

Indicazioni per un'agenda del "dopo"

Mentre termino questo editoriale, sta cominciando in Italia, tra comprensibili timori e preoccupazioni, la cosiddetta "fase 2" della risposta al contagio dovuto al virus SARS-Cov-2 (d'ora in poi coronavirus, o anche, nel corpo della rivista, Covid-19): la speranza, che non deve mancare, che essa possa venire vissuta e affrontata con maggiore ordine e capacità di programmazione dovrà essere accompagnata da un atteggiamento di ancora più grande attenzione da parte di tutti, istituzioni e singoli cittadini, scienziati e professionisti sanitari, società civile e società politica.

Un'attenzione che naturalmente non poteva (e non potrà, almeno nell'immediato futuro) non coinvolgere anche *Corti Supreme e Salute*. Essendo troppo presto – siamo ancora in piena pandemia, almeno in parecchi territori del nostro Paese – per fare bilanci, tutti gli interventi dedicati espressamente al coronavirus sono sotto il segno della provvisorietà e dell'incertezza. Non è, per contro, impossibile mettere in ordine i problemi, tentarne un'agenda, distinguendoli tra veri e falsi.

1. Cominciamo da questi ultimi, con l'auspicio che sia possibile lasciarceli alle spalle o, almeno, che essi non siano troppo ingombranti sulle nostre spalle.

Il più diffuso a livello mediatico consiste nella domanda circa la copertura costituzionale delle tante limitazioni di questi mesi. Dopo alcune incertezze iniziali, sembra ormai risolto positivamente, a seguito del d.l. n. 19/2020, il nodo della cosiddetta catena normativa, in particolare quello della base legislativa dei provvedimenti limitativi, specialmente dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹. Non si tratta, a tutta evidenza, di un problema ozioso, o meramente formalistico su cui ironizzare: il rispetto del sistema delle fonti del diritto, come è o dovrebbe essere ben noto, ha a che fare e vedere con la tenuta della stessa forma di Stato, dunque rispettarlo significa evitare "sbregghi" a quest'ultima (arg. *ex* Corte cost., sent. n. 127 del 1995).

In particolare, si tratta di assicurare il rispetto di due cardini della forma di Stato costituzionalmente rilevanti quali la riserva di legge e il principio di legalità, verificando *in concreto*,

¹ V. per tutti M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta OnLine*, 11 aprile 2020 (Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*), pp. 3 ss.

limitazione per limitazione, se e in quale misura l'atto con forza di legge contenga le scelte caratterizzanti tali da ritenere soddisfatta la riserva (relativa, come quella concernente la libertà di circolazione ex art. 16 Cost.) e se l'atto normativo (legislativo o non) costituisca e in quale misura il presupposto sostanziale dell'atto applicativo. In quanto codipendenti da due diverse basi legislative (il "Codice della protezione civile", d.lgs. n. 1/2018; i singoli decreti-legge emanati in questi mesi, a partire dal d.l. n. 6/2020), essi compartecipano sia della natura di ordinanza, sia, a mio parere, di quella regolamentare d'attuazione, in deroga all'art. 17 della legge n. 400/1988.

Lungi pertanto dall'intendere l'emergenza come sospensione della forza ordinante della Costituzione, è proprio da essa che l'interprete può e deve muovere per inquadrare i provvedimenti di contenimento e gestione dell'emergenza pandemica: come si è provato a suggerire in uno dei primi interventi apparsi sul tema², e rovesciando l'antico brocardo possiamo dire che *necessitas habet constitutionem*.

A fugare un eccesso di preoccupazioni anche comprensibilmente garantistiche può concorrere un altro elemento: la compartecipazione del potere tra diverse istituzioni che costituisce una caratteristica degli ordinamenti politici ispirati ai principi di autonomia e decentramento, se può essere, almeno inizialmente –così è stato ed è tuttora, al momento in cui scrivo – fonte di confusione e di incertezza³, resta comunque nel suo complesso una garanzia di pluralismo e un ostacolo rilevante a derive autoritarie, quali invece stanno registrandosi in alcune delle cosiddette democrazie "illiberali"⁴.

2. Parimenti poco convincente appare la necessità di introdurre nella Costituzione specifiche disposizioni in tema di stato di emergenza, o una clausola di supremazia statale al fine di mettere in riga le regioni riottose.

Sotto il primo profilo, l'art. 77 Cost. risponde bene al bilanciamento tra l'esigenza del pronto intervento e quella di assicurare il concorso equilibrato di Parlamento e Capo dello Stato (le discussioni concernenti la funzionalità delle Camere in tempi di coronavirus essendo sembrate più un problema di spazi e di organizzazione dei lavori che di stretto diritto costituzionale).

² R. BALDUZZI, *Solidarietà cardine costituzionale delle eccezionali misure antivirus*, in *Avvenire*, 14 marzo 2020, p. 3.

³ Si veda, riassuntivamente, il contributo di E. JORIO, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in questa *Rivista*, pp. 87 ss.

⁴ La bibliografia sul tema generale delle cosiddette democrazie illiberali e sul carattere ossimorico o meno dell'espressione è ormai molto vasta: per stare alla letteratura italiana, si vedano, di recente, soprattutto C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR e A. SPADARO, *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, Atti del Convegno di studi – Reggio Calabria, 7 novembre 2019, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; A. SPADARO, *Dalla «democrazia costituzionale» alla «democrazia illiberale» (populismo sovranista), fino alla ...«democratatura»*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2020; A. D'Atena, *Sul cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet*, in *Lo Stato*, n. 13 (2019) pp. 261 ss. Per quanto concerne le derive autoritarie occasionate dall'emergenza coronavirus, v. i diversi contributi pubblicati in *Verfassungsblog* e in *Federalismi.it*.

Sotto il secondo profilo, è indubbia la competenza statale ad adottare provvedimenti d'urgenza in caso di pandemie sanitarie: oltre alla competenza legislativa esclusiva in tema di profilassi internazionale (lett. *q*) del secondo comma dell'art. 117 Cost.) e sui principi fondamentali per la tutela della salute (i quali, in un contesto di emergenza conclamata, bene si prestano a essere interpretati quali fonti abilitanti legittime regole statali, anche di dettaglio, sull'indirizzo e sul coordinamento delle iniziative di prevenzione e di contrasto), rilevano i poteri sostitutivi previsti dall'art. 120, comma 2 Cost. in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, o quando lo richieda la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie. Se si passa alla legislazione ordinaria (anche senza scomodare la "attrazione in sussidiarietà", pure correttamente invocata)⁵ si constata facilmente la competenza statale all'adozione dei provvedimenti d'urgenza che interessano l'intero territorio nazionale⁶, ribadita anche dalla normazione più "regionalista", cioè il d.lgs. n. 112/1998, in particolare agli art. 112, 115, 117, 118 e 126⁷.

Ve n'è a sufficienza per concludere che (almeno) in tema di emergenze sanitarie non credo si possa senz'altro parlare, per quanto attiene al riparto delle competenze tra Stato e regioni, di un modello "dualista e paritario, quindi indeciso"⁸. A determinare incertezza concorrono plurimi fattori, estranei al quadro costituzionale e normativo: a) anzitutto la situazione del quadro politico, intrecciata con l'asserito plusvalore, sempre di ordine politico, che deriverebbe ai presidenti di regione ("governatori", stando alle cronache mediatiche, tendenzialmente corrive rispetto a siffatto genere di improprietà) dal sistema di elezione diretta da parte del corpo elettorale; b) legata a questo sfondo, va rilevata altresì una certa spregiudicatezza di questo o quel presidente regionale rispetto alle regole di competenza e all'attuazione concreta del principio di leale collaborazione; gli echi della recente (anche se politicamente e culturalmente sembrano passati anni) e accesa discussione sul cosiddetto regionalismo differenziato⁹ contribuiscono a determinare quella incertezza che costituisce uno dei veri problemi, anche nella prospettiva, una volta cessato lo stato di emergenza nazionale, di fare fronte al prevedibile fascio di controversie costituzio-

⁵ M. COSULICH, *Lo Stato regionale alla prova dell'emergenza virale*, in questa *Rivista*, p. 79.

⁶ Si rinvia a R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in questa *Rivista*, pp. 68 ss.

⁷ Circostanza sottolineata soprattutto nel mio *Ci voleva l'emergenza Covid-19*, cit.

⁸ A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea*, cit., p. 25.

⁹ Si vedano i saggi raccolti in questa *Rivista*, in particolare, da p. 123, G. TARLI BARBIERI, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.; procedure e prospettive*; C. CHIAPPINELLI, *Profili finanziari e potenzialità dei controlli nell'attuazione dell'art. 116 terzo comma della Costituzione nel settore sanitario: il ruolo della Corte dei conti*; C. COLAPIETRO, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: la formazione e il reclutamento del personale*; M. COSULICH, *Sanità speciali e sanità "differenziate"*; G. FARES, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario: farmaci e farmacovigilanza*; F. GALLARATI, *La libera professione intramuraria nella prospettiva del regionalismo differenziato*; D. MORANA, *Una differenziazione davvero necessaria? Qualche osservazione (e molte perplessità) su Lea, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116 u.c. Cost.*; M. A. SANDULLI, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della competizione*.

nali, civili, penali, amministrative e tributarie. A tale incertezza concorrono naturalmente anche la mole e la varietà dei provvedimenti adottati: per quanto specificamente attiene ai provvedimenti aventi rilievo sanitario, sarebbe pertanto auspicabile il loro consolidamento in testo unico secondo le rispettive tipologie o quanto meno un testo coordinato¹⁰.

3. Accanto alla rilevata incertezza dovuta alla stratificazione di provvedimenti normativi di diversa tipologia e provenienza, un altro problema si potrebbe presentare, a pandemia sperabilmente domata; che soluzioni e istituti accolti durante l'emergenza divengano permanenti o comunque possano restringere l'ambito di applicazione dei principi e delle regole della democrazia costituzionale, senza trovare nello Stato regionale una sufficiente protezione, ch e anzi ci  potrebbe moltiplicare i rischi ove ciascun livello di governo abbia la tentazione di perpetuare nel dopo-emergenza regole e approcci propri della fase emergenziale¹¹.

Qui peraltro interviene il sistema delle garanzie e pertanto, oltre al ruolo di vigilanza svolto, oggi e domani, dal Capo dello Stato, rilevano le garanzie giurisdizionali, in particolare quelle facenti capo all'attivit  della Corte costituzionale, anche, ma non soltanto, su impulso dei giudici comuni. Sul sempre delicato tema del rapporto tra giudice (specialmente) costituzionale e legislatore¹² va precisato che, sul tema che ci interessa, non sembra esservi il pericolo di un'invasione di campo, anzi l'emergenza riporta in prima linea il "legislatore" (Governo-Parlamento) e la politica. Verr  certo, pi  ampiamente di quanto sinora avvenuto, il fisiologico momento del controllo, rispetto al quale l'auspicio non pu  non essere quello che la Corte costituzionale (o, meglio, le Corti costituzionali, perch  il problema si pone in modi e dimensioni sostanzialmente simili anche in altri ordinamenti)¹³ resti fedele alle coordinate generali del proprio approccio in tema di emergenza, secondo il quale le

¹⁰ E sarebbe anche importante riuscire a individuare alcuni limiti all'estensione del perimetro e della numerosit  delle regole: insiste sul punto, assai opportunamente, G. FORTI, *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carit *, in ID. (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano, Vita e Pensiero, 2020, pp. 12 ss.

¹¹ Pensiamo a un profilo generalmente poco considerato, se non per diatribe meramente politico-partitiche: la concentrazione di poteri, almeno apparente (e rafforzata a livello di comunicazione mediatica), in capo alla Presidenza del consiglio dei ministri, derivata sia dall'impianto della normativa sulla protezione civile, sia dalla scelta di privilegiare, anche se non in via esclusiva, lo strumento del d.P.C.M. Personalmente mi sono fatto l'impressione di un tasso di collegialit  effettiva maggiore di quella percepita (un cenno in R. BALDUZZI, *Solidariet *, cit.), ma la questione comunque si porr  anche dopo la fine dello stato di emergenza.

¹² Si vedano le considerazioni di A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realt  del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, pp. 9 ss. :   prevedibile che l'eventuale, e assai probabile, intervento della Corte costituzionale nel contenzioso relativo a provvedimenti, legislativi e non, collegati al coronavirus, comporter  nuove puntate dell'attenzione ai fatti (anche in considerazione dell'abbondanza di dati scientifici nella materia *de qua*, e della recente entrata in vigore dell'art. 14-bis, comma 1, delle *Norme integrative per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale*, sulla possibilit  per la Corte di audire esperti di chiara fama per acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline), e dunque permetter  di valutare meglio se la ricostruzione dell'A. in chiave di "suprematismo giudiziario" possa essere confermata e in quale misura.

¹³ Eloquente, in tal senso, il parallelismo che, in tema di fine vita, si   verificato tra le Corti italiana e tedesca: si vedano le considerazioni critiche di L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in questa *Rivista*, pp. 57 ss.

relative misure adottate allo scopo di contenere e gestire la pandemia devono rispondere ai criteri di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità.

Ne consegue un dovere accresciuto di vigilanza in capo a tutti coloro che si riconoscono negli istituti dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale. Dovere il cui adempimento è tanto più necessario quanto più forte sembra essere il dubbio, presso una parte rilevante dell'opinione pubblica, circa l'idoneità delle democrazie costituzionali ad affrontare e a vincere le sfide poste dalle emergenze pandemiche. Si tratta di una variante dell'antica tensione tra libertà e sicurezza, che si presenta in forme inevitabilmente nuove nella società della conoscenza e dei *big data*, e che a parere di chi scrive richiede la condivisione di un presupposto culturale: poiché soltanto attraverso la collaborazione internazionale è possibile vincere tali sfide, e poiché siffatta collaborazione, per essere efficace, esige trasparenza di procedure e garanzia di controlli reciproci, sono proprie le democrazie costituzionali i sistemi meglio in grado di affrontarle e gestirle, almeno nel medio e lungo termine.

Accanto alla vigilanza "democratica", altre attività di vigilanza si impongono e si imporranno sempre di più, in capo alla collettività nel suo insieme: quella allo scopo di monitorare l'impatto del coronavirus sulle risorse del Servizio sanitario nazionale¹⁴ e quella allo scopo di porre gli opportuni rimedi ove all'emergenza sanitaria si accompagni una vera e propria emergenza giurisdizionale, per via della possibile pioggia di ricorsi nei confronti di operatori e strutture sanitarie. Sotto quest'ultimo profilo, piuttosto che pensare a "scudi" protettivi volti a limitare la responsabilità professionale sotto il profilo dell'elemento soggettivo, i quali inevitabilmente condurrebbero a delicati problemi di compatibilità rispetto a plurime norme costituzionali (in tema di diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e di interessi legittimi, di eguale sottoponibilità alla legge penale, di responsabilità dei pubblici dipendenti, e così via), sembra più proficuo proseguire con determinazione nella strada già intrapresa negli ultimi anni da legislatore e giurisprudenza, che nei casi di responsabilità professionale dei sanitari ha portato a un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare le posizioni soggettive di singoli malati e loro famiglie e quella di superare o almeno ridurre i comportamenti di medicina difensiva, a loro volta incidenti negativamente sul diritto alla salute¹⁵.

¹⁴ In proposito si vedano G. DI GASPARE, *L'impatto del Coronavirus sulle risorse del Servizio sanitario nazionale. Qualche spunto di riflessione*, in questa *Rivista*, pp. 83 ss. e, su un profilo particolare, ma importante, A. PATANÈ, *Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19*, *ivi*, pp. 95 ss.

¹⁵ Si vedano gli scritti di G. CANZIO, *L'evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi*, in questa *Rivista*, pp. 317 ss.; M. CAPUTO, *Aritmie legislative e nuovo statuto penale degli esercenti le professioni sanitarie*, *ivi*, pp. 323 ss. Per un confronto interessante, in ordine agli orientamenti giurisprudenziali in un settore delicato quale il contrasto al gioco d'azzardo patologico, v. M. LIPARI, *Gioco d'azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, pp. 271 ss. Ma v. anche M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid-19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita*, *cit.*, pp. 109 ss.

4. Un'agenda dei problemi per il "dopo" non può inoltre evitare di fare i conti con la concezione stessa del diritto sociale alla salute. È possibile che l'emergenza pandemica induca a un ripensamento circa taluni approcci del recente passato, volti a marginalizzare il significato della salute come diritto sociale esigibile, caratterizzato dai connotati di universalità, globalità e accessibilità delle relative prestazioni¹⁶. Le implicazioni di un siffatto ripensamento avrebbero riverberi anche sul più complessivo rapporto tra sfera privata e autodeterminazione, da un lato, e sfera pubblica e relazionalità, dall'altro, con ricadute significative su temi quali il rapporto tra cura medica e fine vita¹⁷.

Ancora: l'agenda del "dopo" non potrà non fare tesoro di quanto questo difficile "durante" ci ha già consegnato in ordine ai rapporti tra scienza e decisione politica. La politica deve stare legata alla riflessione scientifica, non può e non deve farne a meno, ma vale per il politico, almeno in parte, quanto vale per il giudice: anch'egli deve essere, in qualche misura, *peritus peritorum*, non soltanto perché, soprattutto di fronte ad evenienze inedite, la stessa scienza è plurale e dunque la traduzione in decisioni delle sue riflessioni richiede prudenza, ma soprattutto perché c'è una responsabilità della politica che non è mai delegabile (e neanche surrogabile attraverso il ricorso a *task forces*...) ¹⁸.

Infine, *but not least*, l'agenda per il dopo-emergenza dovrà tenere presente come indicazione di base e iscrivere in testa a ogni pagina il motto della solidarietà, intesa come benevolenza e carità¹⁹: la risorsa umana di cui in tempi di coronavirus abbiamo percepito, come non mai, l'importanza e che, non a caso, è il fondamento del diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività tutelato dall'art. 32 e, altresì, dell'intero Servizio sanitario nazionale.

¹⁶ In tal senso v. C. CISLAGHI, *Riflessioni a lato dei fatti epidemici: l'isteresi dei processi decisionali*, in questa *Rivista*, pp. 71 ss.; su un punto particolare v. L. BUSATTA, *Il consenso alla donazione degli organi: uno studio comparato alla ricerca di un modello costituzionalmente preferibile*, ivi, pp. 101 ss.

¹⁷ Passando da un approccio in termini di meri "doveri individuali" a uno incentrato su veri e propri diritti sociali, soprattutto in capo alle persone più fragili: così L. EUSEBI, *Moriremo di autodeterminazione?*, cit., p. 64. Sulla necessità di temperare la "dignità individuale" della persona con la sua "dignità sociale" v. A. D'ANDREA, *Dignità individuale versus dignità individuale: la fine della vita non può essere solo un fatto personale*, in questa *Rivista*, pp. 291 ss.; si vedano altresì le conclusioni finali dello scritto di L. VIOLINI, *Elementi di criticità della vicenda Cappato: una ipoteca sul futuro del "diritto a morire"*, ivi, p. 315. Significativa la differente lettura che viene data delle "omissioni" che, proprio sul punto dell'autodeterminazione, sono presenti nella sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale rispetto alla precedente ord. n. 207/2018: B. PEZZINI, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018-sentenza 242/2019*, ivi, p.303; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in questa *Rivista*, n. 2/2019, p. 224.

¹⁸ Sul punto v. le interessanti notazioni, a proposito di una diversa fattispecie, di M. FIASCO, *Gioco d'azzardo e salute, tra ricerca scientifica e politiche pubbliche: l'importanza di un efficace dialogo interdisciplinare*, in questa *Rivista*, pp. 265 ss.; si veda anche la parte finale della nota di L. ARMANO, *I best interests nelle scelte sul fine vita del minore: il caso Tafida Raqeeb*, in questa *Rivista*, p. 54 e s., sulla insufficienza del solo riferimento medico-scientifico.

¹⁹ E altresì come complementarità: sul punto v. G. Forti, *Introduzione*, cit., pp. 28 ss.