

Emergenza pandemica, decisioni, bilanciamento

Baldassare Pastore

Università degli Studi di Ferrara

Abstract: Pandemic Emergency, Decisions, Balancing.

The Covid-19 pandemic confronts us with complex issues and choices regarding the vulnerability of individuals. The pandemic emergency requires decisions to protect life and health. It limits our freedoms. The limitations, however, must occur by evaluating the proportionality and adequacy of the interventions. Here the balancing approach comes to the fore, starting with the recognition of the intertwining of freedom and responsibility and the solidarity commitments that cannot be renounced in our legal-political organizations.

Keywords: Covid-19, Vulnerability, Solidarity, Law and Politics, Balancing.

Sommario: 1. Covid-19: vulnerabilità, istituzioni, solidarietà – 2. Emergenza e diritto – 3. Diritti e bilanciamenti

1. Covid-19: vulnerabilità, istituzioni, solidarietà

La pandemia da Covid-19 è già entrata nella storia del XXI secolo, sia per la sua pervasiva azione letale, sia per la mobilitazione globale senza precedenti messa in atto per affrontarla. L'interdipendenza che caratterizza il mondo odierno accelera la rapidità della diffusione pandemica, trasformando eventi catastrofici locali in fenomeni planetari, e mette a nudo la condizione di vulnerabilità che accomuna gli esseri umani¹.

Siamo di fronte ad una crisi epocale che ha messo in discussione abitudini quotidiane, forme di vita, modalità dell'agire politico, relazioni internazionali² e che impone di ripensare il rapporto con la scienza, con l'economia, con i modelli di sviluppo, con la natura, in ragione del progressivo degrado dell'ecosistema

¹ D. Di Cesare, *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020, pp. 24-25, 73.

² G. Zaccaria, "Avvertenza", in G. Zaccaria (a cura di), *Dopo l'emergenza. Dieci tesi sull'era post-pandemica*, Padova University Press, Padova, 2020, p. 7.

globale³. La complessità delle questioni in gioco rende la pandemia un “fatto sociale totale”⁴, che tocca l’intera società e le sue istituzioni, caratterizzandosi come un insieme di discorsi e di pratiche che permea ogni aspetto della vita e delle relazioni intersoggettive.

La pandemia da Covid-19, in un mondo inevitabilmente interconnesso, mostra, in modo tragicamente emblematico, il senso della vulnerabilità umana e fa emergere il volto della fragilità⁵ e della sofferenza, ma anche della dipendenza relazionale. La vulnerabilità si pone come paradigma grazie al quale configurare e interpretare vari aspetti del reale, nonché dar conto della precarietà, dell’insicurezza, delle minacce, dei rischi, che caratterizzano l’epoca contemporanea e che incidono sulla vita degli individui⁶. La nozione indica la suscettibilità di subire ferite (*vulnera*), ossia, in generale, la suscettibilità di subire danni causati da fenomeni naturali o da attività umane. Può essere predicata, così, di esseri umani, specie animali, ambienti naturali, costruzioni umane. Riguarda una possibilità reale, connessa ad una serie di situazioni, da cui dipende il verificarsi di determinate stati di cose, e che si manifesta in determinate circostanze. Tali stati di cose rilevano in quanto sono in relazione con l’agire umano come sue condizioni e suoi effetti. “Vulnerabilità” e “vulnerabile” sono, inoltre, termini che designano una *particolare* suscettibilità, da parte di un soggetto e o di più soggetti, di subire determinati danni per effetto di determinate azioni o determinati fenomeni naturali. Qui la parola rinvia a caratteristiche che sono possedute in grado diverso da soggetti diversi in ragione della loro maggiore o minore esposizione al rischio di essere colpiti e danneggiati⁷. La vulnerabilità, dunque, si pone come condizione universale, che è inerente ad ogni essere umano, ma che può mostrarsi con forme e gradi peculiari, legati ai concreti contesti esistenziali⁸. Ciò mette in rilievo il compito delle istituzioni nel sostenere *policies*

³ Cfr. C. Henry, L. Tubiana, *La terra a rischio. Il capitale naturale e la ricerca della sostenibilità* (2017), Il Mulino, Bologna, 2019. V., in proposito, T. Mazzaresse, “Covid-19 e interventi giuridici per arginarne il contagio. Un groviglio di problemi dei quali tentare un inventario”, in *Lo Stato*, 8 (2020), n. 15, pp. 371-372, 382-383.

⁴ L’espressione è di M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche* (1950), Einaudi, Torino, 2002, pp. 5, 114. Cfr. sul punto, proprio con riferimento alla pandemia, M.G. Bernardini, S. Carnovali, “Diritti umani in emergenza: un’introduzione”, in M.G. Bernardini, S. Carnovali (a cura di), *Diritti umani in emergenza. Dialoghi sulla disabilità ai tempi del Covid-19*, IF Press, Roma, 2021, p. 12, anche per alcuni ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵ Per un’analisi della fragilità che la pandemia da Covid-19 ha fatto emergere nel sistema globale, altamente interdipendente, ma privo di regole efficaci per proteggersi dagli *shock* riguardanti la politica e l’economia, si veda V.E. Parsi, *Vulnerabili: come la pandemia cambierà il mondo. Tre scenari per la politica internazionale*, Piemme, Segrate, 2020.

⁶ Cfr. E. Ferrarese, *Vulnerability and Critical Theory*, Brill, Leiden-Boston, 2018.

⁷ In argomento si rinvia a B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1-7.

⁸ Sulla compresenza, nell’idea di vulnerabilità, della dimensione disposizionale (*dispositional vulnerability*) e di quella relativa ai contesti esterni (*occurrent vulnerability*) v. C. Mackenzie, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, in C.

in grado di ridurre l'esposizione, aumentando il grado generale di resilienza, che ha a che fare con le strategie attraverso le quali si può mitigare, compensare, rimediare a, tale vulnerabilità⁹. La resilienza, intesa come reattività in rapporto a *shock* prodotti da eventi traumatici (quando non catastrofici) e come processo dinamico che consente di fornire risposte a situazioni avverse, presenta significative implicazioni sul piano delle politiche pubbliche. Essa richiede l'intervento delle istituzioni nell'assicurare un conferimento e una giusta redistribuzione di risorse, servizi, opportunità agli individui per affrontare i rischi e riparare i danni occorsi. Rinvia, così, all'impegno a farsi carico di responsabilità condivise e di doveri al fine di costruire e mantenere un ambiente sociale ed esistenziale che contribuisca a porre le condizioni di sostenibilità, di adattamento positivo¹⁰, ma anche di innovazione.

Diritto e politica sono chiamate a svolgere un ruolo centrale nel contrastare gli effetti del virus, che ha agito nei diversi Paesi come un "pettine impietoso", in modi differenti e in relazione alle varie capacità di risposta, evidenziando la necessità di misurarsi con una serie di nodi e di problemi spesso colpevolmente trascurati. Il Covid-19 è stato, e continua ad essere, un forte acceleratore di un andamento, riguardante la società complessivamente considerata, che si presenta sotto il segno drammatico dell'urgenza e dell'incertezza¹¹.

Diventa irrinunciabile, qui, la decisione politica, che comporta la capacità di interpretare le situazioni, peculiari e contingenti, entro le quali non si può non scegliere. La politica, però, per scegliere e decidere, ha bisogno di conoscenze e competenze tecniche atte a valutare la situazione e a prefigurare gli esiti delle azioni. L'emergenza del coronavirus, così, solleva la questione del rapporto tra politica e scienza. La perizia degli esperti è essenziale per avere contezza della complessità delle questioni. Tuttavia va evitato che essa diventi un rimedio contro il timore di giudicare e scegliere. Bisogna ricorrere al parere degli esperti, senza che la politica si limiti ad eseguire le loro indicazioni, come se esistesse, già bella e pronta, la soluzione¹². Affermare che la politica ha bisogno delle conoscenze non significa che queste, di per sé, automaticamente, determinino le decisioni. Ciò condurrebbe a negare lo spazio libero, discrezionale, della politica. Essa deve chiedere che la scienza produca conoscenze, valorizzandole e sostenendole, senza

Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (a cura di), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014, pp. 38-39.

⁹ M.A. Fineman, "Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile" (2010), in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, Roma, 2018, pp. 170-176. Sul modello della resilienza come strumento di intervento in relazione alla vulnerabilità cfr. H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, Éditions du Croquant, Broissieux, 2010, pp. 89 ss., 94 ss.

¹⁰ Cfr. C. Inguglia, "Resilienza", in *Risk elaboration*, 1 (2020), n. 1, pp. 50-51.

¹¹ Così G. Zaccaria, "Riflettere sulla pandemia. Dieci tesi sull'era post-pandemica", in G. Zaccaria (a cura di), *Dopo l'emergenza*, cit., pp. 9 ss.

¹² D. Di Cesare, *op. cit.*, pp. 40-44.

dimenticare la responsabilità della decisione¹³. Spetta alla politica il saper collocare le necessità della contingenza all'interno di un destino comune, nella condivisione di un vincolo reciproco.

Il ruolo dello Stato, in questo scenario, è irrevocabile e il Covid-19, da questo punto di vista, conferma che gli Stati sono attori essenziali nel fronteggiare le emergenze e nel limitarne i danni¹⁴. Il punto va evidenziato soprattutto perché i mutamenti economici, politici, sociali, giuridici, tecnologici provocati dalla globalizzazione hanno messo in discussione la primazia dello Stato nazionale e hanno contribuito a generare la narrazione del suo declino. Contro tale narrazione è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che l'organizzazione statale è soggetta a continue ridefinizioni che pongono in primo piano l'esigenza di un suo ripensamento nel contesto delle tendenze e delle trasformazioni riguardanti i cambiamenti interni ed esterni¹⁵. L'integrazione dello Stato in ambiti sovranazionali (si pensi all'Unione europea), internazionali, transnazionali revoca in dubbio l'idea di una sovranità chiusa, assoluta, indivisibile, esclusiva, facendo emergere un orientamento secondo il quale essa è "ripartita" e riconducibile ad una pluralità di soggetti, a molteplici istanze autoritative, che la esercitano, ciascuno con riguardo alle proprie competenze, secondo modalità complementari e tendenti, pur tra tante difficoltà, verso lo sviluppo di un modello cooperativo, entro un campo di relazioni e di interdipendenze, che definiscono una sostanziale alterazione dei modi di funzionamento dello Stato, il cui ordinamento, con le decisioni prodotte, è il risultato *in fieri* di continue combinazioni e interazioni normative. La sovranità, dunque, non può essere ridotta ad un "sovranoismo isolazionista"¹⁶. Mantiene una valenza essenziale, solo che sono cambiati (e ampliati) i luoghi in cui essa si concentra. Gli Stati, pertanto, non sono fuori gioco, non sono entità sul viale del tramonto. Essi operano dovendo dare risposte inevitabilmente "glocali". Rimane l'esigenza di affermare una serie di prerogative e di attività, che, seppur mutate, si pongono come elementi della legittimazione dello Stato nella variegata arena mondiale¹⁷. Gli Stati esercitano funzioni e svolgono compiti importanti, che risultano realizzati con efficacia quando sono effettivamente portati a termine in maniera più vicina possibile agli individui che vi abitano. Le decisioni politiche e giuridiche hanno bisogno di un "dove" applicativo e di un "dove" esecutivo. Non possono prescindere da una determinazione topografica, sia per il loro vigore sia per la loro osservanza, che di solito l'organizzazione statale riesce ad assicurare nel modo migliore. Lo Stato garantisce le opzioni di fondo, indispensabili in una comunità politica, per

¹³ L. Illetterati, "Scienza, comunicazione e politica", in G. Zaccaria (a cura di), *Dopo l'emergenza*, cit., p. 51.

¹⁴ G. Zaccaria, "Il ruolo dello Stato prima e dopo la pandemia", in *Esodo*, 1 (2021), pp. 17-18.

¹⁵ Sul tema cfr. B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 312-314.

¹⁶ G. Zaccaria, "Riflettere sulla pandemia. Dieci tesi sull'era post-pandemica", cit., p. 10.

¹⁷ B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 315-317.

affrontare i problemi di distribuzione di beni, al fine di minimizzare le disuguaglianze, e di condivisione dei significati e dei criteri ad essi relativi. Ciò, tra l'altro, pertiene alle tutele a protezione dei bisogni basilari delle persone e al rafforzamento delle reti di sicurezza sociale, tramite la formulazione e l'attuazione di parametri ragionevoli di solidarietà.

Viene in evidenza, a questo riguardo, la portata propriamente giuridica dei doveri legati al principio di solidarietà, la cui valenza assume una connotazione *verticale*, pubblica, istituzionale, e una *orizzontale*, connessa alle forme di corresponsabilità, che segna l'impegno *in solido*, consapevolmente assunto, a farsi carico dei costi della cooperazione sociale, nell'ottica del mutuo riconoscimento e della reciprocità. Ciò la caratterizza come esigenza comune, dal momento che i soggetti più deboli, più vulnerabili, rendono più fragile e vulnerabile l'intero sistema sociale¹⁸.

I doveri di solidarietà trovano il loro punto d'incontro nella persona vista come centro di interessi e di istanze assiologiche attorno a cui ruota l'ordinamento, nella sua caratterizzazione costituzionale¹⁹. La solidarietà postula la socialità, incarna la tensione a non perdere di vista l'importanza dei legami sociali e rinvia alla comunanza nell'interazione. Richiede la condivisione e l'accettazione di una trama di regole, principi e istituti capaci di produrre un agire sociale orientato alla convivenza. L'affermazione dell'esigenza assiologica dell'adempimento dei doveri di solidarietà è inscritta nella prospettiva del primato della persona, all'interno della dinamica delle relazioni intersoggettive²⁰, e si caratterizza nel senso di una attenzione alla vulnerabilità interpretata quale tratto strutturale della condizione umana, che tuttavia presenta una dimensione situazionale, contestuale²¹.

I doveri di solidarietà, peraltro, vengono specificati e tipizzati facendo corrispondere ad essi precisi diritti (tra i quali, quello alla salute e quelli contro l'esclusione sociale e la povertà). Si tratta di diritti sociali, che trovano la loro congiunta giustificazione nel principio di eguaglianza (inteso in senso sostanziale) e nel principio di solidarietà e che sono caratterizzati da un aspetto prestazionale, finalizzato a garantire i bisogni primari delle persone, in risposta alle loro fragilità. Alla solidarietà, specificamente, è dedicato il capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riguarda una serie di disposizioni relative proprio ai diritti sociali, che si configurano, nel contempo, come ragioni per norme giuridiche, aventi la portata di principi-guida orientativi degli interventi di *welfare*, e come strumenti istituzionali di tutela, la cui efficacia si lega alla garanzia della loro attuazione concreta. Il valore della solidarietà, in questo

¹⁸ G. Zaccaria, "Riflettere sulla pandemia. Dieci tesi sull'era post-pandemica", cit., p. 12.

¹⁹ Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 41-47. Centrale è, in proposito, l'art. 2 della Costituzione italiana.

²⁰ J. Ansuátegui Roig, "Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales", in *Diritto costituzionale*, 2 (2019), n. 2, pp. 11 ss.

²¹ B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, cit., pp. 54-57.

contesto, assume una profonda valenza ermeneutica, aprendo le porte ad una interpretazione sistematica riguardo ai diritti enunciati. La solidarietà, così, ricade sugli altri valori, che inquadrano le posizioni giuridiche soggettive dichiarate nella Carta, e ne viene al tempo stesso permeata.

Il principio di solidarietà conferma la propria importanza in ragione del fortissimo legame di interdipendenza determinata da eventi “globali” (spesso di inaspettata e incontrollabile virulenza, quali sono quelli connessi alla pandemia da Covid-19). Una interdipendenza che “espone l’intera umanità agli stessi rischi e alle stesse minacce, smascherando l’illusorietà della propria capacità sovrana di controllo e di decisione”²². In relazione a tali rischi, a tali minacce, a tali pericoli, che generano incertezze e insicurezze nell’esistenza, le azioni e le decisioni umane sono determinanti²³. La solidarietà, pertanto, si lega ad un’etica della responsabilità integrata attraverso l’idea di cura²⁴, intesa come una pratica, un’attività che include tutto ciò che si fa per mantenere, continuare e riparare il nostro mondo sì da poterci vivere nel modo migliore possibile²⁵. Questo è l’orizzonte entro cui la politica può esplicare la sua azione, evitando il dolore evitabile²⁶.

2. Emergenza e diritto

Le sfide che le istituzioni si trovano ad affrontare, per arginare, oggi, la diffusione del contagio da Covid-19 e, nel futuro, il possibile succedersi di epidemie e/o pandemie, toccano in modo saliente il diritto, chiamato a svolgere un ruolo rilevante nel contrastare i *vulnera* che colpiscono la vita degli individui e che ne mettono a repentaglio la sicurezza e la realizzazione personale²⁷.

Il virus pandemico si insinua nella comunità, colpendola nel legame costitutivo che la struttura. La comunità politica può rispondere con la risorsa su cui si fonda: la costruzione e il rispetto di una *regola*, di natura difensiva, assunta come condizione necessaria per la sopravvivenza e la continuità della stessa comunità, che, a loro volta, si pongono come premesse per garantire il rispetto diffuso di tale regola. La questione tocca il tema dell’obbedienza al diritto e rinvia

²² Così E. Pulcini, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell’età globale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 250.

²³ Ne è un esempio particolarmente significativo, oggi, la sfida ineludibile riguardante il favorire l’accesso globale ai vaccini anti Covid-19.

²⁴ E. Pulcini, *op. cit.*, p. 259 s.

²⁵ J. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l’etica della cura* (1993), Diabasis, Reggio Emilia, 2006, p. 118.

²⁶ Cfr. S. Natoli, *Il fine della politica. Dalla «teologia del regno» al «governo della contingenza»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019, pp. 121, 125-128.

²⁷ Sul diritto come rimedio alle vulnerabilità elementari cfr. L. Corso, “Vulnerabilità e concetto di diritto”, in L. Corso, G. Talamo (a cura di), *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3-6.

all'esistenza di genuine ragioni giuridiche capaci di giustificare azioni e comportamenti. Ciò conduce ad assumere che vi siano cose che hanno valore per la convivenza e che vanno pertanto ritenute degne di essere perseguite. L'osservanza del diritto, nell'ottica della coordinazione volta a rendere possibile l'interazione, è finalizzata a garantire e perseguire beni e valori fondamentali della vita personale e sociale²⁸. Il diritto, da questo punto di vista, si caratterizza come modalità strutturale volta a mantenere, nel tempo, la vita associata. Si tratta di una funzione che l'emergenza sanitaria rende tragica, dal momento che la sopravvivenza della comunità si incontra, coincidendo, con la sopravvivenza dei suoi componenti²⁹. D'altra parte, è proprio il modo in cui una società affronta e risolve le sue scelte tragiche che definisce quella stessa società³⁰.

Di fronte alle pressanti e inedite tensioni nascenti dalla pandemia, e alla crisi sanitaria ed economica che ha investito la nostra società, al diritto si chiede di saper preservare le sue caratteristiche peculiari. Esse riguardano il rispetto dei principi, l'attenzione alla forma, l'eguale trattamento di situazioni eguali, l'equilibrio, la misura. In questo senso, va evitata la sua trasformazione in un "diritto dell'emergenza". Ciò che serve è un "diritto nell'emergenza", che operi come indispensabile tecnica di regolazione sociale ed eserciti la sua capacità ordinatrice, attraverso la messa in campo dei suoi metodi e la salvaguardia della sua specifica razionalità³¹.

Lo stato di emergenza, invero, ha prodotto una intensificazione e una accelerazione del diritto, che fuoriescono dalla realtà ordinaria di un ordinamento. Siamo in presenza di un "diritto iperbolico"³² caratterizzato da un sovraccarico giuridico che la società può sopportare solo se dotata di propri meccanismi di auto-regolazione. È da sottolineare, in proposito, che un conto è richiedere l'obbedienza alle prescrizioni giuridiche, un altro è sollecitare la responsabilità. Spetta infatti alla società la promozione di un'etica della responsabilità³³, che si incrocia con la libertà pensata "in comune"³⁴.

²⁸ Cfr. G.J. Postema, "Coordination and Convention at the Foundation of Law", in *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), n. 1, p. 186; B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 5-6.

²⁹ Cfr. F. Di Marzio, "Il diritto civile nell'emergenza", in N. Abriani, G.C. Caselli, A. Celotto, F. Di Marzio, S. Masini, G. Tremonti, *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Donzelli, Roma, 2020, pp. 54-55.

³⁰ Sul punto v. l'intervista di R. Conti a Philip Bobbitt: "Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia", in *Giustizia insieme* 17 maggio 2020. Recuperato da <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1049-tragic-choises-43-anni-dopo-philip-chase-bobbitt-riflette-sulla-pandemia>, [Data di consultazione: 16/02/2021].

³¹ Cfr. N. Rossi, "Il diritto nell'emergenza", in *Questione Giustizia*, 2 (2020), pp. 4-5.

³² Così E. Scoditti, "Il diritto iperbolico dello stato di emergenza", in *Questione Giustizia*, 2 (2020), spec. pp. 31-32.

³³ Cfr. A. Cantaro, "Pandemia e scienza giuridica. In divergente accordo", in *Diritto e Società*, 2 (2020), p. 228.

³⁴ G. Zaccaria, "Postfazione", in G. Zaccaria (a cura di), *Dopo l'emergenza*, cit., p. 68.

L'emergenza non ha nulla a che vedere con l'eccezione. Vi è chi, invece, ha usato la formula "stato di eccezione", riferendola all'emergenza sanitaria provocata dalla pandemia da Covid-19, per riflettere sulle sue conseguenze etiche e politiche e sulle trasformazioni dei paradigmi politici che i provvedimenti presi al riguardo sono andati disegnando³⁵. Lo stato di eccezione va inteso come sospensione dell'ordine costituzionale vigente (o di un suo segmento significativo) effettuata da parte della stessa autorità statale, che dovrebbe essere normalmente garante della legalità e del suo rispetto³⁶. Come è noto, la dottrina dello "stato di eccezione" rappresenta uno dei capisaldi della riflessione di Carl Schmitt, che stabilisce una relazione diretta tra questo tema e quello della sovranità³⁷. Per Schmitt, infatti, il sovrano è "colui che decide sullo stato di eccezione"³⁸. Lo stato di eccezione, in quanto sospensione dell'intero ordine giuridico, si sottrae alla forma stessa del diritto. La decisione, qui, si distingue dalla norma giuridica³⁹. Al suo posto, il potere sovrano, svincolato da qualsiasi regola, produce atti che non hanno *valore* di legge, pur avendo la *forza* della legge, imponendosi con la stessa efficacia di questa. Lo stato di eccezione, dunque, nella teorizzazione schmittiana, rappresenta una rottura dell'ordinamento in assoluta contraddizione con il principio di legalità. Lo Stato di diritto, però, non ammette deroghe e ogni sua rottura equivale alla sua negazione⁴⁰. Lo stato di eccezione travolge, stravolgendolo, l'assetto costituzionale e incide radicalmente sui diritti fondamentali, sull'articolazione dei poteri, sull'assetto delle fonti. Esautora gli organi dalle loro competenze normativamente stabilite, trasferendole ad autorità d'eccezione. L'istituto, così, è in netto e vistoso contrasto con lo Stato di diritto e con il modello della democrazia costituzionale. E la Costituzione italiana, invero, non prevede alcuno stato di eccezione⁴¹, né lo stato di emergenza⁴².

³⁵ Cfr. G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020, p. 11. Agamben, assumendo un approccio invero apocalittico, parla di "istaurazione di un puro e semplice terrore sanitario e di una sorta di religione della salute" e chiama "biosicurezza" "il dispositivo di governo che risulta dalla congiunzione fra la nuova religione della salute e il potere statale col suo stato di eccezione". *Ivi*, p. 13.

³⁶ G. Agamben, *Lo stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 13-43.

³⁷ Si veda, ad esempio, C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922, 1934), in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 29 ss.

³⁸ *Ivi*, p. 33.

³⁹ *Ivi*, p. 40.

⁴⁰ Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 104-107.

⁴¹ Scrive L. Ferrajoli, *ivi*, p. 206: "è sicuramente un pregio la sua mancata previsione nelle costituzioni che, come quella italiana, non ne fanno parola". Cfr. anche T. Mazzarese, *op. cit.*, pp. 375-376.

⁴² È presa in considerazione solo l'eventualità dello "stato di guerra", disciplinato dagli artt. 78 e 87. Diversa è la posizione di M. Luciani, "Avvisi ai naviganti del Mar pandemico", in *Questione Giustizia*, 2 (2020), p. 10, per il quale "non è affatto vero che la Costituzione non contenga norme

Affermata la piena distinzione tra eccezione ed emergenza⁴³, va ribadito che quest'ultima riguarda momenti temporanei e particolari di necessità, destinati a venir meno con la scomparsa delle circostanze fattuali che la giustificano. Ne segue che le misure prese per contenere la pandemia, che hanno comportato (e continuano a comportare) limitazioni ai diritti e alle libertà in nome del diritto alla salute degli individui, possono essere accettate solo se viene rispettato il criterio della ragionevolezza connesso al corretto rapporto tra atti adottati e scopi perseguiti e al ritrovare soluzioni che implicano il minor stress possibile per la Costituzione e per tutti i beni e gli interessi che essa protegge⁴⁴. Le limitazioni, inoltre, devono essere proporzionate, non arbitrarie, configurate attraverso decisioni prese secondo modalità legalmente previste, dunque entro vincoli formali e sostanziali posti nell'ordinamento⁴⁵. Ciò richiede valutazioni di adeguatezza, pertinenza, congruità e mette in primo piano quell'impegno di vigilanza critica che attiene alla cultura giuridica.

3. Diritti e bilanciamenti

Il dibattito pubblico, da un anno a questa parte, e proprio in relazione all'emergenza pandemica, si è concentrato per molti versi sul ruolo da attribuire al diritto alla salute in relazione agli altri diritti costituzionali. Da un lato, a tale diritto è stato riconosciuto un primato, stimandolo come presupposto di tutti gli altri. Dall'altro, un siffatto primato è stato criticato, in nome della priorità da assegnare alla libertà e al principio della sovranità di ciascuno (in quanto "signore assoluto") sulla gestione del proprio corpo⁴⁶. Né vanno persi di vista gli stati di sofferenza economica e sociale, da affrontare e risolvere garantendo una vita dignitosa.

sull'emergenza, che invece si evincono dall'art. 77, dalla stessa disciplina dei diritti, dalla regolazione dello stato di guerra – che interessa (ovviamente) *per differentiam*".

⁴³ Peraltro, come scrive E. Scoditti, *op. cit.*, p. 32, "La produzione di diritto a mezzo di diritto è la prima cesura fra lo stato di eccezione schmittiano e lo stato di emergenza che le democrazie costituzionali hanno conosciuto con l'esplosione della pandemia".

⁴⁴ Cfr. A. Ruggeri, "Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti", in *Consulta on line*, 1(2020), pp. 210-214.

⁴⁵ "L'iperproduzione di doveri, se avviene nel rispetto delle garanzie e della proporzione, resta estranea alla sospensione del diritto". Così E. Scoditti, *op. cit.*, p. 32. Per una panoramica delle criticità che hanno condizionato e/o sono state condizionate dalla successione affannata e affannosa della tornata di interventi normativi per il contenimento della pandemia si rinvia a T. Mazzarese, *op. cit.*, pp. 375-379. Per una cronistoria giuridica (relativa alla prima metà del 2020) degli atti emanati per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 v. A. Celotto, "Costituzione e coronavirus", in N. Abriani, G.C. Caselli, A. Celotto, F. Di Marzio, S. Masini, G. Tremonti, *op. cit.*, pp. 22-32.

⁴⁶ M. Luciani, *op. cit.*, pp. 7, 10. Cfr. anche M. Dogliani, "Covid 19 e interventi giuridici per arginare il contagio. Quale ruolo ha giocato la teoria dei diritti fondamentali?", in *Lo Stato*, 8 (2020), n. 15, pp. 431-433.

La questione tocca il tema dei conflitti tra diritti fondamentali e pone in evidenza l'esigenza del loro bilanciamento. È, infatti, attraverso l'utilizzo delle tecniche di ponderazione che, nelle organizzazioni giuridiche costituzionali, possono essere risolte le situazioni in cui due o più diritti non possono essere soddisfatti contemporaneamente, dal momento che non vivono in isolamento, ma in una continua interazione, connessa alle loro sovrapposizioni e intersezioni⁴⁷. Qualunque riflessione sulla loro tutela non può non prendere in considerazione la essenziale dimensione relazionale che essi presentano e che conduce a dar conto dei modi ragionevoli della loro composibilità⁴⁸. La ragionevolezza diviene, in tal modo, il criterio di valutazione della compatibilità e praticabilità dei diritti, ai quali è insita l'idea di limite⁴⁹. “Tutti i diritti fondamentali tutelati” nell'ordinamento costituzionale italiano “si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuarne uno 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’”⁵⁰.

Invero, è opportuno distinguere tra tipi di bilanciamento operanti a diversi livelli⁵¹. In un primo senso, il bilanciamento va inteso come attività compiuta dal costituente, che, confrontando valori, li converte, attraverso la loro formulazione, in principi e diritti nel documento costituzionale. Tale attività riguarda anche il legislatore ordinario, che, con le proprie decisioni politiche, produce la prevalenza di alcuni interessi, beni, diritti sugli altri, attraverso la loro valutazione comparativa. Il bilanciamento legislativo, in uno Stato costituzionale, solleva il problema del coordinamento tra diritti fondamentali, pur nell'ampio margine di apprezzamento di cui lo stesso legislatore dispone.

Il bilanciamento, in un secondo senso, è una tecnica argomentativa, tipicamente usata dalle corti costituzionali, e da quelle sovranazionali e internazionali. Esse ponderano principi e diritti (ma anche interessi e beni) in sede

⁴⁷ G. Pino, “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi”, in *Ragion pratica*, 28 (2007), p. 272. Si veda, sul tema, R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 109-119, 181-194.

⁴⁸ Cfr. B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli*, cit., pp. 139-140.

⁴⁹ Ogni diritto “nasce limitato, in quanto, nel sistema della civile convivenza, deve armonizzarsi con i diritti altrui e le esigenze generali riconosciute”. Così nella sentenza della Corte costituzionale italiana n. 36 del 1958. Si veda anche la sentenza n. 1 del 1956. Con specifico riferimento alle questioni emerse con la pandemia, si veda lo scambio di riflessioni tra J. Habermas e K. Günther: “Diritti fondamentali: ‘Nessun diritto fondamentale vale senza limiti’”, in *Giustizia insieme*, 30 maggio 2020. Recuperato da <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-vale-senza-limiti-di-juergen-habermas-e-klaus-guenther-2?hitcount=0>, [Data di consultazione: 15/01/2021]. Si tratta della traduzione italiana dell'intervista pubblicata il 9 maggio 2020 da *Die Zeit*.

⁵⁰ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012.

⁵¹ M. Barberis, “Legittima difesa e bilanciamenti”, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 86-91; M. Barberis, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 217-222.

di applicazione con riguardo a casi concreti. Ciò può condurre alla prevalenza di un principio o un diritto su un altro o al contemperamento dei due.

In un terzo senso, il bilanciamento si caratterizza come tecnica argomentativa, utilizzata dai giudici ordinari, di merito, consistente nel contemperare interessi, principi o diritti per il caso da decidere, al fine di adottare una soluzione che può privilegiarne in concreto uno.

Sia in sede giudiziale costituzionale, sia in sede giudiziaria ordinaria, il bilanciamento indica una gerarchia assiologica mobile, ossia soggetta a mutamenti da caso a caso, che determina una riformulazione della norma in relazione alla circostanza concreta. Quando a bilanciare è il legislatore, invece, viene prodotta una norma astratta (applicabile, cioè, ad una classe di casi), sicché le autorità amministrative, nei singoli casi, non farebbero altro che applicare la decisione legislativa⁵². Alle autorità giurisdizionali spetta il compito di controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, accertando il rispetto della Costituzione, la coerenza, la logicità, la completezza, la corrispondenza tra mezzi e fini, il suo fondarsi su dati di fatto veritieri⁵³. I giudici, comunque, sono chiamati a individuare un ordine tra i diritti, e ad operare il loro “aggiustamento”⁵⁴, che è possibile per mezzo dell’interpretazione. I diritti, infatti, prendono corpo quando li si fa valere in relazione a casi particolari. Essi vivono nella dialettica tra indeterminatezza e determinazione, tra apertura semantica e precisazione normativa, tra formulazione astratta e concretizzazione attenta alle circostanze di fatto e al peso delle specifiche pretese, talché la potenzialità di senso che li caratterizza consente la loro applicabilità agli innumerevoli casi che si presentano e che ne esplicano la valenza normativa⁵⁵.

La ponderazione può avvenire solo tra diritti fondamentali, in quanto tutti collocati egualmente al vertice delle fonti, senza però alcuna gerarchia “rigida”. L’accantonamento di un diritto si giustifica sulla base dei criteri di contemperamento, e con modalità tali da comportare il minimo sacrificio possibile per il diritto recessivo, che, in altri casi, può diventare prevalente. Limitare un diritto non significa cancellarlo, né sacrificarlo *troppo*. Il suo contenuto essenziale deve sempre essere salvaguardato. I conflitti tra diritti fondamentali sono conflitti *in concreto*, dunque non predeterminabili e identificabili *in astratto*. Rileva, a questo proposito, l’attività argomentativa e decisoria, non riducibile ad un ragionamento di tipo deduttivo, volta ad assegnare loro un peso e a metterli in equilibrio sulla base di una valutazione accurata delle circostanze proprie del caso, senza dimenticare che, per esigenze di certezza e di prevedibilità, la decisione deve essere presa formulando una regola di coordinamento suscettibile di universalizzazione, ossia idonea a disciplinare casi futuri dotati di caratteristiche

⁵² M. Luciani, *op. cit.*, p. 8.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ A. Ollero Tassara, *Diritto ‘positivo’ e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 108-117.

⁵⁵ B. Pastore, “La concretezza dei diritti umani”, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2 (2014), n. 1, pp. 67-68.

rilevanti analoghe. Gli ambiti di scelta degli interpreti sono sempre circoscritti e non avvengono in un vuoto. Rinviando a formule e a modelli accreditati e consolidati. Si tratterà sempre di motivare le scelte compiute, relative, tra l'altro, alle conseguenze della limitazione di un diritto a favore di un altro, e alla individuazione di casi paradigmatici⁵⁶.

L'emergenza pandemica si pone come momento di particolare importanza nella prassi del bilanciamento, alla ricerca di una necessaria composizione tra diritti e interessi della società. In questo scenario, la dignità rappresenta il "punto archimedeo" dell'ordinamento delle democrazie costituzionali contemporanee, ponendosi come sintesi di valori intangibili e termine riassuntivo del mondo dei diritti, che ha sempre una eccedenza rispetto a tali diritti⁵⁷. La dignità è la bussola che deve orientare la difficile navigazione in un arcipelago pieno di insidie e nell'inevitabile ponderazione dei principi⁵⁸.

L'obiettivo della tutela della salute, che – come è noto – secondo l'art. 32 della Costituzione italiana è "fondamentale diritto dell'individuo", oltre che "interesse della collettività", è la salvaguardia della vita, la cui priorità va riconosciuta alla condizione che possa essere qualificata "degnata". Assumere come prioritario il valore della salute significa che esso non deve essere relegato rispetto ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati. Si tratta di trovare il punto di equilibrio dinamico, secondo proporzionalità e ragionevolezza, tale da non consentire un sacrificio del suo nucleo essenziale⁵⁹.

Conciliare vita e dignità della vita rimane un impegno delle istituzioni, implicante l'attivazione delle misure più idonee a contrastare i pericoli, nell'ottica della solidarietà, della sicurezza e dell'effettività dei diritti. In gioco vi è il futuro⁶⁰, da considerare a partire dalla fragilità del nostro mondo, volgendo nel contempo lo sguardo alle persone e alla conservazione e al restauro di un ambiente in cui, riconnettendo libertà ed eguaglianza, possa realizzarsi l'esistenza umana.

⁵⁶ G. Pino, *op. cit.*, pp. 247, 252-253, 272-273.

⁵⁷ F. Viola, "Dignità umana, diritti e legge naturale", in *Prudentia Iuris*, 83 (2017), pp. 33, 38, 46.

⁵⁸ Cfr., al riguardo, l'intervista di R. Conti a Gaetano Silvestri: "Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte prima", in *Giustizia insieme*, 19 giugno 2020. Recuperato da <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1163-il-dialogo-habermas-guenther-visto-dalla-cultura-giuridica-italiana-gaetano-silvestri>, [Data di consultazione: 10/02/2021].

⁵⁹ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013.

⁶⁰ F.M. De Sanctis, "Pensare al futuro", in G. Zaccaria (a cura di), *Dopo l'emergenza*, cit., pp. 63-65.