





# Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo  
Meccarelli, Stefano Pollastrelli

eum

# *Studi Superiori*

6

Collana della Scuola di Studi Superiori “Giacomo Leopardi” dell’Università di Macerata

ISBN 978-88-6056-661-4 (print)  
ISBN 978-88-6056-662-1 (on-line)  
DOI 10.13138/ss-60566621

Prima edizione: luglio 2020  
©2020 eum edizioni università di macerata  
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata  
info.ceum@unimc.it  
<http://eum.unimc.it>

*Impaginazione:* Carla Moreschini  
*Copertina:* +studiocrocevia

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## Indice

- 9 Premessa  
di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli

### La lente dei diritti

- Massimo Meccarelli  
15 Il tempo della pandemia e le opportunità della storia
- Giovanni Di Cosimo  
29 Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza
- Angela Cossiri  
35 Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica
- Monica Stronati  
45 Il diritto di riunione e associazione in tempi di emergenza
- Andrea Francesco Tripodi  
55 Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile
- Romolo Donzelli  
65 Emergenza pandemica e tutela giurisdizionale dei diritti
- Simone Calzolaio  
75 Sistema di allerta Covid-19. Osservazioni sull'art. 6, d.l. 28/2020

- Ninfa Contigiani  
91 I soggetti socialmente ‘sensibili’ nel rigore delle ordinanze per il coronavirus (fase 1): l’eccezione necessaria nell’eccezionalità del contesto pandemico
- Stefano Pollastrelli  
105 Trasporti e turismo nell’emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri
- Il prisma dell’interazione
- Ermanno Calzolaio  
121 Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica
- Tommaso Febbrajo  
137 Emergenza pandemica e pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori
- Laura Vagni  
149 Consenso informato e diritto di autodeterminazione del paziente durante l’emergenza pandemica da coronavirus
- Mariano Cingolani  
163 La medicina ai tempi del coronavirus: relazione medico-paziente, diagnosi, terapia e responsabilità nell’emergenza Covid-19
- Alessio Bartolacelli  
173 Il diritto commerciale nel tempo della pandemia. Tra neoprotezionismo, zone franche ed emergenza portata a sistema
- Gabriele Franza  
193 Tecniche e modelli di gestione dei rapporti di lavoro nel diritto dell’emergenza sanitaria
- Guido Canavesi  
207 Dall’emergenza un nuovo modello di tutela?  
Gli ammortizzatori sociali al tempo del Covid-19
- Gianluca Contaldi  
221 Le misure poste in essere dall’Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia Covid-19

- Fabrizio Marongiu Buonaiuti
- 235 Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria
- 257 Notizie sugli Autori





Angela Cossiri

## Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica

SOMMARIO: 1. Premessa: la rilevanza costituzionalistica delle norme di contrasto al contagio – 2. In che misura si possono legittimamente limitare diritti e libertà fondamentali in una democrazia costituzionale? – 3. La natura delle norme di contrasto al contagio: funzione sociale o efficacia giuridica? – 4. Obbedienza *versus* responsabilità: una critica superabile

### *1. Premessa: la rilevanza costituzionalistica delle norme di contrasto al contagio*

Le norme di contrasto al contagio del virus Covid-19 sono un complesso di minute norme regolative della vita individuale e collettiva che, in funzione della necessità di gestione e contenimento dell'emergenza sanitaria, hanno prodotto una fase di sospensione della normalità delle nostre vite e attività produttive, determinando anche una temporanea compressione delle libertà individuali fondamentali costituzionalmente protette. Il 'protocollo di emergenza' – diffuso piuttosto omogeneamente e con poche eccezioni in tutti i contesti democratici – consiste in più o meno drastiche misure di confinamento, per le quali è stato utilizzato globalmente il termine anglosassone *lockdown*.

L'impianto 'totalitario' della normativa emergenziale, che pervade i dettagli della vita quotidiana e delle azioni umane, non è nuovo nella storia del diritto; al contrario, esso è tipico del governo delle fasi epidemiche, di cui la peste rappresenta il più noto paradigma.

Questa disciplina è particolarmente interessante dal punto di vista del costituzionalismo moderno, perché rappresenta la

prima e più significativa compressione di libertà fondamentali mai sperimentata nella storia in una democrazia costituzionale contemporanea e, per quanto riguarda l'Italia, la più significativa mai avvenuta nella storia repubblicana.

Sono implicati immediatamente diritti fondamentali come la libertà di circolazione, la libertà di riunione, la libertà di culto, la libertà di iniziativa economica, la libertà di autodeterminazione nella cura; ma anche diritti sociali, quali lavoro, scuola, salute e accesso alla giustizia hanno subito compressioni e rimodulazioni non immaginabili solo qualche settimana prima della rapida diffusione della pandemia.

Un urto significativo e non trascurabile nell'analisi è anche sul principio di uguaglianza. L'Agenzia europea per la protezione dei diritti umani ha pubblicato l'8 aprile il primo dei tre Report previsti sull'impatto dell'emergenza Covid-19 in Ue, segnalando come le limitazioni dei diritti fondamentali adottate dai Governi degli Stati membri per tutelare la salute possano avere importanti ricadute sui diritti umani anche disomogenee o asimmetriche, cioè differentemente significative e particolarmente gravose per alcune categorie vulnerabili di individui. È una prospettiva questa che mette in primo piano, tra gli altri, gli anziani, i bambini e le donne; ma anche i malati, i disabili, gli *homeless*, i detenuti, i rifugiati politici, le minoranze che possono essere state oggetto di xenofobia o episodi razzistici (per esempio, in prima battuta, la comunità cinese stabilmente residente in Italia). E certamente non si può dimenticare la differenza di impatto delle misure – ma anche delle loro conseguenze economiche di medio e lungo periodo –, sulle classi sociali già in partenza economicamente svantaggiate, o su categorie vulnerabili di lavoratori, come 'i precari', non sufficientemente garantite nei diritti conseguenti alla dimensione lavorativa e talvolta anche alla sicurezza.

Si consideri, infine, quanto possa pesare il *digital divide*, tra chi ha accesso effettivo e adeguato alle tecnologie dell'informazione – in particolare, attraverso la disponibilità personale di strumenti elettronici e di una efficiente rete internet – e chi ne è escluso in modo totale o parziale, per ragioni economiche, geografiche, di disabilità o di *deficit* di competenze tecnologiche, in

un contesto in cui relazioni umane, attività sociali, diritto alla scuola e in alcuni casi anche diritto al lavoro (e corrispettivo dovere di rendere la prestazione lavorativa) passano integralmente dal *web*.

Ciò detto, anticipando le conclusioni cui si perverrà, non sembra che il governo della pandemia abbia stravolto i connotati fondamentali dei sistemi costituzionali contemporanei, nè che abbia prodotto nella generalità dei casi, anche embrionalmente e temporaneamente, uno Stato di eccezione. Al contrario, l'emergenziale esercizio del potere pubblico, giustificato dalla gravità della situazione, sembra essere rimasto entro il confine ammesso dal disegno costituzionale (ad eccezione forse di alcuni Stati già in crisi democratica), senza ingenerare danni al sistema di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Altrove sembrano continuare a risiedere i pericoli cui le democrazie liberali pluraliste sono esposte e fatale sarebbe sbagliare bersaglio proprio ora, nel momento in cui la crisi e la necessità di intervento statale, anche in termini di redistribuzione della ricchezza, costituiscono la più grande opportunità di correzione delle distorsioni delle odierne economie di mercato.

## *2. In che misura si possono legittimamente limitare diritti e libertà fondamentali in una democrazia costituzionale?*

Lasciando da parte la questione dello strumento normativo utilizzato in Italia che apre alcune criticità costituzionali rilevate da parte della dottrina costituzionalistica (si rinvia all'intervento di Giovanni Di Cosimo in questo Volume), la prima cosa da chiedersi è se sia legittimo, in una democrazia costituzionale, comprimere le libertà fondamentali ed eventualmente entro quale misura.

Per rispondere alla domanda, occorre riferirsi anzitutto al primo postulato della teoria generale dei diritti fondamentali: nessun diritto è assoluto e tutti i diritti e le libertà fondamentali sono comprimibili, secondo la tecnica del bilanciamento, quando ciò sia richiesto dalla tutela di altri diritti fondamentali concorrenti. La limitazione dei diritti è conseguenza immediata e diretta del fatto che essi insistono nel medesimo spazio, che è

uno spazio ‘a somma zero’; continuamente diritti e libertà sono portati tra loro in conflitto dalle complesse dinamiche della vita umana. Ce lo ha rivelato con chiarezza l’esperienza dei giorni di *lockdown*, in cui ciascuno ha acquisito consapevolezza che la protezione individuale e collettiva è passata imprevedibilmente dalla opportunità di trattenersi nel proprio domicilio, rinunciando all’esercizio di altre libertà, *in primis* la circolazione.

Fondamento costituzionale ultimo di questo postulato sembra potersi rintracciare, nel quadro che ci riguarda, nell’art. 2 della Costituzione, ove si afferma che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo [...], e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Dei doveri di solidarietà è facile dimenticarsi, perché – obbligo tributario a parte – raramente si tratta di posizioni giuridiche che entrano in azione. Eppure i doveri di solidarietà sono l’altra faccia dei diritti e delle libertà fondamentali, rappresentando il loro costo vivo, economico e non. Rintraccio il fondamento nei doveri di solidarietà, perché la normativa di contenimento rappresenta anzitutto una tutela delle minoranze più vulnerabili al contagio e alle sue conseguenze messa in atto dalla totalità della comunità sociale: ci si riferisce a categorie quali anziani, immunodepressi, soggetti con differenti patologie cliniche in atto, etc., particolarmente esposte al rischio di maggiore gravità della patologia.

Più sofisticato è capire in quale misura tale limitazione sia compatibile con la Costituzione. A questa domanda, fornisce risposta l’ultimo passaggio dello schema del giudizio di bilanciamento tra diritti fondamentali, utilizzato dal giudice costituzionale per verificare la correttezza delle misure predisposte dai legislatori. Occorre, infatti, verificare che il legislatore abbia rispettato tre condizioni: 1) la legittimità del fine, per cui la compressione di uno o più diritti fondamentali deve risultare necessaria per la tutela di altri diritti fondamentali – e irrilevanti sono beni pubblici o pretesi interessi comuni superiori; 2) la congruità del mezzo prescelto rispetto al fine, in modo che la compressione delle libertà fondamentali sia effettivamente funzionale alla tutela di altre libertà fondamentali; 3) e il criterio della proporzionalità: la compressione del diritto fondamentale è ammessa,

infatti, entro la misura minima necessaria a tutelare il diritto concorrente e non oltre, quindi senza esorbitare quanto strettamente indispensabile. Da questo punto di vista, anche la temporaneità delle misure limitative delle libertà è condizione legittimante: con tutta evidenza, infatti, solo un termine ragionevole, comunque strettamente collegato all'andamento dell'emergenza sanitaria, può consentire a misure tanto compressive di superare il vaglio di costituzionalità. Ove la Corte costituzionale dovesse essere chiamata a scrutinare la legittimità delle sanzioni predisposte dal legislatore per la violazione dei divieti – ad esempio a seguito di impugnazione in via giudiziaria dei provvedimenti amministrativi –, si può presumere che si concentrerà sullo scrutinio di questo criterio.

### *3. La natura delle norme di contrasto al contagio: funzione sociale o efficacia giuridica?*

Più che una tesi compiuta, l'analisi della vicenda giuridica in questione solleva uno spunto di riflessione o una suggestione che meriterebbe ulteriore approfondimento. Una situazione emergenziale e inedita quale quella affrontata nel 2020 in molti Paesi democratici sembra aver posto in primo piano una funzione 'primitiva' e antropologica delle regole, in genere fuori dall'orizzonte del giurista positivo moderno: quella di ingenerare un comportamento individuale e collettivo, una pratica di gruppo. In questo caso, si è trattato di passare molto rapidamente dal negazionismo (o dalla minimizzazione) del fenomeno, spiegabile in termini di psicologia sociale, ma alla quale hanno concorso anche ragioni economiche e prese di posizione pubbliche di alcuni scienziati, alla condivisione collettiva di una responsabilità. Più che qualificare i comportamenti come giuridici o antiggiuridici, dunque, il diritto è servito in questo caso a guidare l'azione di una comunità.

Era fondamentale, in questo particolare frangente temporale, che le Autorità pubbliche – chiamate a governare la situazione – garantissero, insieme alla tutela della salute, la coesione sociale e assicurassero il consenso, anche in un contesto nazionale come quello italiano, ricco di grandi differenze. Ove infatti fosse man-

cata la spontanea adesione a queste misure, l'emergenza sanitaria sarebbe divenuta molto probabilmente il secondo problema del Paese. In questo quadro, la questione dell'efficacia giuridica delle norme, ovvero della loro capacità di imporsi attraverso una sanzione coercibile dai poteri pubblici, appare totalmente secondaria. L'efficacia delle regole non poteva che essere rimessa anzitutto al controllo della stessa società, passando in secondo piano il controllo formale, ovviamente solo episodico, che ha certamente mantenuto una funzione preventiva, ma meno quella repressiva. La vicenda, così letta, rivela dunque un elemento ulteriore di complessità nel rapporto tra regole e regolarità, riproponendo l'antica questione di un *nomos* polisemantico in modo irrisolto.

Da questo punto di vista, tre elementi sono interessanti, perché, se letti in prospettiva strettamente positivista – come generalmente è stato fatto –, possono rappresentare difetti e criticità, mentre – se inseriti nella prospettiva interpretativa qui proposta, che include la maggiore complessità –, esprimono un *logos* coerente:

- la gradualità dell'introduzione dei divieti – certamente frutto anche di comprensibili incertezze dei decisori pubblici di fronte all'inedito – può essere stata utile alla maturazione progressiva di una consapevolezza collettiva;
- l'apertura delle maglie sanzionatorie dimostra la debolezza della prospettiva prescrittiva: già ad opera dello stesso legislatore, la sanzione penale, introdotta in prima battuta, è stata sostituita da quella amministrativa; la sanzione amministrativa è stata ridotta nella sua misura massima di ben un terzo, rispetto a quanto previsto originariamente, attraverso un emendamento approvato con voto unanime della Camera in sede di conversione del decreto legge istitutivo del divieto. Se tanto è già stato fatto dal legislatore pur perdurando l'emergenza, si può presumere che l'impianto sanzionatorio sarà indebolito ulteriormente sia in sede di applicazione amministrativa delle sanzioni, sia in sede giurisdizionale, qualora le sanzioni irrogate dovessero essere oggetto di contestazione;
- infine, la tecnica normativa che utilizza clausole generalissime come 'necessità' o concetti normativamente non definiti

come ‘congiunti’, se da un lato ha giustamente sollecitato critiche perché confusa, contraddittoria e tale da compromettere certezza e prevedibilità del diritto, dall’altra può essere letta come una scelta (più o meno consapevole) del legislatore, che rimette la valutazione del caso concreto all’apprrezzamento dell’interprete.

Il diritto moderno non si esaurisce, infatti, solo e semplicemente di atti di imperio, esercizio della funzione legislativa, ma consiste anche in interpretazioni, che non prescindono dalle situazioni particolari in cui essi si collocano e dai fatti specifici cui hanno riguardo. L’interpretazione costituisce un processo che, partendo dalla disposizione formulata dal legislatore in termini generali ed astratti (il segno o significante, utilizzando il linguaggio della semiotica), ricerca ed individua la norma adeguata alla fattispecie concreta, assegnando uno specifico significato all’enunciato linguistico, in modo tale che ‘fatto’ e ‘diritto’ risultano essere elementi inscindibili. Ciò vale a maggior ragione per i principi astratti e le clausole non circostanziate e ad elevato grado di genericità, cui andranno necessariamente attribuiti significati concreti, opportunamente contestualizzati.

#### 4. *Obbedienza versus responsabilità: una critica superabile*

La tesi proposta non esime la normativa da una critica, benché ‘minore’ nel contesto complessivo, opportunamente formulata, ad esempio, da Gustavo Zagrebelsky [Zagrebelsky 2020]: nel complesso della disciplina di contrasto al contagio c’è una confusione di fondo tra dimensione giuridica e dimensione etica che uno Stato democratico difficilmente può sostenere al di fuori di una situazione straordinariamente eccezionale, in cui non vi sono alternative percorribili. Una cosa, infatti, è l’obbedienza, un’altra la responsabilità e differenti sono i mezzi per favorirle: se la prima si serve di atti di imperio sanzionati, la seconda non dovrebbe essere promossa attraverso l’uso della forza pubblica, sottesa al diritto dello Stato giustiziabile e corredato di sanzioni.

Non è possibile stabilire *ex post*, però, se strumenti meramente ‘pedagogici’ e di orientamento – ad esempio raccomandazioni formulate dalle pubbliche autorità, come l’invito a non

uscire dal proprio domicilio rivolto gli anziani, contenuto sempre nel medesimo atto normativo di livello primario – avrebbero avuto lo stesso impatto sui comportamenti dell'intera collettività, producendo quell'effetto di accrescimento della consapevolezza e di responsabilizzazione che la normativa introdotta ha invece efficacemente e meritoriamente realizzato. L'inedito per la democrazia costituzionale, l'eccezionalità straordinaria dell'evento, il suo carattere continuativo – cioè non puntuale, come una qualsiasi calamità naturale, ma capace di uno sviluppo non prevedibile durante il suo corso e durante le azioni da intraprendere per governarlo –, il suo ingestibile impatto e la potenziale minaccia diffusa su beni di primaria importanza per l'ordinamento costituzionale – anzitutto la vita umana dei consociati –, sembrano giustificare la linea adottata dal legislatore, fermo restando che, in sede di applicazione delle sanzioni, il tiro potrà (e probabilmente dovrebbe) essere corretto da interpretazioni opportunamente contestualizzate e mitigate *cum grano salis*, ove necessario, ricostruendo correttamente e con attenzione le *rationes* normative.

### *Bibliografia essenziale*

- Agenzia europea per i diritti umani, *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental Rights Implications, Bulletin 1*, fra.europa.eu, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2020/covid19-rights-impact-april-1>>, aprile 2020;
- A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, Cedam, pp. 80 s.;
- R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018;
- R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019;
- R. Bin, *Guardando a domani*, «laCostituzione.info», <<https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/12/guardando-a-domani/>>, marzo 2020;
- C. Corradetti, *Stato di eccezione, stato di assedio o uso emergenziale del potere?*, «ilrasoiodioccam-micromega», 16 maggio 2020;
- G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, «laCostituzione.info», <<http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/22/tra-decreti-e-decreti-limportanza-di-usare-lo-strumento-giusto/>>, aprile 2020;



- A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, «Forum di Quaderni costituzionali», <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/morelli.pdf>>, aprile 2015;
- A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014;
- G. Zagrebelsky, *Se non basta obbedire*, «Repubblica», 30 aprile 2020.