità fosse risolta.

³¹ Garante per la protezione dei dati personali, cit., 5 ss.

Nella sua valutazione di proporzionalità, il Garante dà per scontato che la finalità prevista dal decreto legge sia quella di “tutelare la salute degli interessati attraverso le previste misure di prevenzione nell’ambito delle misure di sanità pubblica legate all’emergenza Covid-19”, ma non si interroga né sul contenuto delle misure né – ammesso ci siano o ci saranno – su chi potrà beneficiarne scaricando l’app volontaria, anche al fine di verificare i possibili pregiudizi. Tutta la popolazione o solo una parte? Anzi, ha espressamente riconosciuto al Ministero il compito di porre in essere gli ulteriori adempimenti per l’adozione delle misure di sanità pubblica e di cura. Allora, l’Autorità Indipendente avrebbe dovuto associare questo dato con il fatto che l’applicazione non è disponibile su smartphone Huawei e Honor perché sprovvisti del PlayStore di Google né sugli iPhone più datati per i quali Apple non ha reso disponibili gli ultimi aggiornamenti del suo sistema operativo iOS.

Il diritto alla salute - nel caso la misura di sanità pubblica sia un piano di somministrazione dei tamponi o dei test sierologici alla popolazione - deve fare i conti, con i limiti tecnici del sistema costruito dal Ministero della Salute. Questo non permetterebbe che l’esercizio del diritto sia garantito a tutta la popolazione, ma lo tradurrebbe in un privilegio per chi ha uno smartphone, di una determinata marca, di un determinato modello - più caro e di più recente fabbricazione sul mercato – e quindi presumibilmente lo assicurerebbe a chi appartiene a uno *status* sociale più agiato.

Oltre a ciò, non possiamo esimerci da alcune considerazioni ulteriori sui dati della prossimità e volontarietà.

La prossimità non è indicativa della reale esposizione al rischio, poiché tale probabilità varia anche in funzione di altri parametri non registrati dall’app, come l’essere all’aperto, con o senza dispositivi di protezione o di spalle³². Il fatto che il sistema sia suscettibile di produrre casi di “falsi positivi sanitari” e “falsi negativi” e quindi dati inesatti porta con sé una serie di criticità ulteriori legate al valore della qualità dei dati. Quest’ultima pone il vincolo in capo al Titolare di verificare l’esattezza e l’aggiornamento del dato prima di utilizzarlo, allo scopo di “garantire la sicurezza dei trattamenti e mettere al riparo gli utenti dai rischi che possono derivare da comportamenti delle macchine basati su una cattiva qualità dei dati utilizzati³³”. Il Ministero però non se ne occupa, affidandosi al buon cuore del positivo al virus o allo spirito di sacrificio dell’allertato. Nella presunzione che gli interessati si comportino da *boni cives* secondo il principio del *neminem laedere* e allertino quando scoprano di essere positivi, l’allertato “non positivo al virus” - in assenza di misure diagnostiche collegate - rischia di vedersi compresse le sue libertà personali irragionevolmente per un errore di esattezza del dato. Allora è alto il rischio di una violazione di dati personali sotto il profilo dell’integrità³⁴.

Quanto al parametro della volontarietà, il suo corollario – scrive il Garante – è che le persone che non vogliano – e, aggiungiamo, possano – utilizzare l’applicazione non ne subiscano pregiudizio e che sia assicurato in ogni caso – come previsto dallo stesso art.

³² WHO, *Digital tools for Covid-19 contact tracing*, 2 giugno 2020, al [sito web della World Health Organisation](#).

³³ F. PIZZETTI, *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018, XX.

³⁴ Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento di autorizzazione n. 95/2020, cit., par. 7.3, lett. c).

6, co. 3 del d.l. 28/2020 – il rispetto del principio di parità del trattamento. Ma se all'app saranno associate misure di cura, il rischio di un grave pregiudizio è concreto. Questa componente volontaristica risulta evanescente e contraddittoria: 1) perché la base giuridica di un trattamento di questo tenore può non essere il consenso 2) perché, diversamente da quanto prevede il decreto – da una lettura sistematica delle fonti dell'ordinamento v. per il positivo che ha scaricato l'app³⁵ e per il soggetto allertato vi è l'obbligo rispettivamente di notificare la propria positività o di comunicare all'ASL il rischio contagio; 3) se a chi scaricherà l'app dovesse essere effettuato un tampone in caso di *alert*, il corollario della garanzia dell'assenza di pregiudizio collegato alla volontarietà crollerebbe vertiginosamente.

Con riguardo al punto 1) il sistema dell'*alert* voluto dal Ministero della Salute è incentrato sulla volontarietà del *download* e quindi sul consenso del singolo. Il presupposto del consenso è autonomo e diverso dalla salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o dai motivi di interesse pubblico³⁶, che ben avrebbero potuto costituire fondamenti di liceità del trattamento³⁷. Quindi non si comprende la scelta di non rendere un simile trattamento obbligatorio, presumiamo per la scarsa fiducia dello stesso soggetto che l'ha disegnato.

Quanto al punto 2) da una parte è il principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. e il principio di solidarietà di cui all'art. 2 e 41 Cost. a obbligarci a non ledere ingiustificatamente l'interesse altrui; dall'altra ci risulta che chi decide di seguire la procedura suggerita dal Ministero e quindi si metterà in contatto con l'ASL sarà posto in isolamento forzato³⁸. Inoltre, la disciplina lavoristica³⁹ impone al soggetto reso edotto di un rischio di salute il divieto di accesso al luogo di lavoro. Per questi motivi, non può escludersi per il positivo o per l'allertato un obbligo di rendere nota la sua contagiosità, stante anche il danno da contagio, la cui responsabilità civile è già nota ai malati di HIV. A ciò si aggiunga l'imputazione ex art. 650 c.p. di lesioni personali e di omicidio volontario, anche solo nella forma tentata⁴⁰. Quello del Ministero, allora, non può essere un invito ma è un obbligo ben preciso e ben nascosto, che tuttavia è sproporzionato perché è probabile che il dato del rischio sia inesatto e quindi la misura restrittiva associata dell'autoisolamento eccessiva perché sbagliata.

Con riferimento al punto 3) la conseguenza è ancora più grave perché il diritto alla salute verrebbe garantito in via privilegiata a chi scaricherà l'app e non a chi non volesse o potesse farlo. Allora, una volta scaricata l'app, in capo al soggetto ci sarebbero degli obblighi ben precisi, volontaria sarebbe solo la decisione – per chi può – di scaricare

³⁵ La pagina informativa ufficiale di Immuni rassicura che il soggetto positivo al virus SARS-CoV-2 – con l'aiuto di un operatore sanitario – potrà (e non dovrà) caricare su un server delle chiavi crittografiche dalle quali è possibile derivare i suoi codici casuali.

³⁶ Cfr. articoli 6 e 9 del Regolamento 2016/679 rispettivamente al par. 1 lettera d) e al par. 2 lettera i).

³⁷ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il punto sull'app Immuni: bilanciamento tra diritti*, 9 giugno 2020, in [MediaLaws](#).

³⁸ *Supra* nota 2.

³⁹ Cfr. con il "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" e l'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008. In dottrina F. SARZANA, *App Immuni: obbligo di quarantena e divieto di accedere al luogo di lavoro per chi riceve l'allert*, 8 giugno 2020, in [Il Sole 24 ore](#).

⁴⁰ P. GIAMMARRIA, *La responsabilità civile da contagio da Covid-19, tra codice civile e costituzione*, in [Il Quotidiano Giuridico](#), 28 aprile 2020.

l'app o meno. Una simile costruzione finisce per annacquare l'efficacia empirica del sistema e in ultima istanza l'effettività del diritto alla salute.

Queste valutazioni che mettono in evidenza l'inefficacia del sistema non considerano ancora tutti i rischi di intercettazione della trasmissione dei dati pseudonimi tramite analoga tecnologia; attacchi di re-identificazione e re-identificazioni inferenziali connessi⁴¹, pur evidenziati debitamente dal Garante, senza trarre però le dovute conclusioni.

Eppure, al Garante sarebbe bastato avvalersi del *Necessity Toolkit*⁴² dell'*European Data Protection Supervisor* rilasciato in un periodo precedente alla pandemia e utilizzato dall'Autorità norvegese per giungere a conclusione opposta.

Il più coraggioso Garante norvegese Datatilsynet, a valle del ricorso ai test di necessità e proporzionalità, ha richiesto all'Istituto di Sanità Pubblica di interrompere la raccolta dei dati tramite l'app "Smittestopp" perché troppo invasiva in un momento in cui i tassi di infezione erano rallentati, e ha richiesto la cancellazione immediata dei dati raccolti, statuendo che la liceità del trattamento tramite "Smittestopp" dipende dai benefici sociali⁴³.

L'autorità norvegese ha infatti sostenuto che quel trattamento inizialmente proporzionato e necessario, non lo era più, considerata la riduzione dei tassi di diffusione del virus. In Italia, invece, si è deciso di adottare l'app proprio quando i tassi di contagio sono al minimo storico. Sembrerebbe che il Paese delle quote azzurre ci dia anche lezioni di privacy.

4. L'emergenza e la prescrittività costituzionale di un regime openness

Nel *clou* della pandemia, il decreto legge Cura Italia⁴⁴ sospendeva le richieste di accesso documentale, civico e civico generalizzato che non avessero carattere di "indifferibilità e urgenza" fino al 31 maggio 2020⁴⁵. Il Dipartimento della Funzione Pubblica con comunicato successivo precisava la sospensione delle richieste di accesso documentale fino al 15 aprile 2020. In quell'occasione non veniva chiarita la portata della compressione degli altri due tipi di accesso tra cui quello di diretta derivazione dallo statunitense *Freedom Of Information Act*, seppure con mezzo secolo di ritardo. Nella cornice pandemica, in concomitanza della scelta di Governo di tracciare i suoi cittadini veniva sospeso proprio quel diritto che avrebbe potuto mettere in luce i contratti di appalto dei servizi per lo sviluppo di Immuni e conoscerne i dettagli. Benché sia stato specificato che la sospensione delle risposte ad accesso civico e civico

⁴¹ [Garante per la protezione dei dati personali](#), Nota sugli aspetti tecnologici dell'app, 6.

⁴² European Data Protection Supervisor, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, 11 aprile 2017, in [edps.europa.eu](#); *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 19 dicembre 2019, in [edps.europa.eu](#).

⁴³ S. TRELOAR, *Norway Halts Coronavirus Tracking App Over Privacy Concerns*, 15 giugno 2020, in [Bloomberg](#).

⁴⁴ Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18.

⁴⁵ Cfr. art. 67.3 del Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18.

generalizzato avrebbe riguardato il solo settore dell'amministrazione fiscale, è rimasta la facoltà per la Pubblica Amministrazione di avvalersi della sospensione dei termini⁴⁶.

Possiamo perciò ritenere che l'emergenza abbia completamente annullato un diritto alla trasparenza già monco, perché il cittadino in Italia deve ancora bussare alla casa di vetro per vedere quello che accade dentro⁴⁷, nonostante l'articolo 97 della Costituzione⁴⁸ imponga *ipso iure* la visibilità delle informazioni delle Pubbliche Amministrazioni.

L'emergenza non è una fonte di per sé legittimante il diritto eccezionale, ma proprio in tempi di emergenza deve essere più vigile l'attenzione del cittadino e la visibilità delle informazioni. La trasparenza è strumento essenziale per monitorare le scelte pubbliche⁴⁹ e scongiurare il rischio che si affermino poteri eccezionali e vengano conservati a emergenza esaurita. La scelta pubblica non deve sottrarsi neanche in tempi di emergenza ai circuiti democratici facendo saltare quel rapporto di "corrispondenza continua fra la volontà degli elettori e quella degli eletti che devono rendere conto delle loro scelte"⁵⁰.

Una lente costantemente puntata sull'agire pubblico risponde all'evoluzione della società tecnologica che offre nuovi strumenti di partecipazione e controllo alla cosa pubblica e segna la fine dell'era della carta, a cui invece è ancora ancorato il regime dell'accesso, e che presumibilmente ha reso necessaria la sospensione del diritto. Il *lockdown* e la difficoltà a distribuire copie di carta hanno messo in mostra una PA che fatica a smaterializzarsi e ancora gelosa custode e conservatrice di carte e informazioni che dovrebbero essere aperte di *default*⁵¹.

E allora proprio adesso si fa più forte la domanda di un regime *open*. Non è più accettabile un sistema in cui l'amministrazione non deve rendere visibile *motu proprio* ciò che possiede, ma solo su richiesta del *quivis de populo*. Non basta accontentarsi di un'amministrazione *friendly and transparent* su domanda del cittadino. L'insufficienza della legge non è un valido alibi per l'amministrazione e ciò perché l'obbligo di apertura non deve esibire la legge come suo titolo giustificativo. È la precettività dell'art. 97 che richiede al legislatore di intervenire per specificare, secondo quanto l'aggiornamento tecnologico impone, le modalità attuative di un obbligo già posto nel dettato costituzionale, e quindi al tempo stesso gli vieta di attenuare o addirittura azzerare detto obbligo, come invece sembra fare il nostro legislatore⁵² del tempo emergenziale.

⁴⁶ Per maggiori informazioni si rimanda al [Centro nazionale di competenza FOIA](#).

⁴⁷ Sia consentito un rinvio alla monografia dell'autrice che dedica un'articolata riflessione sul punto: M. OREFICE, *op. cit.*, 13 ss.

⁴⁸ G. DE MINICO, *Gli open data: una politica costituzionalmente necessaria?*, 12 giugno 2014 in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

⁴⁹ L. CARRER, *Perché è stato sospeso temporaneamente il Foia?*, 1 aprile 2020, in [Il Sole 24 ore](#).

⁵⁰ L. BASSO, *Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vol. IV: *Aspetti del sistema costituzionale*, 13-14.

⁵¹ M. OREFICE, *op. cit.*, 68.

⁵² M. OREFICE, *op. cit.*, 42 ss.

5. Conclusioni

Se c'è un aspetto che la pandemia ha enfatizzato è che la tecnologia invocata come volano di crescita sociale è divenuta l'esatto contrario: un amplificatore di disuguaglianze.

Il virus ci ha colpiti in modo diseguale, mettendo a nudo privilegi e rendite di posizione pregresse⁵³ ed è stato più violento su chi era già meno protetto. A ciò si sono aggiunti svantaggi sociali, economici e politici. A molti cittadini la pandemia ha strappato il lavoro, per le donne ha intensificato quello domestico. Il rischio ulteriore è che lo Stato, rinunciando alla missione *de facto*, imposta dall'art. 3 Cost., co. 2, a cui Teresa Mattei non a caso nel dibattito in Assemblea Costituente aveva dato particolare enfasi, frapponga nuovi ostacoli.

Chi ha già tanti affanni non ha di certo il tempo di bussare alle porte della Pubblica Amministrazione per invocare il suo diritto alla trasparenza o di chiedersi se il suo smartphone magari datato, rigenerato o comunque di seconda mano, sia il modello giusto per scaricare Immuni⁵⁴. Se l'app è come dice il Ministero efficace per tutelare la salute o impedire il contagio, come si garantisce la sua fruizione da parte dei più poveri e deboli? Forse lo Stato si è dimenticato proprio di quelli che la tecnologia avrebbe dovuto avvantaggiare per recuperare il *gap* necessario ad eguagliare i punti di partenza.

Per questo l'eguaglianza sostanziale impone l'esatto contrario e cioè un trattamento di favore per chi parte da posizioni di svantaggio. In questo panorama il decisore politico rinuncia di intervenire sulle disuguaglianze per appianarle, abdicando al suo ruolo e alla sua *mission*.

L'emergenza, invece, ci ha mostrato che a dettare le politiche di governo sono lo spirito pio di un privato come Bending Spoons e la disponibilità a collaborare di Apple e Google, i "new Governors"⁵⁵ della Rete (e non solo) che hanno fissato i presupposti per accedere al loro *framework* di tracciamento dei contatti. Si pensi che le *Big Tech* hanno dettato le regole del gioco: hanno stabilito di acconsentire a una sola app per Paese, approvata da ciascun Governo o dalla rispettiva autorità sanitaria nazionale, ma non hanno consentito a ciascuna autorità sanitaria di centralizzare le informazioni, collegando i dati epidemiologici che avrebbero potuto essere fondamentali per la relativa analisi. Se da un lato, è evidente lo scopo di beneficiare dell'attivazione continuativa di BLE e GPS o comunque mantenere ed estendere il mercato dei loro utenti dall'altro i garanti della privacy più attenti al mondo in questo momento sembrerebbero proprio Apple e Google⁵⁶. Anche se dal punto di vista tecnico, il *framework* opera localmente sui dispositivi e non invia nessun dato ad Apple o Google,

⁵³ G. DE MINICO-M.F. DE TULLIO, *Unità, Uguaglianza e Genere*, 22 giugno 2020, in [italiadecide](#).

⁵⁴ G. DELLA MORTE, *Necessità e proporzionalità in "Immuni"*, 11 giugno 2020, in [MediaLaws](#), cit.

⁵⁵ Ampia sezione dedicata al tema in uno scritto dell'autrice su un tema diverso ma che coinvolge lo stesso *Over The Top*, Google, in M. OREFICE, *Diritto alla deindicizzazione: dimensione digitale e sovranità territoriale*, in [Rivista AIC](#), 1/2020, 682 ss.

⁵⁶ È quanto ha affermato Daragh O'Brien, un consulente privacy di Dublino che ha respinto pubblicamente con altri esperti locali gli sforzi iniziali dell'Irlanda di creare un'app centralizzata. Alla fine, il governo è passato all'approccio di Google e Apple.

essendo *closed source*, è difficile verificare che i *Big Player* si comportino bene⁵⁷. Dall'altro, si pone una questione geopolitica fondamentale: Berlino, Roma, Parigi e Londra hanno lanciato app basate sull'approccio sostenuto da Google e Apple che in molti casi si sono opposti alle proposte governative iniziali, presentate dai politici di tutto il mondo⁵⁸. La vera domanda non è se Google ed Apple rispettano la privacy dei loro utenti ma se Google e Apple possono dire a un governo eletto democraticamente o alle sue Autorità sanitarie cosa possono avere o non possono avere su un'app⁵⁹ e in che misura le decisioni di governi democratici possono essere condizionate da queste società tecnologiche⁶⁰. Forse non abbiamo altra scelta che fare affidamento su un duopolio di aziende tecnologiche che controllano il mercato dei sistemi operativi perché abbiamo barattato da tempo i nostri dati e le annesse libertà lasciando alle *Big Tech* lo spazio per dominare e abusare delle dominanze sul mercato dei dati personali. Abbiamo rinunciato al ripensamento delle categorie giuridiche che lo sviluppo tecnologico invocava da tempo e invece di orientare la tecnica verso l'uguaglianza sostanziale e assicurare una regolazione sostenibile e adeguata, tale da garantire sicurezza e indipendenza dalle *Big Tech*, ci siamo assoggettati alla loro giurisdizione.

Lasciare che siano i privati e le loro logiche del profitto a spingere le scelte pubbliche non è un buon segno per la democraticità del sistema, sarebbe stato preferibile che il decisore politico non avesse delegato al privato il vantaggio della prima mossa, ma lo avesse sfruttato in prima persona al fine di orientare la tecnica verso il bene comune per correggere le eventuali deviazioni patologiche dettate dalla logica mercantile.

Al decisore, forse, non resta neanche un intervento in seconda battuta.

⁵⁷ A. GADOTTI, *L'app Immuni non è sorveglianza di massa: un'analisi dei rischi tra fiducia e garanzie tecniche*, in [valigia blu](#), 17 giugno 2020.

⁵⁸ M. SCOTT-E. BRAUN-J. DELCKER-V. MANANCOURT, *How Google and Apple outflanked governments in the race to build coronavirus apps*, in [politico.eu](#).

⁵⁹ I. ILVES, *Why are Google and Apple dictating how European democracies fight coronavirus?*, in *The Guardian*, 16 giugno 2020.

⁶⁰ I. ILVES, *op. cit.*

Alessandro Picarone
Coronavirus e principio di uguaglianza: problematiche e spunti

ABSTRACT: The essay examines the side effects of the lockdown and the use of the Immuni contact tracing application. It assumes that the desire to avoid an even wider spread of the pandemic as an advantage. Nevertheless, the work highlights the existence of a series of side effects and not entirely secondary distortions.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le disuguaglianze sociali come effetto collaterale del confinamento obbligatorio. – 3. Immuni e l'uomo di vetro: un delicato equilibrio tra altruismo e cultura del sospetto. – 4. Il ruolo della politica stretto tra scienza e tecnica. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In questo breve saggio si evidenzierà come il confinamento obbligatorio, necessario a contenere le conseguenze nefaste della pandemia da Covid-19, abbia anche accentuato le disuguaglianze sociali, poiché ha messo ulteriormente in mostra una struttura sociale ripidamente verticale. Siamo dinanzi al “più grande esperimento psicologico” di tutti i tempi¹, nel quale pare evidente che una maggiore o minore disponibilità economica (o abitativa) ha marcato la principale differenza nella misurazione della qualità della vita chiusi in casa.

Il problema non riguarda la casa in cui si vive, se questa è spaziosa e confortevole o meno, ma anche le persone con le quali la convivenza diviene forzata, per ovvie contingenze di tutela della salute pubblica: in tal senso, una delle problematiche emerse è la condizione delle donne vittime di violenza familiare costrette a convivere forzatamente tutta la giornata con il loro carnefice, rendendo insostenibile una situazione che già in precedenza era terribile da sostenere.

Tuttavia, la finalità di questa breve opera sarà anche quella di considerare se le disuguaglianze potrebbero esservi nelle fasi successive a quella del confinamento obbligatorio (per intenderci dalla Fase 2 in poi), quando l'utilizzo di Immuni, app finalizzata al tracciamento sociale, è diventato parte integrante della lotta al Covid-19.

Come vedremo, da un lato la tecnologia Bluetooth dovrebbe tutelare gli utenti in relazione alla geolocalizzazione, al fine solo di indicare dei contatti potenzialmente pericolosi sotto il profilo dei contagi; ma, d'altro canto, ci si chiederà se la volontarietà della scelta nell'utilizzo o meno dell'app potrebbe avere come lato negativo quello di una emarginazione sociale di chi non vorrà, non potrà o non saprà usare l'app.

Infine, si valuterà quale ruolo dovrà avere la politica nella gestione delle fasi successive dell'emergenza, senza farsi stritolare dalla scienza e dalla tecnologia che, pur legittimamente sotto alcuni aspetti, l'hanno fatta da padrona in queste settimane.

¹ Cfr. E. VAN HOOFF, *Lockdown is the world's biggest psychological experiment - and we will pay the price*, in [World Economic Forum](#), 9 aprile 2020.

2. Le disuguaglianze sociali come effetto collaterale del confinamento obbligatorio

Sotto il profilo del contrasto alla diffusione del Covid-19, il confinamento obbligatorio ha portato indubbi risultati positivi, ma ha portato con sé anche alcuni effetti collaterali che sono stati particolarmente accentuati per quelle fasce della popolazione che, già prima del coronavirus, erano svantaggiate². Emerge, in tutta la sua forza, il delicato nesso tra economia e salute, e con esso i valori in gioco sul piatto della bilancia: dunque, appare evidente la necessità di trovare un compromesso tra le misure di contenimento del contagio e i bisogni primari delle persone.

Va da sé che, in molti casi, il confinamento obbligatorio ha comportato, per molte categorie professionali, la perdita della gran parte delle entrate economiche, accentuando una povertà per molti già preesistente. Non v'è dubbio sul fatto che le persone più vulnerabili sotto il profilo reddituale, lo diventano anche su altri aspetti, in quanto sono più in difficoltà nel condurre un'esistenza dignitosa e sana (finanche, nei casi più gravi, con l'impossibilità di curarsi a causa della scarsità delle risorse economiche)³. Quest'ultima, tuttavia, non incide solo sotto il profilo medico, ma anche sotto il profilo dei rapporti lavorativi, e di studio, a distanza: il tema del *digital divide* ha due aspetti, collegati tra di loro. Il punto di partenza è il classico divario legato alla mancanza dei *device* o di una connessione soddisfacente, con la conseguenza che in alcuni nuclei familiari più poveri è stato più difficile gestire lo *smart working* dei genitori e la didattica a distanza dei figli.

Aspetto ulteriore, e collegato al precedente, è il divario culturale verso la tecnologia⁴ e verso nuovi modi di fare le cose: per esempio, le persone anziane, che non hanno mai avvertito la necessità di accedere al mondo digitale, dovranno velocemente utilizzare gli strumenti digitali per le interazioni sociali o per l'acquisto di beni. In un caso analogo, ci troviamo in presenza di persone che hanno scelto, nella fase precedente alla pandemia, di non usare gli strumenti digitali, o che non ne hanno la possibilità (per questioni economiche o per carenze infrastrutturali), o che in alcuni casi avranno qualche difficoltà in più nell'apprenderne rapidamente le dinamiche.

² Cfr. M. DOUGLAS, *Mitigating the wider health effects of covid-19 pandemic response*, in [BMJ](#), 2020 (369). In Italia, Coldiretti ha stimato che vi sono 1 milione di nuovi poveri, rinvenibili tra "coloro che hanno perso il lavoro e non possono utilizzare lo *smart working*, piccoli commercianti o artigiani che hanno dovuto chiudere, le persone impiegate nel sommerso che non godono di particolari sussidi o aiuti pubblici e non hanno risparmi accantonati, come pure molti lavoratori a tempo determinato o con attività saltuarie", al sito [web della Coldiretti](#). Si rimanda anche a AA.Vv., *Economic and Social Consequences of Human Mobility Restrictions Under COVID-19*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 11 aprile 2020.

³ Il tema è più ampiamente trattato in: P. BILANCIA, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in questo stesso volume.

⁴ Il rapporto è impietoso e cristallizza la radicata ignoranza vigente nel nostro paese che retrocede dal 23° posto della classifica DESI 2019 all'attuale 25° posto, ossia terzultimo fra i 28 Stati membri dell'UE, con un punteggio pari a 43,6 rispetto al dato UE del 52,6. Oltre ai problemi infrastrutturali, è troppo alto il livello di analfabetismo informatico che si riscontra nel nostro Paese, come grave forma di gap cognitivo che preclude la fruizione dei benefici offerti dalle ICT (cfr. alla pertinente pagina del [sito web della Commissione europea](#)).

Le problematiche sociali hanno toccato anche le donne che subiscono violenza domestica⁵ e che si sono trovate a dover convivere forzatamente tutto il giorno con il loro aguzzino, senza potersi allontanare o senza poter avere un po' di respiro durante le ore lavorative rendendo, di fatto, non solo la convivenza ancor più intollerabile, quanto anche più complicata la possibilità di denunciare, di scappare e di far funzionare più agilmente i centri antiviolenza.

Difatti, per tante donne, lavorare o accompagnare i bambini a scuola vuol dire anche sfuggire (anche se per non molto) alle dinamiche violente e di potere in cui quotidianamente si ritrovano: l'imposizione dell'isolamento, sebbene giustificato dalla necessità del contenimento della malattia, ha potenzialmente amplificato il rischio a cui queste persone sono esposte.

Inoltre, il fenomeno è stato accentuato dal fatto che, in tempi di incertezza economica e di instabilità sociale, aumentano anche i fattori di stress e, quando si innestano in una situazione che di per sé è violenta, l'abuso domestico aumenta⁶.

3. Immuni e l'uomo di vetro: un delicato equilibrio tra altruismo e cultura del sospetto

Immuni⁷ è l'app di tracciamento sociale per i contagi da Covid-19 in Italia⁸, ha la funzione di controllare i contagi da Coronavirus, sfruttando la tecnologia Bluetooth, attraverso cui rilevare la vicinanza tra due smartphone al massimo di un metro. Confrontando la lista dei codici identificativi anonimi (e non localizzabili, considerato che non si usa il sistema GPS), il server calcola per ogni identificativo il rischio di esposizione, considerata la vicinanza fisica e il tempo tra le persone entrate in contatto.

Va subito premesso che questa innovazione costituisce una minima interferenza nella vita privata, e comunque finalizzata alla tutela della salute pubblica oltre che legittimata in virtù della previsione di un utilizzo volontario da parte degli utenti per ciascuno dei rispettivi scopi⁹. Ne consegue che "le persone che non intendono o non possono utilizzare tali applicazioni non dovrebbero subire alcun pregiudizio"¹⁰.

⁵ G. MANGOLINI, *La violenza in quarantena non conosce confini*, in [Lettera 43](#), 8 aprile 2020.

⁶ B. DRISCOL, *'Higher Risk' Of Domestic Abuse During Coronavirus Self-Isolation*, *Warn Campaigners*, in [HuffPost](#), 16 marzo 2020.

⁷ V. il sito ufficiale [immuni](#).

⁸ Si segnala che ci sono anche una serie di app sviluppate in ambito regionale (cfr. A. GAGLIARDI, *Coronavirus, non solo Immuni: che fine hanno fatto le app regionali, dal tracciamento all'assistenza*, in [Il Sole 24 ore](#)).

⁹ Invero, va precisato che la volontarietà della scelta non implica per forza che vi sia il consenso al trattamento osservato, in quanto "qualora autorità pubbliche forniscano un servizio sulla base di un mandato conferito dalla legge e conformemente ai requisiti stabiliti da tale legge, la base giuridica più pertinente risulta essere la necessità del trattamento per lo svolgimento di un compito di interesse pubblico, ossia l'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), del Regolamento generale sulla protezione dei dati" (Cfr. [COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, Linee guida A 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19](#), 21 aprile 2020, 7).

¹⁰ Cfr. COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida A 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione*, cit., 6.

In realtà, è legittimo temere che, nel prossimo futuro, le cose possano andare diversamente rispetto alle previsioni più ottimistiche: difatti, la pandemia ha contribuito a coltivare una diffusa cultura del sospetto, che si è concretizzata nelle modalità più diverse, talvolta anche violente, nei confronti di chi, anche solo apparentemente, ha qualche sintomo influenzale, non necessariamente riconducibile al Covid-19, o verso chi non indossa correttamente la mascherina.

Tutto ciò mi ha riportato alla mente le parole di Stefano Rodotà, che nel lontano 2013 inquadrava la figura dell'uomo di vetro, come l'immagine di "un cittadino che, non avendo nulla da nascondere, ben può rivelare ogni dettaglio della sua vita, rendersi visibile attraverso la vera e totale descrizione di quello che è. La verità, così intesa, diventa una continua cessione del sé agli altri, alle istituzioni pubbliche (...) rafforzato dalla potenza tecnologica che rende sempre più agevole la raccolta di dati personali, non disdegnato neppure dalle democrazie tutte le volte che una qualsiasi "emergenza" fornisce una giustificazione" con la conseguenza che "tutte le volte che si rivendica un pur minimo brandello di dignità assistita dalla riservatezza, il buon cittadino non è più tale perché ha qualcosa che vuol celare e così, divenuto cattivo cittadino, legittima l'esercizio di qualsiasi potere nei suoi confronti"¹¹.

Il dubbio è legittimo: in teoria, non dovrebbero esservi discriminazioni e pregiudizi tra chi scarica l'app (e decide di usarla) e chi decide di non farlo, ma in pratica questi potrebbero verificarsi sia a danno delle fasce di popolazione più povere, che non possono permettersi uno smartphone adeguato, cioè più nuovo¹², sia a danno di chi, legittimamente, decida di non voler avere Immuni sul proprio smartphone.

Per capire meglio la questione, in questa sede va sinteticamente affrontata la questione dei dati restituiti dall'app: sorvolando sulla possibilità dei *replay attack*, e quindi sulla possibilità che si generino dei falsi positivi¹³, uno dei principali problemi è riscontrabile nella decontestualizzazione del dato. Difatti, dopo l'avvenuta installazione di Immuni, lo smartphone emetterà costantemente un segnale Bluetooth¹⁴ e l'app consentirà di tenere traccia dei contatti, della loro durata e della distanza tra i cellulari degli utenti e, in caso di contatti a rischio, fa scattare la notifica. Ebbene, decontestualizzare il dato vuol dire che se i due utenti fossero vicini per un periodo di tempo utile a favorire il contagio, ma – per esempio – in stanze confinanti dello stesso ufficio, il contatto potrebbe non essere pericoloso, seppur segnalato come tale.

Passando oltre, per come è strutturato Immuni, non c'è alcuna possibilità, per una organizzazione centrale, di conoscere lo stato dell'app: ciò vuol dire che il singolo, nel momento in cui riceve una notifica che segnala un contatto potenzialmente rischioso, è l'unico a sapere di quel rischio e potrebbe decidere di ignorarlo per non incorrere in

¹¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 222-223.

¹² Per la tecnologia utilizzata, almeno al momento in cui si scrive, chi ha dispositivi e quindi sistemi operativi più datati potrebbe non essere in grado di scaricare l'app (come si evince anche dalle FAQ presenti sul sito di [immuni](#)).

¹³ Per maggiori approfondimenti, cfr. S. DIANA, *Rischio Immuni*, su [HuffPost](#), 08 giugno 2020 e A. LISI, *E se Immuni impazzisse? I primi segnali ci sono e finiremmo tutti 'prigionieri'*, del 20.06.2020 su [il Fatto Quotidiano](#).

¹⁴ L'app utilizzerà il *Bluetooth Low Energy*, tecnologia *wireless* che ha lo scopo di fornire un consumo energetico oltre che un costo maggiormente ridotto, senza che sia compromesso l'intervallo di comunicazione.

conseguenze sociali o lavorative che si temono potenzialmente dannose. Si punta tutto sulla responsabilità individuale dell'utente, che, in assenza di diversi protocolli futuri non ancora varati al momento in cui si scrive¹⁵, dovrà mettersi in quarantena, richiedere un tampone e limitare i contatti.

In realtà, tutto dipende dalla responsabilità personale: difatti, scaricare Immuni, e ricevere una sua notifica, non comporta alcun obbligo nel comunicare le informazioni di contagio o relativa positività al test ma è implicito che non farlo, avendo attiva l'app, è controproducente e influisce sulla relativa efficacia. L'aspetto che qui si vuole sottolineare è relativo alle conseguenze sociali e alla cultura del sospetto verso il prossimo che la pandemia ha acutizzato nella società: ebbene, come nel domino, la conseguenza per chi decida di mettersi prudenzialmente confinato a seguito della notifica di Immuni, in attesa del tampone, potrebbe essere quella di ingenerare (nel datore di lavoro o nei colleghi) la incontrollata, e quindi potenzialmente anche falsa, convinzione di un contagio, con possibile discriminazione sociale¹⁶.

4. Il ruolo della politica stretto tra scienza e tecnica

Nelle settimane di massima diffusione del virus, scienza e tecnica hanno preso il sopravvento rispetto alla politica: quest'aspetto prescinde dalle modalità emergenziali con cui è stata affrontata la crisi¹⁷, e fa riferimento a una più generale visione di insieme delle scelte da operare, tralasciando il soggetto che le opera (aspetto, questo, di non secondaria importanza).

Innanzitutto, occorre prendere atto del fatto che ci troviamo dinanzi alla gestione di un'emergenza del tutto nuova, sebbene per alcuni non del tutto imprevedibile¹⁸,

¹⁵ Motivo per cui il Comitato ritiene che "le indicazioni fornite in merito ai passi da compiere successivamente alla ricezione di un alert non dovrebbero basarsi unicamente su un trattamento automatizzato" (Cfr. COMITATO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI, *Linee guida A 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione*, cit., 8).

¹⁶ Potrebbe anche accadere che la richiesta arrivi dai vertici: nelle Marche, a quanto si apprende, la Regione avrebbe inviato una mail alle Direzioni Sanitarie chiedendo agli operatori di disattivare il Bluetooth per non far funzionare Immuni negli ospedali al fine di evitare i cosiddetti falsi contatti (cfr. I. ARTIACO, *"Disattivate Immuni in ospedale": il messaggio della Regione Marche agli operatori sanitari*, 8 giugno 2020 in [Fanpage.it](https://www.fanpage.it) e V. AZZOLINI, *Perché è grave che la Regione Marche chieda agli operatori sanitari di spegnere Immuni in ospedale*, [iberica.it](https://www.iberica.it), 9 giugno 2020).

¹⁷ Si rimanda, tra i tanti contributi, a G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in [Questione Giustizia](https://www.questionegiustizia.it), 27 marzo 2020, su [Questione Giustizia](https://www.questionegiustizia.it), e per quanto riguarda il tema delle fonti del diritto a A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in [Consulta OnLine](https://www.consultaonline.it), 2020/I, e M. VILLONE, *Il Parlamento nella spirale di due crisi*, in [Il Manifesto](https://www.manifesto.it), 15 marzo 2020.

¹⁸ Una analoga previsione era stata effettuata dal Gpmb, cioè l'organismo indipendente riunitosi nel maggio del 2018 su impulso della Banca mondiale e dell'Organizzazione mondiale della sanità e nato a seguito del lavoro del *Global Health Crises Task Force and Panel* (cioè la *task force* sulle crisi sanitarie globali). Nel rapporto del 2019, si legge "While disease has always been part of the human experience, a combination of global trends, including insecurity and extreme weather, has heightened the risk. Disease thrives in disorder and has taken advantage — outbreaks have been on the rise for the past several decades and the spectre of a global health emergency looms large. If it is true to say 'what's past is prologue', then there is a very real threat of a rapidly moving, highly lethal pandemic of a respiratory

rispetto a quelle che hanno caratterizzato il passato più remoto, quando l'emergenza era solitamente considerata lo stato guerra¹⁹: invero, per essere preparati alle emergenze, dovremmo coltivare il sapere biomedico, la ricerca e la conoscenza in tempi non emergenziali.

Tuttavia, in questo senso è necessario anche avere una visione politica di lungo termine, poiché è l'investimento più intelligente da fare, e forse è anche l'unico possibile: un simile comportamento non è solo una garanzia per il futuro, ma implica la consapevolezza, seppur tardiva, del fatto che si vive in un mondo globalizzato. Un mondo così delineato, fa pensare che potrebbe esservi un'altra pandemia analoga a quella che stiamo vivendo, e investire preventivamente nella gestione dell'emergenza renderà migliore l'organizzazione sotto ogni punto di vista, con la conseguenza che si potrebbero salvare più vite umane e, contestualmente, gestire diversamente l'impatto sulla tutela degli altri diritti fondamentali in campo²⁰.

Gli aspetti sui quali intervenire in periodi di tempo non coinvolti dall'emergenza sanitaria, riguardano tutti gli ambiti della vita di ognuno, e ciò senza necessariamente prevedere una riforma della Costituzione²¹: ritorna un argomento già accennato in questo scritto, in quanto in pochi luoghi, in Italia, la banda è davvero larga, in molti posti le infrastrutture vanno migliorate, sono presenti situazioni familiari caratterizzate da una distribuzione impari dei carichi di lavoro in cui le donne sono svantaggiate costantemente.

Soprattutto nei periodi in cui non si è in emergenza, la politica dovrebbe seriamente interessarsi allo *smart working*, ad una cultura digitale più diffusa anche nella Pubblica Amministrazione (in serio ritardo sul tema), ad una gestione migliore della sanità e dei trasporti pubblici oltre che dei controlli dei flussi turistici fino alla rimozione delle disuguaglianze. D'altro canto, pare evidente, per saggia disciplina costituzionale al suo art. 3, che sia compito dello Stato "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini".

pathogen killing 50 to 80 million people and wiping out nearly 5% of the world's economy. A global pandemic on that scale would be catastrophic, creating widespread havoc, instability and insecurity. The world is not prepared" (cfr. [GLOBAL PREPAREDNESS MONITORING BOARD, A World at Risk, Annual report on global preparedness for health emergencies, Settembre 2019](#), 6).

¹⁹ Lo stato di emergenza viene considerato come ultima misura adottata da un Governo per ripristinare l'ordine in tempo di guerra o qualora vi fossero disordini o un'insurrezione o, infine, anche a causa di disastri naturali. Nel diritto internazionale, lo stato di emergenza è regolato dall'art.4 della Convenzione sui diritti civili e politici del 1966 (al pertinente [sito web dell'ONU](#)).

²⁰ Si vedano in punto, *ex multis* S. PRISCO-F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 24 marzo 2020; A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in [Diritti Comparati](#), 1 maggio 2020; O. CHESSA, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in [laCostituzione.info](#), 12 aprile 2020.

²¹ Soprattutto sull'opportunità (e sulla necessità) di una riforma della Costituzione per poter meglio gestire le emergenze sanitarie, il tema è ampiamente dibattuto, cfr., in questo stesso volume: G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*; M.C. GRISOLIA, *Rapporti tra i poteri ed emergenza*; A. RUGGIERI, *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*.

5. Conclusioni

In primo luogo, va evidenziato che sia nella gestione della pandemia, sia in quella delle fasi successive che porteranno alla ripresa, non sono soltanto in gioco le libertà fondamentali, ma anche il principio di uguaglianza. Si pensi ai casi di violenza sulle donne, intollerabili prima e ancor più insopportabili ora, a causa della convivenza forzata carnefice-vittima (con quest'ultima che non riesce nemmeno ad avere un po' di respiro nel periodo del lavoro fuori casa).

La pandemia ha accentuato anche un ulteriore aspetto: inclusione digitale è inclusione sociale, specialmente quando, per giusti motivi sanitari, la socialità viene distanziata e limitata come nel periodo di massima espansione del coronavirus. Ne consegue che i rapporti *online* diventano una scialuppa di salvataggio, con posti molto inferiori rispetto al necessario: l'esclusione dal mondo digitale di un numero rilevante di persone comporta esclusione sociale per le categorie di persone più deboli.

Ulteriori distorsioni del principio di uguaglianza emergono nella gestione del controllo della diffusione della pandemia: pare evidente il fatto che, a fronte di una indubbia necessità di un preciso controllo medico per combattere l'espansione del Covid-19, è opportuno evitare l'acutizzarsi della cultura del sospetto reciproco, che può portare a ingiuste emarginazioni e, infine, a una ingiustificata paura del contagio (mentre, è bene sempre ricordare, la necessità inderogabile di essere prudenti e efficaci nel distanziamento sociale e – oggi più del solito – nell'igiene personale). Ciò perché la libertà di scaricare, o non scaricare, Immuni, o anche le scelte conseguenti all'avvenuto alert, possono destare sospetti particolarmente radicati in chi ha timore (per certi versi comprensibile) di essere contagiato.

D'altronde, dell'innovazione tecnologica, per molti aspetti, non se ne può fare a meno e, anzi, l'emergenza pandemica ha dimostrato come, in molti ambiti, la cultura digitale sia ancora molto scarsa.

Questi aspetti, tutti delicati e tutti da affrontare, meritano una risalita verticale della politica sulla scena delle riforme: è necessario che questa torni a dettare la linea, agendo non tanto sulla moda del momento, quanto con una visione di insieme che tragga insegnamento da quello che è successo.

Antonio Ruggeri
Stato di diritto, emergenza, tecnologia*

ABSTRACT: This study calls into question the identification, proposed by some scholars, between state of exception and state of emergency in relation to the ongoing situation, while criticising the opinion contrary to the enactment into the Constitution of specific rules on the state of emergency. Moving ahead along this road, the paper deals with the relationship between technology and the fundamental rights acknowledged by constitutional law, highlighting the benefits and costs that the former entails for the latter. The most relevant result of such relationship is the substantial margination which individuals without any technological knowledge undergo in the current society.

SOMMARIO: 1. L'emergenza da coronavirus e l'improprio richiamo alla teoria dello stato di eccezione di schmittiana memoria. – 2. La tesi contraria alla introduzione in Costituzione di una disciplina, seppur essenziale, degli stati di emergenza e la sua critica (con specifico riguardo alle carenze esibite dalla decretazione d'urgenza al fine di provvedere ad emergenze quale quella sanitaria in atto). – 3. Tecnologia e diritti costituzionali: il volto buono e quello cattivo della prima (in ispecie, il *vulnus* che essa può recare alle fondamenta stesse dello Stato di diritto, ponendosi quale fonte di un innaturale e perverso *distanziamento costituzionale* tra persone dotate di un pur minimo bagaglio di conoscenze tecnologiche e persone che ne sono prive, e il bisogno di ridurre, se non pure azzerare, la distanza in parola attraverso poderose ed incisive prestazioni di solidarietà).

1. L'emergenza da coronavirus e l'improprio richiamo alla teoria dello stato di eccezione di schmittiana memoria

Su ciascuno dei termini evocati dal titolo della riflessione che mi accingo a svolgere, come pure sulle loro mutue e complesse relazioni, il dibattito è animato da tempo; e, naturalmente, è tornato a riaccendersi in modo ancora più intenso per effetto della emergenza sanitaria in atto, esibendo posizioni di studiosi, operatori del mondo della scienza, della politica, dell'economia e di altre discipline ancora non poco reciprocamente divaricate. L'emergenza, insomma, non soltanto ha messo a nudo le nostre fragilità ed insicurezze, ponendoci davanti a scenari inquietanti che già nell'immediato futuro potrebbero delinearsi, ma – per ciò che, forse, in pratica maggiormente importa – ha reso testimonianza, in tutta la sua cruda evidenza, della diffusa confusione che si ha in merito alle possibili vie da intraprendere al fine di uscire dal tunnel nel quale ad oggi ci troviamo col minore costo possibile per ciascuno di noi e per l'intera comunità alla quale apparteniamo.

* Lo scritto, aggiornato alla data del 30 giugno 2020, riproduce, senza sostanziali variazioni, l'esposizione orale, mantenendone il tono colloquiale, con l'aggiunta di essenziali riferimenti bibliografici. Segnalo, al riguardo, di aver testualmente trascritto i titoli degli interventi svolti in occasione del nostro incontro quali figurano nella locandina, eccezion fatta per i contributi nel frattempo apparsi.

Il confronto, denso e fecondo, svoltosi in occasione del nostro incontro ha offerto spunti di particolare interesse, meritevoli a mia opinione di essere ulteriormente approfonditi ed attentamente vagliati. A mia volta, sottoporro alla comune attenzione talune rapide notazioni “a primo ascolto” delle approfondite relazioni svolte ed “a prima lettura” di altri contributi ad oggi pubblicati, ponendomi dal peculiare angolo visuale, che ho sempre trovato nei miei studi particolarmente illuminante e istruttivo, della teoria della Costituzione, avuto riguardo all’idea di quest’ultima, che giudico a tutt’oggi attualissima ed insuperata, consegnataci dai rivoluzionari francesi e scolpita nel famoso art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, che obbliga a volgere lo sguardo, a un tempo, verso il riconoscimento dei diritti fondamentali e, a questo servente, la distribuzione del potere tra plurimi centri istituzionali. Mi chiedo, in particolare, se questa idea sia riuscita a reggere all’urto violento della emergenza sanitaria in atto e, più ancora, se, una volta cessata quest’ultima, essa potrà essere ristabilita nel suo pieno vigore e con i tratti originari suoi propri ovvero se – come molti ritengono¹ – nulla potrà ormai più tornare come prima e, ancora, quale potrebbe dunque essere il contesto complessivo che si preannunzia per l’immediato futuro.

Ebbene, anche in occasione del nostro incontro di oggi, come già in non sporadici scritti venuti di recente alla luce, si è affacciata la tesi, con opportuni rilievi critici richiamata da G. Azzariti² e da altri³, secondo cui il modo con cui si è fatto fronte all’emergenza evocherebbe alla mente lo “stato d’eccezione” di schmittiana memoria⁴ e i bagliori di un incipiente e preoccupante potere costituente *in fieri*⁵. E ciò, in considerazione non tanto delle misure adottate, gravemente compressive delle libertà costituzionali, quanto per il fatto che si è a ciò provveduto non già con legge (e, perciò,

¹ Ma v., sul punto, ora, l’argomentata critica di E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, Editoriale, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 16/2020, 27 maggio 2020.

² ... nel suo intervento conclusivo dei lavori della prima sessione del nostro incontro. Di G. AZZARITI v., già, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, Editoriale, in [Costituzionalismo.it](https://www.costituzionalismo.it), 1/2020, 31 marzo 2020.

³ V., tra gli altri, R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d’emergenza e stato costituzionale*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](https://www.biodiritto-biolawjournal.it), Special issue, 1/2020, 43 ss.; A. LO GIUDICE, *Quel vecchio tic dello stato d’eccezione*, in [Left Wing](https://www.leftwing.it), 24 marzo 2020; C. CARUSO, Intervista, in F. DE STEFANO (cur.), *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in [Giustizia Insieme](https://www.giustiziainsieme.it), 2 aprile 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](https://www.rivistaaic.it), 2/2020, 11 giugno 2020, 531 ss. Sullo stato di eccezione, con riferimento alla emergenza in atto, v., inoltre, G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell’ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](https://www.biodiritto-biolawjournal.it), Special issue, 1/2020, 35 ss.; A. VENANZONI, *L’innominabile attuale. L’emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](https://www.forumdiquaderni costituzionali.it), 1/2020, 26 marzo 2020, 490 ss.; T. EPIDENDIO, *Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell’epidemia da Coronavirus*, in [Giustizia Insieme](https://www.giustiziainsieme.it), 30 marzo 2020.

⁴ ... a riguardo del quale v., part., O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d’eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Dir. pubbl.*, 3/2012, 755 ss., con le ulteriori precisazioni che sono in *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Mimesis, Milano 2019; acuti rilievi, ora, in A. CANTARO, *Pandemia e scienza giuridica. In divergente accordo*, in corso di stampa in *Dir. soc.*; v., inoltre, utilmente, E.A. IMPARATO, *Lo stato d’eccezione e forme normative nell’ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](https://www.liberamicorum.it), in [Consulta Online](https://www.consultaonline.it), 22 giugno 2020, e, della stessa, già, *L’eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

⁵ Ha fatto a quest’ultimo, in particolare, richiamo G. DE MINICO, nel suo intervento introduttivo dei nostri lavori. Della stessa, v., già, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

con il necessario coinvolgimento delle assemblee parlamentari) bensì, in buona sostanza, con decreti del Presidente del Consiglio ed altri atti (anche di Presidenti di Regione e Sindaci), seppur poggiati sulle gracili basi di una disciplina men che essenziale posta con decreti legge.

Solo alcune minime osservazioni al riguardo.

In primo luogo, rammento che fatti eversivi dell'ordine costituzionale possono ammantarsi anche delle forme espressive della legalità costituzionale, nulla escludendo che persino leggi approvate con le procedure di cui all'art. 138 possano porsi quali fattori di discontinuità costituzionale, se si conviene che la continuità, al pari del suo opposto, si apprezza al piano dei valori fondamentali positivizzati e, dunque, a seconda che si abbia conferma della loro perdurante vigenza o, all'opposto, si constati il loro svilimento e il sostanziale smarrimento in occasione di una vicenda politico-istituzionale data. La qualcosa, peraltro, in molte circostanze non è affatto agevole da stabilire, sol che si pensi che si hanno modi subdoli di affermazione di taluni fatti eversivi dell'ordine costituito, come ad es. si è da ultimo avuto in Ungheria, o anche fatti costituenti – per dir così – meritevoli di ogni apprezzamento, qual è, a mio modo di vedere, il processo costituente europeo in corso ormai da tempo, il quale peraltro – ho fatto altrove notare –, a differenza dei fatti costituenti di cui si ha usualmente riscontro in seno agli Stati (che o riescono ad affermarsi ovvero falliscono, portando alla restaurazione dell'ordine costituzionale minacciato), potrebbe restare in uno stato di perenne evoluzione, senza mai pervenire a compiuta maturazione⁶.

In secondo luogo, è pur vero che per far fronte alla diffusione del virus si sono messi in campo strumenti impropri, non a caso qualificati da una sensibile dottrina come *extra ordinem* (dei quali ha nuovamente, puntualmente trattato, in occasione del nostro incontro, E.C. Raffiotta⁷). Occorre tuttavia porsi al riguardo due quesiti tra di loro connessi: se un atto *acostituzionale* sia, per ciò solo, sempre e comunque

⁶ Dei fatti costituenti e delle differenze che essi presentano rispetto alle revisioni costituzionali, anche di ampio respiro, si è non molto tempo addietro discusso da parte di U. ADAMO-R. CARIDÀ-A. LOLLO-A. MORELLI-V. PUPO (curr.), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Si è poi ripresa la discussione in A. MANGIA-R. BIN (curr.), *Mutamenti costituzionali*, in *Dir. cost.*, 1/2020, nonché in occasione di un Seminario svoltosi via *web* il 15 maggio scorso in occasione del quale si è avuta la presentazione di quest'ultimo, Seminario la cui registrazione è reperibile al [sito web dell'Università di Cagliari](#), mentre il mio contributo, dal titolo *Tre questioni in tema di mutamenti costituzionali*, può vedersi in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 19 maggio 2020, 467 ss.

⁷ ... nel suo intervento dal titolo *Stato di diritto e ordinanze di necessità*. Di E.C. RAFFIOTTA v., part., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, nonché, con riguardo alla emergenza in atto, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), *Special issue*, 1/2020, 95 ss. In tema, v., inoltre, anche per ulteriori riferimenti, almeno N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in [Diritti Regionali](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 68 ss., e E.A. IMPARATO, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, cit., parte II, § 3 ss.; F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in [Diritti Regionali](#), 2/2020, 30 giugno 2020, 108 ss., e, già, per taluni inquadramenti di ordine generale, M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, e A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

anticostituzionale e – ciò che, forse, maggiormente importa – se avrebbe potuto farsi diversamente da ciò che s'è fatto.

Per il primo aspetto, è vero che al piano dei rapporti di diritto pubblico (ed a differenza di quelli che si hanno *inter privatos*) la competenza c'è unicamente laddove si dà una norma che la fonda e disciplina, ponendosi come lecito unicamente ciò che è permesso, diversamente dai rapporti tra privati per i quali vale, per regola, l'opposto principio secondo cui tutto ciò che non è vietato è permesso⁸. Aggiungo che non soltanto occorre la previa regolazione normativa (che peraltro – come si sa – nel caso nostro si dà, i decreti suddetti, al pari delle ordinanze contingibili ed urgenti essendo prefigurati da metanorme – *non di rango costituzionale* – che specificamente li riguardano) ma è necessario che essa si abbia da fonte adeguata allo scopo; ed è chiaro – perlomeno così a me pare – come non possa considerarsi solida la base normativa sulla quale sono fatte poggiare misure tali da portare all'effetto di mettere, per un tempo prevedibilmente non breve, in stato di palese sofferenza i diritti costituzionali.

Si ripropone, dunque, in termini imperiosi la spinosa questione, della quale si dirà a momenti, concernente la necessità di una disciplina costituzionale delle emergenze. È pur vero, ad ogni buon conto, che di qui ad affermare che le misure suddette evocano scenari catastrofici per l'ordine costituzionale ne corre. Prima infatti di abbandonarci alla disperata constatazione dell'affermazione di un fatto costituente senza ritorno dobbiamo interrogarci non solo sugli effetti immediati discendenti dalle misure stesse ma anche su *chi* ha posto in essere queste ultime e, soprattutto, su quale fosse (e sia) il *fine* che esse hanno avuto di mira. Non dimentichiamo che dietro Conte c'è una certa maggioranza politica che per molti aspetti può essere criticata fuorché – a me pare – per il fatto di connotarsi per tentazioni autoritarie e velleità comunque eversive dell'ordine costituito. E non dimentichiamo soprattutto l'innegabile stato di necessità (non di "eccezione", nell'accezione schmittiana sopra richiamata) in cui non soltanto il nostro Paese è venuto a trovarsi ma, a conti fatti, il mondo intero, come pure la circostanza per cui misure analoghe alle nostre sono state adottate anche altrove⁹. Dovremmo allora

⁸ Lo ha, ancora di recente, rammentato O. CHESSA, *Il permesso di essere liberi*, in laCostituzione.info, 22 maggio 2020.

⁹ Indicazioni nei contributi che sono nella sez. 9, dal titolo *Looking around: le esperienze straniere*, di [Biodiritto-BioLaw Journal](http://Biodiritto-BioLawJournal), Special issue, 1/2020; v., inoltre, G. D'AMICO, *La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, spec. 163 ss., e A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 2/2020, 11 giugno 2020, 558 ss., spec. 573 ss., e, con riferimento all'app. Immuni, ora, L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, e F. BAILO, *Il Covid-19 e le nuove frontiere tecnologiche: l'app. Immuni e (il ritorno dei) braccialetti elettronici?*, entrambi in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme), 25 giugno 2020. Con specifico riguardo alla Germania, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in Dirittifondamentali.it, 2/2020, 31 maggio 2020, 628 ss.; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in Rivista del Gruppo di Pisa, 2/2020, 8 giugno 2020, 40 ss., e E. BUOSO-C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in Federalismi.it, 20/2020, 24 giugno 2020, 75 ss.; per la Gran Bretagna, L. DELL'ATTI, *Stato d'emergenza, sovereignty of Parliament e le sue sfide. Riflessioni brevi sulle implicazioni costituzionali del CoVid-19 nel Regno Unito*, in Osservatorio costituzionale, 3/2020, 26 maggio 2020, 272 ss., e G. CARVALE, *Il Coronavirus Act 2020 e le misure adottate dal Regno Unito per affrontare l'emergenza Covid-19* (agg. al 29 marzo 2020), in Nomos, 1/2020; nella stessa Rivista, per la Francia, D. ROUSSEAU, *L'urgence des libertes*, J. DE VIVO, *Un nuovo "stato d'urgenza" per un'inedita emergenza: brevi annotazioni sul caso francese*, e D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in Osservatorio costituzionale, 3/2020, 2 giugno 2020, 308

dire che dappertutto soffia impetuoso ed irresistibile il vento della eversione costituzionale?

2. *La tesi contraria alla introduzione in Costituzione di una disciplina, seppur essenziale, degli stati di emergenza e la sua critica (con specifico riguardo alle carenze esibite dalla decretazione d'urgenza al fine di provvedere ad emergenze quale quella sanitaria in atto)*

Sono invece del tutto pertinenti le critiche di vario segno e da più parti indirizzate nei riguardi degli strumenti utilizzati per sospendere o, come che sia, fortemente impoverire il godimento dei diritti costituzionali¹⁰, per plurime ragioni, specie di ordine istituzionale, sol che si ammetta – come si deve – che dietro gli atti ci sono gli organi o i soggetti produttori e che, pertanto, torsioni che dovessero registrarsi in seno al sistema dai primi composto hanno la loro immediata proiezione nel sistema delle istituzioni (e, naturalmente, viceversa), ponendosi dunque ora quali fattori ed ora quali testimonianze di grave squilibrio e, a conti fatti, d'incisione di quella separazione dei poteri che, sia

ss.; per gli Stati Uniti, J.M. BARRIOS-E. BENMELECH-Y.V. HOCHBERG-P. SAPIENZA-L. ZINGALES, *Civic Capital and Social Distancing during the Covid-19 Pandemic*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series n. 27320, giugno 2020, in [Astrid](#), 12 giugno 2020. V., infine, i resoconti che sono nella rubrica *Cronache costituzionali dall'estero*, in [Nomos](#), 1/2020, e i contributi su *COVID-19 and States of Emergency* che sono in [Verfassungsblog](#).

¹⁰ Con specifico riguardo al piano delle fonti e degli atti in genere posti in essere nel corso della odierna vicenda, notazioni critiche di vario segno possono vedersi, tra gli altri, in G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [Unicost](#), 4 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 11 aprile 2020; M.A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, in [Diritti Regionali](#), Forum su *La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 18 aprile 2020, 607 ss.; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in [Diritti Comparati](#), 24 aprile 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 7 aprile 2020, e, nella stessa Rivista, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, 28 aprile 2020, e M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, 28 aprile 2020; inoltre i contributi al webinar dell'[Osservatorio sulle fonti](#) su *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, 30 aprile 2020; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Mucchi, Modena, 2020; A.R. RIZZA, *Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti*, in [Consulta OnLine 2020/II](#), 11 maggio 2020, 293 ss.; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 5 maggio 2020; R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in [Giustizia Insieme](#), 15 maggio 2020; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in [Nomos](#), 1/2020, e, nella stessa Rivista, A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*; N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, cit., 68 ss.; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, cit., 16 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., 531 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558 ss.; L. GIANNONE - M. ALBISINNI, *Salus rei publicae suprema lex esto*, in [Giustizia Insieme](#), 21 giugno 2020, spec. § 4; F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, cit., 108 ss. Infine, se si vuole, anche il mio [Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in [Consulta OnLine 2020/I](#), 203 ss.

pure nella forma peculiare assunta presso ogni ordinamento di tradizioni liberali (tra i quali, il nostro), è elemento costitutivo – come si diceva – dell’idea di Costituzione.

Anche in occasione del nostro incontro di oggi e già in altre sedi accreditati studiosi¹¹ ed operatori istituzionali¹² si sono dichiarati fermamente avversi alla proposta, tornata a riaffacciarsi già all’indomani della esplosione dell’emergenza, di inserire nella Carta, allo scopo opportunamente novellata, una disciplina essenziale degli stati di necessità, assumendo che v’è già lo strumento idoneo a farvi fronte, il decreto legge, e che non v’è pertanto bisogno di inventarne altri maggiormente adeguati.

Conosciamo tutti le ragioni¹³ che hanno indotto l’Assemblea Costituente a rigettare la proposta volta alla introduzione della disciplina in parola, in quella sede presentata: troppo cocente era allora il ricordo del ventennio e della guerra disastrosa alla quale il regime fascista aveva dato il suo non secondario concorso e, dunque, non meramente ipotetico o remoto era il timore che strumenti di sì rilevante portata, potenzialmente dirompenti, potessero finire nelle mani sbagliate, prestandosi ad usi perversi, di rottura costituzionale.

Molto tempo è trascorso da quella sofferta (ma anche esaltante) stagione vissuta nell’attesa di una Carta costituzionale che potesse restituire a tutti la dignità svilita durante il regime autoritario e la speranza di poter rifondare su basi completamente rifatte l’ordine costituito all’insegna dei valori di cui la neonata Repubblica si faceva (e si fa) portatrice. È pur vero, però, che non dobbiamo mai abbassare la guardia, assumendo presuntuosamente che la libertà riconquistata non possa ormai più andare perduta o – come pure si è detto da un’accreditata dottrina¹⁴ – che quella di “potere costituente” sia una nozione ormai “esaurita”. Proprio allora, infatti, la minaccia della eversione può farsi largo (e può farlo – si faccia caso – ammantandosi di vesti candide e facendo leva sulla strutturale apertura semantica del dettato costituzionale¹⁵), profittando

¹¹ ... tra i quali G. SILVESTRI e A. CELOTTO, negli scritti sopra richiamati, ed oggi S. STAIANO, nella sua *Introduzione* ai lavori della prima sessione del nostro incontro, e M.C. GRISOLIA, nello scritto sopra citato, § 4; cfr., inoltre, sul punto, G. DE MINICO, nel suo contributo ai nostri lavori, dal titolo *Clausola d'emergenza e Costituzione*, e, della stessa, già, *Costituzione emergenza e terrorismo*, cit., 31 ss., ed E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit., § 3.

¹² ... a partire dalla Presidente della Corte costituzionale, M. CARTABIA, in una intervista resa a L. Milella per [la Repubblica](#) del 28 aprile 2020, sotto il titolo *La Costituzione una bussola nell'emergenza. Non c'è diritto speciale per tempi eccezionali*, oggetto di talune animate e scomposte reazioni.

¹³ ... alle quali ha, ancora di recente, fatto richiamo A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 50 ss. Si è, invece, dichiarata dell’avviso che la Costituente avrebbe ugualmente disciplinato gli stati di eccezione (intesi però in senso largo) E.A. IMPARATO, *Lo stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di conformità*, cit., parte II, § 1.1.

¹⁴ M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in E. RIPEPE - R. ROMBOLI (curr.), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Giappichelli, Torino, 1995, 29, e M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.

¹⁵ Interessanti notazioni, da una inusuale prospettiva teorico-ricostruttiva, su flessibilità e rigidità della Costituzione possono vedersi, oltre che in U. ADAMO-R. CARIDÀ-A. LOLLO-A. MORELLI-V. PUPO (curr.), *Alla prova della revisione*, cit., in F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, FrancoAngeli, Milano, 2019; nei contributi che sono in A. MANGIA-R. BIN (curr.), *Mutamenti costituzionali*, cit., nonché, in prospettiva economica, in L. RAMPA, *Rigidità e flessibilità delle Costituzioni alla luce della teoria dei contratti incompleti*, in corso di stampa in *Mat. st. cult. giur.*

dell'allentata tensione a difesa delle basi portanti dell'ordinamento e dei valori ai quali si ispirano, specie nella congiuntura presente segnata da un nazionalismo viepiù aggressivo e – se posso esser franco, scusandomi per la pesantezza del termine – insolente, che trae facile alimento da una insoddisfazione diffusa in seno al corpo sociale per le difficoltà economiche e i non pochi altri guasti che in seno a quest'ultimo si registrano¹⁶.

Plurime ragioni, ad ogni buon conto, depongono – a me pare – a sostegno della idea di far luogo ad una disciplina *ad hoc* di emergenze che – diciamo così – si portano oltre il tempo ordinario, del fisiologico svolgimento della vita delle istituzioni, tra le quali, con sicurezza, v'è appunto quella odierna. Una disciplina che, se si vuole, può rifarsi al modello sommariamente descritto nella Carta per gli stati bellici, ai quali taluno¹⁷ ha per vero riportato anche la “guerra” che in tutto il mondo si sta faticosamente combattendo contro il coronavirus, demandandosi pertanto alle Camere la delibera dello stato di emergenza, che invece nel caso odierno – come si sa – è stato deciso dal Governo, e rimettendosene quindi a quest'ultimo la concreta gestione. Non si perda, tuttavia, di vista che possono darsi circostanze al ricorrere delle quali il modello costituzionale “salta”, non riuscendo a reggere all'urto impetuoso dell'emergenza e trovandosi pertanto obbligato a recedere per essere rimpiazzato da procedure *extra ordinem* o, addirittura, da comportamenti materiali di contenimento dell'emergenza stessa, salva l'adozione di successive delibere di ratifica una volta tornati allo stato di una sia pur relativa quiete.

Ho già fatto, al riguardo, in altra sede l'esempio di un attacco improvviso del nemico a mezzo di missili a testata nucleare che cadano a pioggia sulle nostre teste. Ebbene, immaginare che si debba attendere la delibera prima dell'uno e poi dell'altro ramo del Parlamento (magari – perché no? – ostacolata dalle opposizioni di turno), la successiva dichiarazione del Capo dello Stato, l'una e l'altra peraltro pur sempre impugnabili davanti alla Consulta (col rischio del loro eventuale annullamento), a me pare cosa del tutto priva di senso.

Il vero è che la natura meramente difensiva costituzionalmente stabilita per gli stati bellici potrebbe, in non poche congiunture, male accordarsi con le procedure ipergarantiste previste nella Carta (e nelle fonti che vi danno attuazione) per l'adozione di una decisione di eccezionale rilievo qual è appunto quella che determina l'entrata in

¹⁶ Ancora non molto tempo addietro, A. MORELLI, *Il fascismo (storico) non tornerà ma la democrazia (costituzionale) non può resistere a tutto*, in [laCostituzione.info](#), 12 agosto 2019, ha avvertito dei rischi che si corrono a considerare la democrazia “eterna”, “una forma istituzionale che si regge da sé, che non necessita di cure e d'interventi e che può sopravvivere a tutto, a qualunque attacco”. In tema, poi, se si vuole, v. anche i miei [Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia](#), in [Consulta OnLine](#), 2019/III, 8 novembre 2019, 628 ss., e *Tre questioni in tema di mutamenti costituzionali*, cit., 467 ss.

¹⁷ ... come F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in [Biodiritto-BioLaw Journal](#), Special issue, 1/2020, 61 ss., del quale v. pure *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in [Diritti Regionali](#), Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali, 22 aprile 2020, 618 ss., e, ora, A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 60 s.; V, però, quanto se ne dice al riguardo nel mio [Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), cit., spec. 207 s.

guerra del nostro Paese bisognosa di essere prontamente adottata¹⁸. Lo stesso potrebbe, dunque, verificarsi anche per ciò che concerne emergenze non meno gravide di effetti. Non si dimentichi che solo negli Stati Uniti d’America, nel breve torno di tempo di qualche mese, il virus ha ucciso più persone dei soldati morti in Vietnam...

Non è, poi, inopportuno qui nuovamente rammentare che le emergenze non sono tutte le stesse: vi sono fatti straordinari, come un terremoto, che producono guasti anche di incalcolabile portata ma che possono essere fronteggiati a modo con lo strumento previsto dall’art. 77 della Carta (così, appunto, si è fatto – come si ricorderà – in occasione del terremoto di Messina e Reggio C. del 1908 o in altre circostanze); e vi sono poi emergenze che si protraggono nel tempo con andamento altalenante, che richiedono un monitoraggio costante e il continuo adeguamento delle misure poste in essere allo scopo. Non a caso, anche nel corso della vicenda in atto, si è fatto luogo all’adozione di plurimi decreti legge che si sono confusamente accavallati nel tempo, dando vita ad effetti di non agevole chiarificazione ed illustrazione ed a problemi essi pure di ardua soluzione. Basti solo pensare al caso di un decreto convertito dopo che era già stato modificato da altro decreto posto in essere in un tempo anteriore alla conversione del primo, senza che sia chiaro quale debba considerarsi la sorte del secondo, se tacitamente ormai privato di effetti ovvero se – come sembra – ancora vigente e suscettibile di essere a sua volta convertito.

Forse, non si è riflettuto abbastanza sulla circostanza per cui il lasso temporale concesso alle Camere per la conversione dei decreti in parola è un indice eloquente della sia pur relativa stabilità ed attitudine degli stessi a durare nel tempo, a consolidarsi appunto una volta sopravvenuta la conversione. L’emergenza sanitaria o altre a questa a vario titolo assimilabili richiedono, invece, come si è venuti dicendo, misure bisognose di essere messe continuamente a punto e perciò di assai più corto respiro temporale di quello concesso ai decreti legge, rispetto a questi ultimi dunque dotate di maggiore agilità nei movimenti e non minore capacità d’ incisione quanto agli effetti.

Insomma, quando il quadro è alquanto fluido, attraversato da un moto incessante e non lineare, le stesse procedure predisposte per la coppia di atti decreto legge e legge di conversione possono rivelarsi troppo lente, incapaci di stare al passo con la realtà.

Di qui, la necessità del ricorso a strumenti prodotti da organi monocratici, quali appunto i decreti del Presidente del Consiglio o di Ministri e le ordinanze di Presidenti di Regione e Sindaci.

Quanto ai primi, in particolare, è chiaro che, per il modo della loro formazione, non si hanno le garanzie invece sussistenti sugli atti posti in essere dall’intero Governo, a partire dal primo dei controlli che prende forma in seno al Consiglio dei Ministri, con la compartecipazione attiva di ciascuno dei suoi membri alla delibera che li pone in essere, seguito dal controllo del Capo dello Stato e, ancora, delle Camere in sede di conversione e, infine, da quello, eventuale, del giudice costituzionale, se chiamato a vagliarne la validità.

¹⁸ Il punto, per vero, meriterebbe un supplemento di riflessione in altro luogo ad esso specificamente dedicato, cosa che mi riprometto di fare tra non molto.

È questa la ragione di fondo per cui ho in altre sedi¹⁹ affacciato la proposta di prevedere per tutti gli atti di emergenza di produzione governativa il previo passaggio dal Capo dello Stato: a garanzia della democrazia parlamentare (e, perciò, della democrazia *tout court*), obbligata in congiunture siffatte a versare in una condizione di palese sofferenza, ed in vista del suo pieno ristabilimento una volta cessata l'emergenza. Tanto più, poi, si rende impellente il bisogno di valorizzare ancora di più il ruolo preventivo di garanzia del Presidente della Repubblica se si pensa che quello successivo della Consulta è non di rado, anche in occasione di emergenze meno gravi di quella presente, soggetto per forza di cose a vistosa contrazione, dovendosi bilanciare i diritti costituzionali con le istanze pressanti ed ineludibili facenti capo alla situazione di fatto, secondo quanto peraltro avvalorato da plurime e convergenti vicende processuali, antiche (come quella definita da [Corte cost. n. 15 del 1982](#)) e recenti (tra le quali quella di cui alla [sent. n. 17 del 2019](#)). Parrebbe, insomma, delinearsi uno scenario quale quello evocato dalla dottrina dei vasi comunicanti: quanto più si abbassa il livello del "contenitore" della Consulta, tanto più si alza (e deve alzarsi) quello del "contenitore" del Quirinale, compensandosi almeno in parte in questa sede ciò che viene naturalmente a perdersi nell'altra.

È però chiaro che la proposta qui nuovamente affacciata, o altre alle quali pure potrebbe pensarsi, richiede una disciplina costituzionale che oggi non c'è; ed è perciò che una innovazione della Carta volta a darvi ingresso si rende comunque necessaria, in difetto della quale è incombente il rischio che anche in future emergenze (o – Dio non voglia – in questa stessa, qualora dovesse tornare a manifestarsi con rinnovata virulenza), allo scopo di farvi fronte, si assista nuovamente a confusi, improvvisati (e talvolta improvvidi) comportamenti di questo o quell'operatore, con grave disorientamento della comunità governata, che si aggiunge, componendosi in una miscela esplosiva dagli imprevedibili effetti, alla paura ed all'incertezza diffusa.

D'altronde, proprio l'esperienza oggi maturata dovrebbe esserci di insegnamento. Basti solo pensare alla pioggia (ed anzi alla vera e propria alluvione²⁰) di ordinanze emanate da Presidenti di Regione e Sindaci dai contenuti più vari e discordanti, senza che risulti poi chiaro quale sia, al tirar delle somme, la disciplina effettivamente vigente in questa o quella zona del territorio della Repubblica, anche se – a quanto pare – i cittadini e le persone tutte componenti la comunità governata si dimostrano forse essere maggiormente disponibili all'ascolto delle indicazioni date dalle autorità stanziate nel territorio in cui si trovano ed operano piuttosto che di quelle che vengono dall'autorità centrale, pur nella consapevolezza che le prime non possono contraddire le seconde e che, laddove invece vi contrastino, possono essere prontamente azionati meccanismi sanzionatori (che, per la verità, talora sono stati messi in atto ma – temo – non a tappeto e nel pieno rispetto del canone di eguaglianza, applicandosi con coerenza

¹⁹ ... nei miei [Il coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), cit., 212 s., e [La forma di governo nel tempo dell'emergenza](#), in [Consulta OnLine, 2020/II](#), 255 ss. Vi fa, ora, richiamo, prendendo però le distanze dalla tesi da me qui nuovamente patrocinata, M.C. GRISOLIA, *Stato di diritto, emergenza e tecnologia: i rapporti tra i poteri*, cit.

²⁰ Di una "mole spaventosa di provvedimenti" discorrono V. GHENO e A. MORELLI, *Il diritto dell'emergenza e l'emergenza del linguaggio normativo: il caso dei "congiunti"*, in [laCostituzione.info](#), 8 maggio 2020, e similmente, con varietà di linguaggio, molti altri.

ed uniformità a provvedimenti sostanzialmente analoghi e, in qualche caso, persino identici venuti alla luce in territori diversi)²¹.

È poi di tutta evidenza (e non occorre qui rammentarlo) che il rinvigorismento, in misura considerevole, del ruolo degli organi monocratici a discapito di quello delle assemblee elettive deve pur sempre risultare contenuto per lo stretto tempo necessario dell'emergenza, secondo quanto la stessa giurisprudenza (costituzionale e non) ha ripetutamente e in modo fermo sottolineato. Perdurando l'emergenza, tuttavia, invocare – come pure s'è fatto in occasione del nostro incontro²² – un pronto ristabilimento degli equilibri fissati nella Carta, restituendo alle assemblee stesse ciò che loro spetta, per auspicabile che sia, può rivelarsi materialmente impossibile. E dobbiamo pure convenire a riguardo del fatto che il tempo presente sembra segnato da plurime, ingravescenti e soffocanti emergenze (da quella climatica a quella terroristica, migratoria, sanitaria appunto e ad altre ancora), di modo che non è meramente ipotetico il rischio che esse possano prestarsi a strumentali utilizzi da parte dei governanti di turno, in sede nazionale come pure in ambito locale. Anche per ciò è – a me pare – urgente apprestare una disciplina costituzionale degli stati di emergenza adeguata a contenere, se non pure a parare del tutto, la eventualità che il rischio stesso si concreti, con effetti dirompenti per il fisiologico svolgimento della vita delle istituzioni nonché dei rapporti in genere tra apparato governante e comunità governata.

D'altro canto, non si dimentichi che le Camere (e le altre assemblee elettive) non sono di certo in crisi da oggi o solo nel tempo dell'emergenza; si tratta, di contro, di uno stato ormai endemico, che si alimenta da plurime fonti e che ha la sua più immediata e tangibile conferma nella condizione svilita e degradata della rappresentanza politica e dei partiti che ne sono responsabili (su di che – com'è noto – sono stati versati fiumi d'inchiostro).

Ad ogni buon conto, in una congiuntura del tutto inusuale quale quella odierna, la tecnologia è venuta in soccorso dei pubblici poteri, assicurandone in qualche modo la continuità nel funzionamento. Penso, ad es., alle riunioni via *web* degli organi collegiali, sia di governo che di garanzia, rese possibili dalle risorse apprestate dalla tecnologia, senza le quali la stasi alla quale essi si sarebbero altrimenti trovati costretti a sottostare avrebbe prodotto effetti catastrofici (ugualmente si è avuto per attività di privati, secondo quanto si vedrà meglio a momenti). Certo, la mancata compresenza fisica delle persone ha un costo innegabile ed è causa di torsioni non rimediabili: ad es., per ciò che concerne il rispetto del principio del contraddittorio nei processi o, qualora vi si dovesse un domani far luogo, per i dibattiti ed il voto a distanza nelle aule parlamentari, oggetto di un animato e ad oggi acceso confronto di posizioni anche reciprocamente distanti²³,

²¹ Delle non poche questioni che si pongono con riguardo ai rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali (specie regionali) trattano gli scritti dietro richiamati in tema di fonti; in occasione del nostro incontro, ne ha poi discorso B. CARAVITA, *Rimedi organizzativi ed emergenza tra Stato-Regioni-Enti locali*.

²² ... part. da G. AZZARITI, nelle sue *Conclusioni* ai lavori della prima sessione, e da M.C. GRISOLIA, in chiusura del suo *Stato di diritto, emergenza e tecnologia: i rapporti tra i poteri*, ma anche da altri.

²³ Su quest'ultimo punto richiamo qui solo la densa relazione, dal titolo *Democrazia e voto a distanza*, illustrata da L. TRUCCO nel corso dei nostri lavori, nonché i contributi di N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 31 marzo 2020, del quale v., inoltre, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#),

o, ancora, per la elezione dei rappresentanti in seno alle assemblee parlamentari *et similia*²⁴ o per la teledidattica (con specifico riguardo alla condizione degli alunni diversamente abili e bisognosi di particolari cure che necessitino anche la vicinanza fisica con gli insegnanti di sostegno)²⁵, ecc.

3. *Tecnologia e diritti costituzionali: il volto buono e quello cattivo della prima (in ispecie, il vulnus che essa può recare alle fondamenta stesse dello Stato di diritto, ponendosi quale fonte di un innaturale e perverso distanziamento costituzionale tra persone dotate di un pur minimo bagaglio di conoscenze tecnologiche e persone che ne sono prive, e il bisogno di ridurre, se non pure azzerare, la distanza in parola attraverso poderose ed incisive prestazioni di solidarietà)*

Una particolare attenzione va, poi, dedicata al rapporto tra tecnologia e diritti costituzionali, nel tempo dell'emergenza e – come si vedrà – anche oltre di esso.

Viene qui in rilievo l'altro elemento espressivo dell'idea di Costituzione cui facevo cenno all'inizio della mia esposizione. Un rapporto, invero, complesso, dai molti volti e gravido di implicazioni ad oggi bisognose di essere come si conviene studiate.

Non pochi studiosi hanno fatto richiamo alla indicazione di un'accreditata dottrina, fatta propria anche dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui tutti i diritti (e, in genere, gli interessi) riconosciuti nella Carta costituzionale richiedono di essere comunque protetti e fatti oggetto di operazioni di bilanciamento tali da fugare il rischio dell'affermazione "tirannica" dell'un diritto sugli altri; e di questa posizione si è avuta eco anche nel corso del nostro odierno confronto.

Nulla da eccepire, in via di principio, a chi la pensa così, con la non secondaria avvertenza tuttavia che il bilanciamento non sempre (e, forse, di rado) si concreta in un sacrificio davvero paritario dei beni della vita evocati in campo dal caso, dovendosi alle volte assicurare prevalente e persino assorbente rilievo all'uno rispetto all'altro (o agli altri).

2/2020, 16 aprile 2020, 121 ss.; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in [Federalismi.it](#), 8/2020, 1 aprile 2020; M. BOZZAOTRE, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2/2020, 11 aprile 2020, 31 ss.; P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 6 maggio 2020; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 12 maggio 2020; M. PIGNATARO, *Come preservare la continuità dell'attività parlamentare ai tempi del COVID-19? Alcune riflessioni sul lavoro "a distanza" e le vie percorribili a normativa vigente*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2/2020, 30 maggio 2020, 486 ss.; F. BIONDI - P. VILLASCHI, *IL funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in [Federalismi.it](#), 18/2020, 10 giugno 2020, 26 ss.; E. RINALDI, *La partecipazione 'da remoto' all'adozione delle deliberazioni parlamentari: paradossi di un'ipotesi recentemente formulata per rilanciare la centralità del Parlamento*, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#), 29 giugno 2020.

²⁴ Su ciò, da ultimo, M. FARINA, *Il diritto di voto alla fermata del "binario elettronico"*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 3 giugno 2020, 639 ss.

²⁵ In tema, v., ora, G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 2 giugno 2020, 410 ss.

Quanto poi alla odierna vicenda, non si dimentichi che tutti i diritti per essere goduti presuppongono la vita e alcuni di essi anche la salute delle persone. Per questo verso, francamente non mi pare censurabile nel metodo l'operato del Governo (e, per esso, in ispecie del Presidente del Consiglio) che ha anteposto la salvaguardia della vita e della salute ad altri beni o interessi pure meritevoli di ogni considerazione (a partire da quelli che fanno capo alle attività produttive ed al mondo del lavoro in genere), pur non facendo qui pure passare sotto silenzio talune riserve di non poco conto per ciò che attiene al merito delle misure adottate.

Ciò posto, è innegabile che proprio l'essenza della Costituzione, il suo cuore pulsante, i diritti, ha dovuto subire, nella emergenza sanitaria in atto, una grave e vistosa compressione, prontamente e con non poca preoccupazione rilevata da una nutrita schiera di studiosi²⁶. Praticamente tutti i diritti si sono trovati (ed alcuni ancora oggi si trovano) in una condizione di palese sofferenza, al punto che viene spontaneo chiedersi se nel tempo dell'emergenza abbiamo davvero avuto una Costituzione, quanto meno appunto nel suo "nucleo duro", effettivamente vigente.

È proprio qui che si coglie il modo peculiare con cui si atteggia la relazione tra emergenza, diritti, tecnologia²⁷. Quest'ultima ha infatti reso possibile il perdurante godimento, seppur con adattamenti di non secondario rilievo, dei diritti e, in genere, lo svolgimento di alcune relazioni sociali che si sarebbero altrimenti trovate obbligate ad una stasi innaturale e gravemente pregiudizievole. Penso, ad es., alla telemedicina, al telelavoro, alla teledidattica, e via dicendo. Anche alcuni diritti classici di libertà, come quella di riunione, hanno tratto giovamento dall'utilizzo degli strumenti offerti dalla tecnologia, potendosi ugualmente essere esercitati pur in difetto della compresenza fisica dei partecipanti.

Allo stesso tempo, la tecnologia, anziché porsi quale risorsa, può divenire un problema di enorme portata per coloro che non sono in grado di avvalersene. Una questione, questa, che è invero spinosa e, per taluni aspetti, inquietante anche (e soprattutto) in prospettiva futura, avuto cioè riguardo al contesto che potrà delinearsi una volta cessata l'emergenza.

²⁶ Un quadro di sintesi può vedersi in A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 25 ss. In argomento, di recente, si segnalano G. BRUNELLI, *Democrazia e tutela dei diritti fondamentali ai tempi del coronavirus*, al [sito web del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara](#), *Diritto virale*, 46 ss.; l'intervista resa da J. HABERMAS e K. GÜNTHER a *Die Zeit*, il 9 maggio 2020, e riprodotta da [Giustizia Insieme](#), 30 maggio 2020, con una nota finale di V. MILITELLO, *Spunti da un dialogo d'oltralpe sui diritti fondamentali alla prova del fuoco*; R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 2 giugno 2020, 341 ss.; gli interventi al webinar su *Emergenza sanitaria e diritti fondamentali* organizzato da [Diritti Comparati](#) e svoltosi il 4 giugno 2020; M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, 999999cit., 16 ss.; L. GIANNONE-M. ALBISINNI, *Salus rei publicae suprema lex esto*, cit. Tra i contributi al nostro incontro, specifica attenzione ai diritti sociali ha prestato P. BILANCIA, *Diritti sociali ed emergenza*, nonché con riguardo al piano dei rimedi giurisdizionali, A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in [Diritti Regionali](#), 2/2020, 20 giugno 2020, 87 ss.

²⁷ Specifica attenzione è stata al riguardo prestata con puntuali rilievi, durante i nostri lavori, da A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto nelle questioni bioetiche*; A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale e il senso dell'umano*; O. POLLICINO, *Tecnologia e il paradigma dell'emergenza*; F.G. PIZZETTI, *Decisione politica ed expertise tecnico*; P. MARSOCCI, *Verso quale tracciabilità?*; F. ABBONDANTE, *Stato di diritto e big data*, nonché, da una prospettiva non giuridica, G. VENTRE, *Tracciateci o tracciamoci?*

Il c.d. *distanziamento sociale* (*rectius*, interpersonale), al quale tutti ci siamo dovuti piegare, in una società tecnologicamente strutturata, rischia di convertirsi in un *distanziamento tecnologico* che poi naturalmente si converte – mi è venuto di dire in altra sede²⁸ – in un vero e proprio *distanziamento costituzionale* tra persone tecnologicamente attrezzate e persone che invece non sono dotate di un bagaglio pur minimo di cultura tecnologicamente orientata. È pur vero che l'analfabetismo è una piaga ancora al presente non poco diffusa nel mondo: pare che siano addirittura quasi 750 milioni gli esseri umani che non sanno né leggere né scrivere, dunque quasi un individuo su dieci. Non si trascuri, tuttavia, il fatto per cui vi sono società organizzate che a tutt'oggi non si avvalgono se non in misura poco rilevante delle risorse della tecnologia, senza che ciò impedisca a coloro che vi appartengono di godere dei loro diritti e di esercitare i doveri di cui sono gravati; altre società sono, poi, addirittura ferme all'età della pietra, nelle quali dunque non si ha ovviamente alcuna discriminazione al loro interno.

Sta di fatto che l'ordinamento giuridico sa, alla bisogna, mostrarsi indulgente nei riguardi di coloro che ne trasgrediscono le regole, che possono beneficiare di talune misure di clemenza pur laddove si siano resi responsabili di efferati delitti; la scienza e la tecnologia, di contro, sono impietose con chi ne ignorano i rudimenti essenziali. E questo – si badi – vale non soltanto per il tempo “sospeso” della emergenza ma anche a regime, *sempre*.

Detto altrimenti, man mano che lo sviluppo scientifico e tecnologico si porterà sempre di più in avanti intere fasce del corpo sociale verranno a versare in una condizione di grave isolamento ed emarginazione, incapaci di portare direttamente ad effetto i propri diritti ed incapaci altresì di adempiere ai doveri inderogabili di cui devono farsi carico.

L'emergenza sanitaria che ancora al presente ci affligge ha reso una eloquente ed inconfutabile testimonianza del fatto che grazie alle risorse apprestate dalla tecnologia molti diritti hanno potuto ugualmente, in una certa misura, farsi valere, a partire dal diritto alla salute ed alla vita, appagato proprio per effetto delle conoscenze e degli strumenti venuti dalla scienza. È poi pur vero che il numero limitato di posti disponibili di terapia intensiva ha portato in non pochi casi a “scelte tragiche” – per riprendere il titolo di un'opera a tutti nota di G. Calabresi e Ph. Bobbitt²⁹ – obbligando ad una

²⁸ ... nel mio [Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?](#), in [Consulta OnLine](#), 2020/II, 284 ss., nonché in *Tre questioni in tema di mutamenti costituzionali*, cit., spec. 486 ss. Sul *digital divide* riferimenti possono ora aversi da P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 26 maggio 2020, 285 ss.; nella stessa *Rivista*, con specifica attenzione alle esperienze che possono aversi nel mondo della scuola, oltre allo scritto di G. LANEVE, in [Osservatorio costituzionale](#), dietro richiamato, v., con specifica attenzione alla teledidattica universitaria, S. PRISCO, *La didattica universitaria a distanza: “filosofia”, opportunità, limiti e rischi*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 19 giugno 2020, 1082 ss. Infine, sulla “mutazione antropologica” generata dalla tecnologia e sui riflessi che se ne hanno nello “stare insieme”, v., in prospettiva giusfilosofica, B. MONTANARI, *Informazione e potere*, in [Giustizia Insieme](#), 21 maggio 2020.

²⁹ ... disponibile, sotto il titolo *Scelte tragiche*, nella traduzione italiana curata da C.M. MAZZONI-V. VARANO, II ed. V. GREMBI (cur.), Giuffrè, Milano, 2006. Di Ph. Bobbitt rammento ora anche un'intervista fattagli da R. Conti per [Giustizia Insieme](#), sotto il titolo *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, 17 maggio 2020, e, nella stessa *Rivista*, una a L. Ferrajoli, L. Eusebi, G. Trizzino ed a me,

innaturale selezione tra vite da salvare e vite da abbandonare al loro destino, senza peraltro che alcuno dei criteri al riguardo astrattamente fissati (anche con l'ausilio di indicazioni venute dallo stesso mondo della scienza³⁰) possa mai reggere alla penetrante obiezione che nessuna graduatoria può farsi tra le stesse e che la stessa vita anche di un solo essere umano, tanto più se indifeso e particolarmente vulnerabile, non "pesa" di certo di meno di quella di molti altri messi assieme, dal momento che ogni volta che una vita si spegne l'intera umanità subisce una perdita irreparabile.

Allo stesso tempo, tuttavia, la tecnologia può causare – come si è venuti dicendo – ferite non rimarginabili al corpo sociale, privando a conti fatti non poche persone della possibilità stessa di far sentire la loro voce, di esercitare diritti e doveri, di partecipare a dinamiche sociali che in misura viepiù crescente si connotano per la loro conformazione su base tecnologica. La qual cosa, poi, obbliga con urgenza a porre mano da subito (ed ancora di più nel prossimo futuro) all'adozione di interventi corposi, incisivi, organicamente strutturati a sostegno di queste persone; e, perciò, evoca in campo, con centralità di posto, il dovere di solidarietà che sempre di più si porrà quale il punto costante di riferimento per l'adozione delle misure positive di cui esse hanno pressante bisogno³¹.

Di qui la conclusione, che lascio in forma interrogativa: quanto "costituzionale", nell'accezione ispirata alla densa indicazione dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, potrà dirsi lo Stato del futuro (ma già, per molti aspetti, del presente³²), una volta che prenderà sempre di più forma il "distanziamento" interpersonale operato dalla scienza e dalla tecnologia?

sotto il titolo *Scelte tragiche e Covid-19*, 24 marzo 2020, cui aggiungo il contributo ai nostri lavori di C. CASONATO, *Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza*.

³⁰ ... tra le quali 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*, formulate dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) il 6 marzo scorso, che hanno animato un fitto e ad oggi non concluso dibattito (v., in particolare, il documento licenziato l'8 aprile scorso dal Comitato Nazionale per la Bioetica, dal titolo *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*).

³¹ A tale dovere hanno fatto, anche in occasione del nostro incontro e sia pure da una prospettiva diversa da quella ora adottata, richiamo molti studiosi, tra i quali M. LUCIANI, nella sua *Introduzione* ai lavori della seconda sessione, nonché M. D'AMICO-F.G. PIZZETTI-P. MARSOCCI. Sul punto, di cruciale rilievo, ho molto insistito nei miei [Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?](#), e *Tre questioni in tema di mutamenti costituzionali*, citt.

³² Non si trascurino, infatti, le opportune avvertenze ancora non molto tempo addietro affacciate da una sensibile dottrina in merito ai più salienti sviluppi di siffatta forma ordinamentale [part., A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss., e V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2018, 7 maggio 2018, del quale, pure *ivi*, v., inoltre, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, 1/2020, 10 marzo 2020, 683 ss. De *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica* tratta ora T.E. FROSINI, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), in [Consulta Online](#) 25 maggio 2020. Infine, in prospettiva comparata, T. GROPPi, *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2020].

Conclusioni

Massimo Villone

Conclusioni

Grazie a tutti per aver voluto partecipare a questa iniziativa, davvero ricca di contenuti e di spunti. Troppe le suggestioni offerte, perché possa riprenderle tutte. Cercherò dunque nelle mie conclusioni di richiamare alcuni tratti principali.

Una prima considerazione va alla eventuale introduzione in Costituzione di una clausola di emergenza. Personalmente, sono in termini generali diffidente verso le ipotesi di riforma costituzionale che non siano di mera limatura testuale, e una *emergency clause* certo non lo sarebbe. L'attuale contesto politico e istituzionale non favorisce "buone" riforme della Costituzione. Fin quando ha retto il sistema dei partiti che avevano concorso al patto costituzionale, si è giunti per convenzione alla revisione della Carta con la partecipazione di tutti i soggetti sottoscrittori del patto. Emblematica la vicenda della commissione Bozzi, che non vide la luce fino a quando non arrivò la firma del PCI sui documenti parlamentari che ne furono alla base. Anche dopo il terremoto politico dei primi anni '90 prevalse il principio che la modifica della costituzione richiedesse un consenso più ampio della maggioranza di governo. Ne fu prova la commissione De Mita-Iotti. Successivamente anche la Commissione D'Alema cercò un consenso ampio, e terminò il suo percorso quando Berlusconi intervenendo nell'Aula della Camera ritirò l'appoggio di Forza Italia al progetto di riforma che pure aveva votato in Commissione.

La riforma del Titolo V nel 2001 inaugura la stagione delle modifiche costituzionali approvate a colpi di maggioranza. Voluta dal centrosinistra, fu approvata con pochissimi voti di margine nella seconda deliberazione. Uguale contrapposizione segnò poi la riforma Berlusconi-Bossi nel 2005 e quella Renzi-Boschi nel 2016, entrambe respinte nel voto referendario.

Il venir meno della convenzione prima citata ha reso evanescente la garanzia della rigidità della Costituzione posta dall'art. 138. Si richiede in seconda deliberazione una maggioranza qualificata, che però non è superiore a quella che di norma sostiene il governo. Questo rende possibili le forzature ad opera della maggioranza, e rende la Costituzione ostaggio della dialettica maggioranza-opposizione. Può anche accadere che la Costituzione rimanga ostaggio della dialettica interna alla maggioranza, come accadde con la riforma Berlusconi-Bossi, che vide lo scambio tra la devolution imposta da Bossi, e il primo ministro assoluto voluto da Forza Italia. Da ultimo, il taglio dei seggi parlamentari ha visto uno scambio tra il sì nel quarto e ultimo voto e la nascita del governo.

Per questo ritengo che l'unica riforma che sarebbe oggi opportuno considerare è la messa in sicurezza della Costituzione, attraverso una modifica dell'art. 138 ed in specie l'innalzamento del quorum in seconda deliberazione, che sottragga la revisione della Carta alla dialettica maggioranza-opposizione, o alla dialettica interna alla maggioranza. Il tema si pose già con l'adozione del Mattarellum e l'introduzione del sistema maggioritario. Ricordo di averne discusso con Leopoldo Elia, mio collega in Senato. Non mancarono proposte dirette a tal fine (ad es. AS 2047, presentato il 28 gennaio 1997).

In sintesi, penso che l'esperienza degli ultimi venti anni suggerisca di metter mano alla modifica della Costituzione solo se davvero indispensabile. Il che non è per la

clausola di emergenza. È ben vero che manca una specifica disciplina. Fu un silenzio voluto e consapevole da parte dei costituenti, che guardavano all'esperienza, allora recente, dell'art. 48 della Costituzione di Weimar. Certo, si può scrivere una *emergency clause* puntando a massimizzarne per quanto possibile la coerenza con il complessivo assetto costituzionale. Ma in ogni caso il silenzio non comporta che la Costituzione nel testo vigente impedisca di fronteggiare una emergenza con la necessaria tempestività.

Troviamo la strumentazione costituzionale per l'emergenza da un lato nel decreto-legge, e dall'altro nel richiamo alla legge – variamente formulato – per la previsione di limiti a diritti e libertà. Anche sul terreno delicatissimo della eventuale compressione di situazioni soggettive protette la Costituzione non pone ostacoli insuperabili. Offre però un chiaro indirizzo: che i limiti siano posti con norme di rango primario: leggi o atti equiparati. Ciò comporta la centralità del parlamento, nel momento della approvazione della legge e della conversione del decreto-legge. E comporta altresì il riconoscimento del pieno ruolo del Capo dello Stato in sede di promulgazione o emanazione, e della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità, soprattutto per i profili essenziali della proporzionalità e della stretta temporaneità.

La vera domanda dunque non è se sia possibile affrontare l'emergenza, ma se quanto si è fatto in concreto per affrontarla sia pienamente conforme alla Costituzione. I dubbi non sono mancati. Essenzialmente, per due profili: anzitutto, lo spazio accordato ai decreti del presidente del consiglio dei ministri, e alle ordinanze di autorità diverse, da singoli ministri alla protezione civile a presidenti di regione e sindaci; inoltre, la sostanziale marginalizzazione del parlamento, ridotto prevalentemente ad ascoltare senza dibattito e voto le informative del governo, e a prendere atto di decisioni concertate tra esecutivi in conferenze e cabine di regia.

Questo approccio non si può ritenere pienamente conforme al modello costituzionale prima delineato. Certo, bisogna tener conto della peculiarità dell'emergenza in cui ci troviamo. Tradizionalmente, l'emergenza suggerisce un evento relativamente delimitato, nel tempo e nello spazio: tipico esempio, un terremoto, l'eruzione di un vulcano, una inondazione o altra calamità naturale. L'impianto normativo del codice della protezione civile, dell'art. 32 della legge 833/1978 e dell'art. 50 del t.u. enti locali è pensato in questa chiave. Con il Covid-19 abbiamo invece un'emergenza che non è delimitata territorialmente, investe per definizione tutto il Paese, che si è anzi estesa su scala mondiale, e non è delimitata nel tempo, perché possiamo essere ragionevolmente certi che proseguirà alternando miglioramenti e peggioramenti fino alla scoperta di un vaccino efficace, e dunque per un tempo al momento non quantificabile. Da questo punto di vista certo una situazione difficile da riportare ai canoni più consolidati. Appunto questo, però, rende il codice della protezione civile una base particolarmente fragile per il castello di decreti del presidente del consiglio dei ministri che è stato poi costruito. Mentre il fondamento legislativo per le limitazioni a libertà e diritti rimane incerto e troppo ristretto.

Si è discusso di "parlamentarizzare" la crisi. Secondo un'opinione un tentativo in questo senso è stato fatto con il decreto 19/2020, che dovrebbe aver messo ordine nella materia. Ma a ben vedere il decreto pone un lungo elenco di situazioni in cui è consentito intervenire con dpcm, o ordinanze di presidenti di regione e sindaci. Una vera parlamentarizzazione dovrebbe riportare al parlamento le scelte fondamentali

concretamente limitative di libertà e diritti, e questo il decreto non lo fa. Eppure, parlamentarizzare è necessario, in prospettiva forse ancor più che nell'immediato.

Alla crisi in senso stretto sanitaria si affiancherà una crisi economica e sociale la cui portata è persino difficile oggi immaginare. Qualche impatto lo vediamo già, ad esempio laddove si coglie un problema di nuove discriminazioni a danno delle categorie deboli. Così, le donne sono le prime vittime della perdita di posti di lavoro, delle imprese che chiudono i battenti, o magari anche solo della necessità di tornare alla cura di figli lasciati a casa dalla chiusura delle scuole. Il ritorno forzato al ruolo di angeli del focolare è una vera e propria regressione. Parimenti, sono penalizzati i disabili, candidati ad essere esclusi tra i primi dal ciclo produttivo. O persino gli anziani, per i quali c'è stato in documento della Presidenza del consiglio che ipotizzava una quarantena speciale e prolungata. Non credo che accadrà, perché in un Paese dove gli over 65 sono il 35% della popolazione, chi si arrischiava in tal senso probabilmente pagherebbe un prezzo politico molto alto. Ma anche giuridicamente la via sarebbe impraticabile. La pericolosità della persona, per sé stesso e per gli altri non dipende dall'età, ma dalle condizioni di salute. Il parametro dell'età di per sé non garantisce alcun risultato utile: che serve mettere in quarantena l'anziano in buona salute se poi si lasciano liberi gli under 65 che sono diabetici, cardiopatici, immunodepressi o altro?

Cominciamo a vedere che ci sono questioni e scelte bene affidate a un decisore politico come un parlamento rappresentativo, e tali da richiedere soluzioni eguali per tutti. La cacofonia istituzionale che ha segnato l'ultima fase dell'emergenza sanitaria e potrebbe parimenti segnare l'emergenza sociale ed economica non può che preoccupare. Certo, si è evidenziata anche una contrapposizione tra Palazzo Chigi e le Regioni sul crinale della contrapposizione in sede nazionale tra maggioranza e opposizione. È stata segnalata anche autorevolmente la mancanza in Costituzione di una *supremacy clause*, che consentisse un primato senza se e senza ma allo Stato nella risposta alla crisi. Ma va detto in proposito che, mentre può essere in generale opportuna la introduzione di una *supremacy clause* nell'art. 117 della Costituzione per rimediare all'errore commesso nel 2001 con la cancellazione nel Titolo V riformato dell'interesse nazionale come limite alla potestà legislativa regionale, nel caso specifico della pandemia la supremazia può assumersi esistente.

L'art. 120 Cost. consente al Governo di sostituirsi agli organi di Regioni ed Enti Locali in una serie di casi, tra cui sicuramente rientra anche la crisi Covid. La legge 131/2003 del 2003 all'art. 8 disciplina questo esercizio di poteri sostitutivi e consente al Governo nei casi straordinari di necessità ed urgenza, l'immediata adozione di provvedimenti. Non sembra possibile dubitare che un potere di sostituzione presuppone una supremazia, quanto meno nelle situazioni in cui sussiste e può essere esercitato. Diversamente, come giustificarlo? In ogni caso, il governo avrebbe potuto, volendo, sostituirsi a presidenti di regione e sindaci nel caso di adozione di provvedimenti non compatibili con quelli del governo.

È accaduto, ad esempio, ad opera della Presidente della Calabria Santelli. Ma il ministro Boccia ha preferito al potere di sostituzione una impugnativa davanti al TAR. Il giudice amministrativo ha dato poi ragione al governo. Ma il punto decisivo è un altro. Il Governo, volendo, avrebbe potuto sostituirsi in autotutela e revocare l'ordinanza della Santelli. Fare ricorso al TAR indica la volontà di non esercitare una posizione di

supremazia che pure si aveva. E si sceglie di non esercitarla perché si preferisce cercare consensi in sedi allargate come cabine di regia e conferenze tra esecutivi. È una scelta che si legge in termini di forza o di debolezza? Personalmente, la vedo come una debolezza non del sistema in astratto, ma della scelta del governo di non esercitare un potere di cui pure disponeva. E un potere non esercitato finisce con l'indebolire il soggetto che è astrattamente titolare del potere medesimo.

Un buon esempio lo troviamo anche nell'insegnamento che la crisi Covid ci consegna per la sanità. È infatti evidente che il servizio sanitario è ormai nazionale solo come etichetta, essendo largamente differenziato su base regionale per quantità e qualità dell'offerta di assistenza. Il punto è che manca una vera politica sanitaria nazionale. Da tempo gli indirizzi in materia vengono dalle conferenze Stato-Regione, in cui lo Stato ha guardato essenzialmente ai risparmi di spesa, e gli indirizzi di politica sanitaria e il riparto delle risorse disponibili sono stati in sostanza lasciati al confronto tra le Regioni. Confronto in cui hanno prevalso le regioni più forti, contribuendo in misura decisiva alla crescita delle diseguaglianze territoriali.

Proprio l'evidenza di un sistema sanitario fortemente squilibrato ha suggerito ad alcuni l'idea di riportare la sanità allo Stato. Una via difficile da praticare, e sulla quale i governatori hanno fatto immediatamente muro, per l'ovvia ragione che la sanità è gran parte dell'istituzione regione, e certamente il terreno più fertile per la gestione del consenso. Radicali innovazioni dell'assetto costituzionale vigente sono improbabili. Ma una correzione degli squilibri attraverso un uso più incisivo della potestà di dettare i principi fondamentali della materia è possibile. Può bastare per una politica sanitaria volta all'eguaglianza più di quanto sia finora avvenuto. Anche qui, a causa di una sostanziale rinuncia da parte dello Stato a esercitare un potere di cui pure disponeva.

L'uscita progressiva dalla crisi sanitaria allevia la pressione sui diritti e le libertà, mentre l'avvio della crisi economica e la crescita delle povertà antiche e nuove aumenta a dismisura il rischio di diseguaglianze. Per entrambi i profili cresce la domanda di politica, e si consolida il bisogno di un parlamento rappresentativo. Non sfugge che l'istituzione parlamento è segnata da una crisi profonda, secondo alcuni non reversibile. Ma non ci sono alternative, e bisogna dunque fare tutte le scelte opportune per rafforzarla, a partire da una buona legge elettorale.

In ogni caso, bisogna sapere che non ci sono scorciatoie. Tra queste, vorrei in specie considerare l'intelligenza artificiale. Questo è un tema a me caro: io mi chiedo, per la verità, se stiamo guardando la cosa dal punto di vista giusto, perché tante cose sono state messe in campo, come la riservatezza o il consenso informato che non basta più come risposta. Personalmente, credo che i problemi siano altri. A Parma, qualche tempo addietro, facemmo un convegno sull'intelligenza artificiale e da qualche lettura trassi l'informazione di un sorpasso dell'intelligenza artificiale sull'intelligenza umana. Gli studiosi concordavano sull'an, e si dividevano solo sul quando, in un range dal 2040 al 2050, cioè praticamente domani. Magari, con l'accelerazione della evoluzione tecnologica e l'aumento esponenziale della potenza di calcolo, anche prima. Allora, il problema è chi orienta l'intelligenza artificiale, chi la controlla.

Io mi preoccupo dell'intelligenza artificiale non per la pandemia di oggi, ma per quelle future, che sicuramente ci saranno. Immagino, per esempio, un contesto nel quale l'intelligenza artificiale gestisce la sanità (cosa per niente impossibile, ed anzi probabile

tra il 2040-2050). Deciderebbe per l'immunità di gregge? Disporrebbe per i simil-arresti domiciliari a prescindere per gli anziani? Come gestirebbe i letti di terapia intensiva, i respiratori e quant'altro quando non ve ne fossero abbastanza per tutti? Oggi può sembrare facile rispondere che l'algoritmo fa quello che la programmazione impone che faccia. Ma si sta aprendo il fronte dell'autoapprendimento, del *machine learning*. E non dobbiamo pensare a quel che oggi sono i primi timidi passi su questa strada, ma a quello che potrà essere tra venti o trenta anni.

Non mi preoccupa, quindi, l'automobile a guida automatica, o l'attribuzione automatizzata delle sedi ai docenti. Mi preoccupa invece uno scenario in cui l'intelligenza artificiale sia talmente invasiva e pervasiva da sconfinare nella formulazione di un indirizzo politico. Vorrei poter dire che riusciremo ad evitarlo, ma non ne sono affatto sicuro. Mentre penso che a molti in situazioni controverse potrebbe apparire la via per decisioni difficili apparentemente sostenute da una logica inoppugnabile. Potrebbe sembrare non molto diverso dall'avere una commissione di tecnici ed esperti in seduta permanente e preposta a decidere.

Dovremo affrontare il problema in futuro, ma non oggi. Qui e ora possiamo limitarci a considerare che una grande crisi evidenzia la necessità di una politica che ne preveda e ne corregga gli effetti potenzialmente negativi. La crisi in atto avrà come effetto inevitabile un impoverimento del paese. Lo vediamo già nelle statistiche della povertà assoluta e relativa, e nella emersione di una fascia di nuovi poveri. Si può affrontare in uno di due modi: scommettendo sull'eguaglianza, difendendo i più deboli – categorie sociali, territori – e puntando a una riduzione dei divari esistenti; oppure scommettendo sulle diseguaglianze, per favorire un più rapido recupero dei più forti. Il tema era già all'attenzione, in specie con la discussione sul regionalismo differenziato. La crisi lo ha messo in maggiore evidenza, e reso più urgente. Soprattutto, con il flusso di risorse straordinario di cui si spera di poter disporre, si avranno strumenti per intervenire. Ma una volta assunte le scelte di fondo, non ci saranno ulteriori risorse per correggere eventuali errori o cambiare strada. E solo scommettendo sull'eguaglianza possiamo sperare di consolidare in modo duraturo l'unità della Repubblica, che corre rischi da non sottovalutare.

Per questo, perché tutto avvenga in modo trasparente e con piena assunzione di responsabilità, la parlamentarizzazione della crisi è necessaria, e il modello costituzionale va pienamente recuperato. Le assemblee elettive devono essere il luogo delle scelte. Certo vorremmo un parlamento più ampiamente rappresentativo, e i cui componenti fossero espressione di un voto libero piuttosto che bloccato. Vorremmo un parlamento capace di affermare la sua centralità e autorevolezza assai più e meglio di quanto abbia inteso fin qui fare. Ma è pur sempre il parlamento il luogo in cui vanno illustrate, discusse, decise scelte che profondamente, e in modo difficilmente reversibile, incidono sul futuro del paese. Non bastano a tal fine cabine di regia, comitati di esperti, sedi di concertazione tra esecutivi che non garantiscono visibilità, e ancor meno una trasparente assunzione di responsabilità

ELENCO DELLE AUTRICI E DEGLI AUTORI

Fulvia Abbondante, Ricercatrice di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Paola Bilancia, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

Carlo Casonato, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università di Trento.

Marilisa D'Amico, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

Giovanna De Minico, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Maria Francesca De Tullio, Dottoressa di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi", Università degli Studi di Napoli Federico II.

Laura Grimaldi, Dottoranda di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi", Università degli Studi di Napoli Federico II.

Maria Cristina Grisolia, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.

Francesca Niola, Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, Sapienza Università di Roma.

Maria Orefice, Dottoressa di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi", Università degli Studi di Napoli Federico II.

Alessandro Picarone, Consulente legale.

Andrea Patroni Griffi, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Federico Gustavo Pizzetti, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

Antonio Ruggeri, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

Lara Trucco, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Genova.

Massimo Villone, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Alfonso Vuolo, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Il Volume raccoglie gli atti del Webinar “Stato di diritto – Emergenza – Tecnologia”, organizzato dal Centro Ermes (*European Research Centre on Media for E-Society*).

Il tema centrale della riflessione è quanto dello Stato di diritto, separazione dei poteri e libertà fondamentali, sia derogabile dall'emergenza. La ragione dell'accostamento dei termini emergenza e tecnologia è nella possibilità che gli effetti socialmente asimmetrici dell'emergenza da Covid-19 possano essere compensati dalla tecnologia, a condizione che la stessa sia orientata verso l'uguaglianza sostanziale.

Gli Autori si interrogano sul carattere necessario o opportuno di una clausola emergenziale *ad hoc* in Costituzione; sul delicato bilanciamento tra i diritti fondamentali; sulla compatibilità costituzionale della misura di coesistenza degli stessi con i principi di proporzionalità e precauzionalità; sulla tecnologia come nuova modalità di esercizio delle libertà; e sul ruolo della tecnica rispetto alla politica anche ai fini dell'imputazione delle distinte responsabilità al decisore politico e al soggetto tecnico.

GIOVANNA DE MINICO è professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II. Già componente della Commissione parlamentare per la *Dichiarazione dei Diritti in Internet* e del Consiglio Superiore delle Comunicazioni. Coordinatrice di gruppi di ricerca internazionali. Direttrice del Centro Ermes. Autrice di numerosi monografie e saggi, italiani e stranieri – in tema di Autorità Indipendenti; *Regulation*; Libertà fondamentali; Internet e Legge della paura – nonché di articoli sulla stampa nazionale.

MASSIMO VILLONE è professore emerito di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Già direttore del Dipartimento di diritto costituzionale italiano e comparato. Senatore della Repubblica nelle XII, XIII, XIV e XV Legislature. Presidente della 1^a Commissione del Senato nella XIII e vicepresidente nella XIV. Componente della Commissione D'Alema nella XIII Legislatura. Autore di monografie, manuali e saggi – in tema di forma di governo; sistemi elettorali; costi della politica; autonomie territoriali e federalismo differenziato – nonché di articoli sulla stampa locale e nazionale.

CONSULTA ONLINE

ISBN 978-88-945618-0-7