

## *Relazione su Covid 19 e libertà costituzionali*

*Marco Bignami*

1. La presente relazione si occupa dei profili di legittimità costituzionali suscitati dalla risposta normativa statale all'emergenza sanitaria da coronavirus.

Lo scopo di questo scritto è di valutare la conformità a Costituzione del decreto legge n. 33 del 2020, in fase di conversione, benché sia ovvio che l'attenzione dovrà cadere sulla catena di atti che si sono susseguiti nel governo dell'emergenza sanitaria, a partire dal decreto legge n. 6 del 2020, e passando per il decreto legge n. 19 del 2020. Numerosi giuristi hanno affrontato tale tematica in modo critico, ora denunciando l'inadeguatezza dei rimedi che la Costituzione offre contro la crisi, ora auspicando interpretazioni delle norme costituzionali, tali da poter respingere l'attacco che sarebbe condotto contro le libertà.

Il mio punto di vista è diametralmente opposto: la Costituzione, grazie alla decretazione d'urgenza, ha permesso di gestire l'emergenza con efficacia, né vi sono state lesioni dei diritti costituzionali (del resto, nessun giudice ha avallato ad oggi tale supposizione).

Nei paragrafi seguenti, perciò, si cercherà di spiegare perché, a parere di chi scrive, l'attuale emergenza non richieda interpretazioni evolutive della Costituzione, dalle quali trarre le ultime risorse per la salvezza della Repubblica. Una volta incanalata la discussione sui binari tradizionalmente tracciati dalla giurisprudenza costituzionale, e dalla più avvertita dottrina costituzionalistica, non sarà difficile dimostrare che le pretese criticità costituzionali intraviste nella crisi non sono affatto tali: né la dinamica osservata in concreto dalla normazione (la "catena" che dal decreto legge va al d.P.C.m.), né la presunta compressione, oltre i limiti tollerati, delle libertà costituzionali.

2. L'emergenza indotta dalla penetrazione in Italia del nuovo coronavirus si è tradotta, come è del tutto naturale, in una risposta delle istituzioni altrettanto di

emergenza. La concitazione che ne è seguita, e l'inedito livello di compressione delle libertà costituzionali resosi indispensabile per contenere il contagio, hanno così suscitato un dibattito tanto ampio, quanto vibrante nei toni e nei contenuti.

Gli uni hanno paventato il tracollo della democrazia parlamentare, gli altri rassicurato sulla legalità costituzionale dei procedimenti adottati; i primi si sono rifugiati in interpretazioni del testo costituzionale, se non innovative, certamente minoritarie prima di oggi, e le hanno giustificate alla luce della necessità di reagire con vigore al conculcamento delle libertà; i secondi si sono attestati sulla lettura della Costituzione finora del tutto prevalente, invitando alla vigilanza, ma al contempo reputandola del tutto consona al quadro con cui si deve confrontarsi<sup>1</sup>.

Ora, è piuttosto chiaro che tali atteggiamenti dei giuristi pongono anzitutto una questione metodologica, dal cui esame non si può prescindere prima di valutare se le garanzie costituzionali abbiano retto all'impatto con il virus.

La linguistica può essere d'aiuto. Come è noto, ivi si distingue tra enunciati ed enunciazioni, ovvero tra ciò che si dice (l'enunciato) e l'azione che si compie nel dirlo (l'enunciazione). Le cd. condizioni di felicità dell'atto linguistico denotano il grado di opportunità e di efficacia proprio di un certo enunciato, quando esso viene valutato in termini di enunciazione ("Ti ordino di tacere" è un enunciato, le cui condizioni di felicità mutano, a seconda che l'enunciatore sia un genitore, un compagno di banco, un passante).

Un giurista può confrontarsi con l'enunciato soltanto, ovvero anche con l'enunciazione, al fine di esprimere un giudizio di conformità di un certo atto al suo paradigma.

Si immagini che un leader politico inviti la folla a riunirsi nella principale piazza della capitale, ad inginocchiarsi, chinare il capo, chiudere gli occhi e rimanere in silenzio.

---

<sup>1</sup> Nel primo senso, ad esempio, M.G. CIVININI-G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Questione Giustizia*, 14 aprile 2020; F. FILICE-G.M. LOCATI, *Lo stato democratico di diritto alla prova del contagio*, ivi, 27 marzo 2020; nel secondo, ad esempio, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2; S. GUIZZI, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza COVID-19: note minime*, in *Il diritto vivente*, 2020, n. 1. Per un'originale posizione di equilibrio, G. TULUMELLO, *Ex captivitate salus?*, in *Giustamm*, 2020, 4.

Il primo giurista valuterà se l'enunciato corrisponda al parametro di validità, e, verosimilmente, trarrà una risposta positiva, perché le Costituzioni di regola non riprovano che gli uomini politici sollecitino l'esercizio della libertà di riunione.

Il secondo giurista, invece, dovrà chiedersi quale sia l'enunciazione specifica di quell'enunciato, quale azione con esso si compia e in presenza di quali condizioni di felicità.

Ma tra Ghandi e Pol Pot vi è una differenza. A parità di enunciato, è verosimile credere che l'enunciazione sia assai differente: l'uno impiega il proprio carisma (la condizione di felicità) per spronare alla resistenza passiva; l'altro si vale di un potere arbitrario per preannunciare un massacro di massa.

In quest'ultimo caso, il secondo giurista formulerà con ogni verosimiglianza un ben diverso giudizio di compatibilità dell'enunciato, con un'ipotetica Costituzione ancora formalmente in vigore.

Il costituzionalista è il secondo giurista. Civilisti, penalisti, amministrativisti, processualisti, e così via, possono entro certi limiti disinteressarsi dell'enunciato di quel particolare atto linguistico che è la disposizione normativa. Essa è autosufficiente (ovviamente quale filo della più ampia rete dell'ordinamento giuridico nel suo complesso), nel senso che la sua condizione di felicità è squisitamente formale. L'enunciato, a sua volta, diviene un tema da affrontare nei soli limiti in cui si può dubitare che esso sia titolare della competenza a pronunciarsi, ovvero entro una dimensione ancora una volta di legalità formale.

Al costituzionalista (o, comunque, a chi pratica il diritto costituzionale) tocca, invece, di rammentarsi di quel fatto materiale legittimante, dal quale si origina il castello di legalità edificato intorno alla *Grundnorm*. La relazione tra legalità e legittimità nello Stato costituzionale è affidata anche a ciò che da lungo tempo si suole definire l'elasticità delle norme della Costituzione.

Quando ben scritte, esse sono in tal modo aperte alla penetrazione degli stimoli che provengono dal pluralismo sociale ed istituzionale, conformano la società aperta, ma ne vengono a propria volta reindirizzate, assicurando che il divario tra la legittimità e

la legalità non assuma un tasso nel lungo tempo insopportabile per il buon funzionamento della democrazia.

Innanzi ad un'aggressione di micidiale spietatezza, condotta contro le libertà costituzionali da un Governo in odore di dispotismo, le disposizioni costituzionali si presterebbero ad un'interpretazione che le volga a difesa della democrazia liberale. Tale interpretazione non sarebbe forzata, ma coerente con la funzione peculiare alla quale esse adempiono: in tal caso, non sarebbe azzardato, ma del tutto corretto affermare, ad esempio, che una quarantena imposta per legge alla generalità dei cittadini ne incida direttamente la libertà personale, violando la riserva di giurisdizione che l'art. 13 della Costituzione contiene, proprio a difesa dell'individuo dall'abuso del pubblico potere.

Se, tuttavia, il comando proviene da un Governo nominato dal Presidente della Repubblica, provvisto della fiducia delle Camere, i cui atti restano interamente soggetti tanto al controllo parlamentare, quanto a quello giurisdizionale (se, insomma, le condizioni di felicità sono queste), non vi sarebbe ragione alcuna per attivare l'elasticità delle norme costituzionali, e quella stessa interpretazione andrà rivisitata alla luce del tradizionale significato attribuito a queste ultime. Anzi, sarebbe ultroneo suggerire interpretazioni evolutive, alle quali non corrisponda l'involuzione democratica.

Da ciò, il problema metodologico che si è voluto subito porre: nel valutare la conformità a Costituzione degli atti normativi che si sono susseguiti per affrontare la crisi, la questione dell'enunciatore e delle condizioni di felicità del suo atto linguistico non è una stravagante devianza dai canoni dell'esegesi: il problema dell'enunciatore è un problema di diritto costituzionale.

Posto che a provvedere è il Governo della Repubblica, in condizioni istituzionali pienamente efficienti, i canoni ermeneutici applicabili non esigono torsioni. Ovviamente, ciò non esclude che taluni atti normativi possano essere in contrasto con il significato che le norme costituzionali hanno, sulla base di tali canoni. A tale verifica, seppur in termini sommari, è infatti dedicato questo scritto. Vuol dire,

invece, che, allo stato e salvi improbabili sviluppi, non si avverte il bisogno di letture innovative, a tasso di garantismo sovra-rinforzato.

Gli apocalittici avranno forse le loro ragioni in una prospettiva futura e ancora inattuale, ma allo stato convince di più la voce dell'integrato.

3. Gli atti normativi che, a seguito dell'emergenza sanitaria, hanno limitato le libertà personali sono il d.l. n. 6/20, il d.l. n. 19/20, da ultimo il d.l. n. 33/20, i numerosi d.P.C.m. che ne sono seguiti; provvedimenti del Ministro della salute; decine di ordinanze regionali e locali giunte a sovrapporsi a tali fonti statali. Di quest'ultime qui non ci si occuperà.

È necessario invece chiedersi in quali rapporti reciproci si pongano le fonti statali e sia se esse abbiano, o no, violato le libertà costituzionali.

Se si concentra l'attenzione sulle censure di incostituzionalità mosse dagli apocalittici agli atti di gestione dell'emergenza, si ricava l'impressione di un buon grado di genericità, con sporadiche eccezioni. Al di là del grido di allarme per la democrazia conculcata, vi è stata difficoltà a sviluppare un ragionamento più mirato, sulla base del significato proprio delle disposizioni costituzionali, secondo l'interpretazione consolidata che ne è propugnata dagli integrati.

Nel rapporto tra Costituzione, fonte primaria del decreto legge, fonte secondaria del d.P.C.m. solo la suggestione può indurre a sospettare inversioni metodologiche<sup>2</sup>.

Certo, la decretazione d'urgenza ha attribuito al Governo un potere di ordinanza, concretizzatosi con i d.P.C.m., nel quale si potrebbe a prima vista intravedere una sorta di autoconferimento di prerogative impattanti sui diritti civili (l'esecutivo, con un proprio atto, legittima l'adozione, da parte sua, di ulteriori provvedimenti).

Con ciò, tuttavia, si trascura che il decreto previsto dall'art. 77 della Costituzione è un atto avente forza di legge, ovvero una fonte primaria, sia pure ad efficacia temporale limitata e subordinata alla successiva conversione, alla quale va riconosciuta, salvo

---

<sup>2</sup> In senso contrario, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, che ragiona in termini di una "autoassunzione di un potere straordinario che si legittima per via di necessità", quando, invece, a chi scrive pare che quanto accaduto normativamente sia del tutto riconducibile allo schema tracciato per i casi straordinari di necessità e urgenza dall'art. 77 Cost., come avvertito da M.LUCIANI, *Il sistema delle fonti cit.*

specifiche eccezioni, la medesima capacità integrativa dell'ordinamento attribuita alla legge formale. Né l'art. 15 della legge n. 400 del 1988, tra i casi nei quali è vietato l'impiego del decreto legge, annovera il presente.

Tale evidente rilievo comporta due conseguenze, altrettanto pacifiche: le misure restrittive delle libertà non poggiano su atti secondari, ma direttamente su un atto primario idoneo ad assolvere alla riserva di legge<sup>3</sup>; mediante il conferimento al Governo del potere di ordinanza, si configura il tipico e frequentissimo fenomeno per il quale il legislatore, non potendo o non volendo esaurire la regolamentazione di una fattispecie con minuziose norme generali ed astratte, preferisce affidarsi alla discrezionalità dell'esecutivo al fine di completarla.

Che tale ultima evenienza sia ricorsa nel caso di specie è fuori discussione: se il decreto legge avesse inteso provvedere da sé alla attivazione delle misure di contenimento, non avrebbe potuto con ciò rispettare i canoni di adeguatezza e proporzionalità imposti ad atti normativi che comprimono i diritti costituzionali. La repentina ed imprevedibile diffusione della malattia sul territorio della Repubblica richiede adattamenti della strategia di prevenzione, che possono essere persino giornalieri, e che debbono conformarsi ad una realtà fattuale in continuo divenire.

Una fonte statica quale è la legge non solo non è in grado di far fronte a simili minacce, ma, se vi provasse, si esporrebbe a forti dubbi di costituzionalità: infliggere gravissime restrizioni alle libertà costituzionali, senza differenziarle per area geografica e adattare all'evoluzione del virus, equivarrebbe a trattare in modo uguale situazioni diseguali; provare a dosare la reazione per luoghi e per diffusività del contagio fotograferebbe una certa situazione al tempo  $t$ , rischiando che il modello abbia fattezze del tutto differenti al tempo  $t-1$ , e trattando così situazioni (divenute) uguali in modo diseguale.

Né servirebbe obiettare che al medesimo scopo conseguito con l'impiego del d.P.C.m. si sarebbe potuto provvedere mediante una catena di decreti legge<sup>4</sup>. A parte

---

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Il sistema* cit.

<sup>4</sup> Sul punto, B. CARAVITA, *L'Italia al tempo del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* 18 marzo 2020

il rilievo, invero risolutivo, che una tale fonte comporta di per sé l'impiego di tempo e di energie istituzionali ben più consistenti che un d.P.C.m. (e potenzialmente non compatibili con una risposta immediata), non è ben chiaro quale sia l'afflato garantista di una simile proposta, una volta accettato che, in linea di principio, la sequenza procedimentale invece osservata non ha alcunché di incostituzionale.

Sul piano del rapporto tra Parlamento e Governo, infatti, è appena il caso di ricordare che la vita del secondo dipende sempre e soltanto dalla volontà del primo, il quale ha ogni strumento utile anche per indirizzare l'attività dell'esecutivo. In uno stato di forte tensione quale l'attuale, del resto, non è neanche pensabile che il Governo sia in grado di imporre misure, sul cui contenuto la maggioranza che lo sostiene sia in disaccordo.

Sul piano della tutela giurisdizionale, poi, è intuitivo che il d.P.C.m. ha una forza così blanda, che qualunque giudice è legittimato ad annullarlo o a disapplicarlo, a seconda dei casi. Ciò rende potenzialmente più fragile l'intervento regolatore dinnanzi all'urto del sindacato di legittimità, attivabile da chiunque vi abbia interesse.

Del resto, le cadenze della crisi sono state ritmate da tre decreti legge, che ne sono il capitolo fondativo: con atti legislativi si è chiusa l'Italia (i d.l. nn. 6/20 e 19/20), con atto legislativo (il d.l. n. 33/20) essa è stata largamente riaperta.

Quanto ai d.P.C.m., non vi è nulla di male nel catalogarli nel *genus* delle ordinanze contingibili e urgenti, purché non sfugga la abissale differenza che, nel caso di specie, li distingue da provvedimenti di tal fatta. In effetti, la caratteristica peculiare dell'ordinanza contingibile e urgente è che essa viene adottata sulla base di un iniziale conferimento di potestà, che omette di descriverne il contenuto peculiare (cd. legalità formale). E si capisce: è necessario munirsi di strumenti atti a rispondere nel modo più efficace a emergenze dal volto ancora sconosciuto, sicché la legge non è in grado di prevedere quali misure potranno occorrere in futuro.

Nel nostro caso, viceversa, i decreti legge non solo hanno conferito la potestà (ciò di cui neppure vi sarebbe stato bisogno, se ad essere applicabile fosse stato il solo

codice della protezione civile), ma hanno anche dettagliato quale contenuto i d.P.C.m. nel concreto potessero avere (cd. legalità sostanziale).

Ciò è ovviamente accaduto perché il nemico era noto, e dunque non vi era più necessità di affidarsi ad atti privi di una predeterminazione legislativa. Il d.P.C.m è infatti servito, per così dire, ad accendere e spegnere la luce, ovvero ad applicare nozioni di epidemiologia per stabilire di volta in volta quale misura, *descritta dalla legge*, fosse idonea.

Che tali d.P.C.m. non siano pienamente assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti, peraltro, lo spiega la sentenza n. 4 del 1977 della Corte costituzionale (estesa da Crisafulli), la quale dice, a proposito di tali ordinanze, che *“il contenuto dei provvedimenti stessi non é prestabilito dalla legge, ma da questa rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente, secondo richiesto dalle circostanze, diverse da caso a caso, che ne impongono l'emanazione; in secondo luogo, (...) dette circostanze non sono, a loro volta, previste - né, di regola, sono prevedibili in astratto - da specifiche disposizioni di legge. Onde la distinzione, corrente nella dottrina, tra "atti" necessitati e "ordinanze" necessitate; i primi, come le seconde, fondantisi sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni”*.

In conclusione, diversamente che nei casi classici di ordinanze contingibili e urgenti, qui il contatto con la previsione di legge è stato molto stretto. Le libertà sono state limitate dal legislatore, piuttosto che dal Governo, per mezzo di atti (i d.P.C.m.) definiti dal decreto legge: come è noto, infatti, il sistema delle fonti è chiuso solo a livello primario, e la legge può disciplinare tutti gli atti secondari che ritiene opportuni.

Il collegamento tra misure restrittive delle libertà e scelte legislative è tale da assicurare, anche sul piano del coinvolgimento del Parlamento, in sede di conversione dei decreti legge.



3. Più in generale, accade che, nell'invocare letture d'avanguardia della Costituzione, o nell'auspicare la sua revisione perché si renda meglio adatta alla gestione delle crisi, si finisce per ottenere l'effetto paradossale di decrementare, anziché aumentare, il tasso di tutela dei diritti<sup>5</sup>. Se le Camere fossero chiamate a deliberare lo stato di emergenza, cosiccome spetta loro in caso di guerra (art. 78 Cost.), si immagina che tale fatto dovrebbe preludere ad una sospensione di certe garanzie costituzionali, e al conferimento al Governo di più ampi poteri<sup>6</sup>. Insomma, una crisi che la Repubblica è stata in grado di gestire nel rispetto della legalità costituzionale, e attraverso atti normativi primari sottoposti alla conversione in legge, sarebbe slittata verso un più netto confinamento delle prerogative parlamentari, a favore del ruolo dell'esecutivo. Né si vede quale contenuto squisitamente politico abbia la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, al quale, di regola, nel mondo intero provvedono i Governi. Se la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi, la lotta ad una malattia mortale è l'antefatto, ad apprezzamento tecnico-epidemiologico, che permette di proseguire a far politica. Dall'art. 78 della Costituzione il giurista integrato non può trarre alcuno spunto per il caso attuale. Da quest'ultimo, invece, ricava l'idea che ogni ipotesi di revisione costituzionale, quanto alla necessità di una preventiva pronuncia parlamentare al fine di dichiarare l'emergenza sanitaria, sia inutile nel migliore dei casi e inopportuna negli altri<sup>7</sup>.

4. Naturalmente, avere ritenuto che la sequela decreto legge-d.P.C.m. sia in sé esente da dubbi di costituzionalità è solo un primo passo. Bisogna poi domandarsi se, nel configurare il potere governativo di ordinanza, sia stato rispettato il principio di legalità sostanziale, che impone di rinvenire nella legge una adeguata descrizione della funzione amministrativa.

---

<sup>5</sup> Si veda M. LUCIANI, *Il sistema cit.*; di diverso avviso A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in Consulta Online, 2020, 1

<sup>6</sup> F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in Federalismi.it, 2020, 1

<sup>7</sup> In senso diverso, T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in Consulta Online, 2020, 1

Sotto questo profilo, non sembra opinabile che l'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020, che permetteva di adottare “*ulteriori misure*” di contenimento del virus fosse incostituzionale, a causa della totale genericità dell'espressione impiegata<sup>8</sup>. Viceversa, ogni altra misura di reazione è ben descritta dai decreti legge<sup>9</sup>, ed assolve pienamente al principio di legalità.

In secondo luogo, occorre chiedersi se la Costituzione consenta che certe libertà siano limitate per effetto di un atto secondario, ciò che è ammesso soltanto in presenza di una riserva di legge relativa, e nel rispetto delle condizioni che essa, se rinforzata, pone alla legislazione stessa.

Qui è necessaria una forte precisione concettuale, in assenza della quale i vizi di costituzionalità si moltiplicano come in una camera di specchi, dove un'unica figura è riflessa in centinaia di modi differenti.

Si tratta, anzitutto, di avere presente quale sia lo scopo dell'intervento normativo, e se quest'ultimo sia adeguato rispetto al primo. Ciò dovrebbe consentire di individuare la specifica libertà costituzionale che la normativa comprime direttamente, tenendola separata da quelle altre che ne sono limitate solo a cascata e per effetto indiretto.

Ora, è assodato che l'unica tattica possibile di contenimento del contagio sia il cd. distanziamento sociale, ovvero l'impedimento ai contatti che le persone hanno uscendo di casa, per dedicarsi alle loro consuete attività lavorative e ricreative. Fine della normazione d'emergenza è perciò di ostacolare tali contatti, per quanto possibile. Non ha importanza se essi nascano nell'esercizio della libertà di iniziativa economica o dell'attività di lavoro autonomo o dipendente; se l'occasione di incontro sorga in un luogo dedicato al culto, in una piazza ove ci si riunisce per manifestare, nella dimora dove si celebra una festa conviviale, e così via. È la circolazione (e non il profitto, la preghiera, la partecipazione alla vita politica, le relazioni sociali) che si impone all'attenzione della legge. E questo non per capriccio, ma perché i virus, in natura, funzionano così.

---

<sup>8</sup> M.LUCIANI, *Il sistema* cit.; S. GUIZZI, *Lo stato* cit.

<sup>9</sup> L'art. 1 del d.l. n. 6/20 elenca numerose misure, tra quelle che, “anche, possono essere adottate. È ovvio, però, che come nel caso dell'art. 2 seguente, ogni altra restrizione priva di specifica copertura legale avrebbe dovuto ritenersi illegittima.

Il legislatore è pertanto intervenuto sulla libertà di circolazione, regolata dall'art. 16 della Costituzione, che ne consente limitazioni in via generale e per motivi di sanità, sebbene, poi, tali restrizioni siano state in concreto così pesanti, da ricadere indirettamente su un gran novero di altri diritti costituzionali disciplinati da corrispondenti disposizioni

Ma l'art. 16, e non queste ultime, resta il parametro costituzionale prioritario per valutare la legalità costituzionale di quanto è accaduto. Altrimenti, sarebbe vero che le chiese non si possono serrare, posto che l'art. 19 della Costituzione garantisce l'esercizio del culto, salvo che per i riti contrari al buon costume; e si dovrebbe ugualmente concludere che non si possa vietare una riunione in luogo aperto al pubblico, purché pacifica e senz'armi.

Ma, se così fosse, se ne dovrebbe inferire che la Costituzione non offra strumenti per opporsi al dilagare di microbi trasmissibili da persona a persona, così preservando vita e salute. Una affermazione insostenibile, e ovviamente falsa.

L'emergenza sanitaria, in caso di virus che si propagano con il contatto sociale, si correla nei fatti alla compressione della libertà di circolazione, ed è quindi in tale sede che il Costituente la ha collocata. Se la legge supera lo scrutinio di legittimità costituzionale in relazione a tale parametro, sono così assorbiti i profili lesivi di ulteriori diritti costituzionali, incisi non in quanto tali, ma soltanto perché i limiti imposti alla circolazione ne impediscono l'esercizio.

Naturalmente, ciò non toglie che tale scrutinio debba essere pieno e rigoroso, anche in relazione ai presupposti materiali dai quali trova giustificazione. Sarà quindi necessario accertare che davvero il microbo si propali per il paese, e che davvero esso abbia caratteristiche potenzialmente gravi per la salute pubblica; che, in relazione a quest'ultimo elemento, la risposta di contenimento sia adeguata e proporzionata, anche ricorrendo al test del minimo mezzo (esistono alternative praticabili, che siano di minor sacrificio per gli interessi contrapposti?); che la reazione debba imporsi, per ragioni epidemiologiche, all'intera nazione, o a parti soltanto di essa.

È difficilmente contestabile, a parere di chi scrive, che tutti questi quesiti abbiano trovato fino ad oggi soddisfacente risposta negli atti adottati, la cui legittimità non pare discutibile. Anche sotto l'aspetto del minor sacrificio, del resto, la devastante epifania del nuovo coronavirus ha colto di sorpresa un sistema sanitario purtroppo fiaccato da anni di costante impoverimento delle risorse, e del tutto impreparato a contrapporsi al contagio, al pari delle strutture produttive e di aggregazione. Per dotarsi di piani di prevenzione, dei mezzi materiali per attuarli, degli strumenti per vigilare su tale attuazione, servono tempo e risorse. Mancando l'uno e le altre, non si può che fermare la circolazione, nell'attesa di riorganizzarsi.

Va da sé che l'evoluzione dell'epidemia va di pari passo con l'affinamento degli strumenti di difesa, e dunque con il relativo sindacato di legittimità.

Nella prima fase emergenziale, acuitasi con il d.l. n. 19/20, si è resa indispensabile una generalizzata e rigorosa limitazione alla libertà di circolazione. Ora, tanto più è compressa quest'ultima con misure generali, quanto più sono privi di pertinenza i dubbi di costituzionalità concernenti la lesione di altri diritti costituzionali, il cui esercizio richiede di poter circolare. Se ad essere chiusi sono non solo i centri di culto, ma ogni impresa di carattere non essenziale alla sopravvivenza, ogni luogo di ritrovo, ogni esercizio commerciale, nessuno potrà credere che l'obiettivo del potere sia di conculcare con arbitrio la libertà religiosa.

I termini del problema possono però mutare, via via che si avvia il percorso di ripresa delle attività. In tal caso, ciò che si attenua è la generalità della misura, che è massima quando si rivolge a (quasi) tutti, e decresce via via che le categorie tipologiche che ne sono destinatarie si riducono. Come si vedrà a breve, tale generalità è il tratto di più sicuro affidamento sia sulla circostanza che la limitazione concerne la libertà di circolare, e non la libertà personale, sia sulla circostanza che essa non crei irragionevoli discriminazioni. Il test di costituzionalità, insomma, deve divenire sempre più esigente, man mano che la generalità si affievolisce.

Come, perciò, l'allarme democratico e i dubbi di costituzionalità dell'apocalittico sembrano all'integrato del tutto inconsistenti per la fase di emergenza

dell'emergenza, così essi potrebbero meritare nuova attenzione, una volta entrati in un segmento temporale di "ordinaria straordinarietà", se si consente l'espressione.

Saranno, in altri termini, necessari dati epidemiologici certi e granitici per poter tollerare che riaprano ristoranti e gioiellerie, e restino chiuse piazze e moschee.

Perché, altrimenti, il dubbio che si stia approfittando di una crisi per togliere aria al respiro delle libertà cesserebbe di essere peregrino, e, usciti dal tasso di generalità sul quale vigila l'art. 16 Cost., tornerebbero ad essere rilevanti le condizioni che la Costituzione prescrive di rispettare quando si incide sui diritti costituzionali, ed anche i divieti a che ciò accada, se non per le specifiche ragioni di volta in volta enunciate nella norma costituzionale.

Il compito del giurista, via via che la generalità delle misure decresce, si rende allora più arduo. Esso potrebbe richiedere di avvalorare o smentire la stessa selezione normativa delle categorie e delle attività che restano confinate, nel confronto con quelle che tornano alla vita più piena. Certo, la prima giurisprudenza costituzionale ritenne che l'art. 16 della Costituzione autorizzasse limitazioni imposte "*alla generalità dei cittadini, non a singole categorie*" (sentenza n. 2 del 1956), ma ben presto si dovette precisare che ciò equivale a vietare "*illegittime discriminazioni contro singoli o contro gruppi*" (sentenza n. 68 del 1964). Non è pensabile che ogni strumento di cordone sanitario si applichi a chiunque, indistintamente, ovvero anche a chi non sia minimamente sfiorato dal rischio di diffondere o contrarre la malattia. Il punto saliente è, piuttosto, la individuazione non arbitraria dei destinatari.

Quanto allora potrà essere giustificato, anche alla luce della dignità umana, che ad essere costretti in casa non si sia tutti noi, o anche i soli malati, ma, ad esempio, solo chi appartenga a gruppi sociali a maggior rischio, come ad esempio gli anziani? I dati epidemiologici garantiscono che l'età avanzata sia in sé un fattore di aggravamento del pericolo di intasare le sale di terapia intensiva, o lasciano piuttosto sospettare che ad essa debbano accompagnarsi patologie pregresse? È vero, oppure no, che la fascia di età maggiormente contagiabile, e quindi portatrice del virus, si colloca tra i 40 e i

50 anni? È ragionevole tenere a freno anche chi ha sviluppato anticorpi contro il virus? Sono domande alle quali il giurista potrebbe dover dare risposta.

Naturalmente, allo stato, il d.l. n. 33/20 rende tale incombenza del tutto ipotetica, perché si è optato per una generale riapertura del paese, salvo alcune persistenti limitazioni. Ma, se l'infezione dovesse tornare a manifestarsi con rinnovata gravità, e le restrizioni fossero calibrate su specifiche aree geografiche o categorie sociali o produttive (come sembra di intuire dall'art. 1, comma 1, di tale decreto, che preannuncia una nuova reazione normativa "a macchia di leopardo"), il discorso si farebbe attuale.

In un simile contesto, la proporzionalità stessa delle misure andrà saggiata nel rapporto con il decorso del tempo, l'accumulo di conoscenze scientifiche, l'implementazione dei mezzi materiali di prevenzione del contagio. Se si dimostrasse che maschere protettive, paratie di plexiglas, accorgimenti nella gestione dei flussi di folla sui mezzi pubblici, e sul distanziamento nei luoghi aperti al pubblico, possano essere efficaci, il principio del minor sacrificio potrebbe spingere verso nuovi dubbi<sup>10</sup>.

Resta poi da dire che in una fase di stabilizzazione dell'emergenza sarà opportuno un più incisivo coinvolgimento delle Camere, perché i bilanciamenti ai quali si sarà chiamati appariranno sempre più l'esito di una scelta politica, e sempre meno l'effetto di una discrezionalità tecnica nutrita dall'epidemiologia.

Un tale discorso è in parte ancora prematuro, ma, se dovesse essere svolto, potrebbe anche comportare una ulteriore riflessione sulla stanca nozione di discrezionalità tecnica, con riferimento alla sua presunta insindacabilità da parte del giudice comune. Tuttavia, allo stato, non è certo nell'aria il profumo del dispotismo. Il d.l. n. 33/20 conferma, anzi, che il Governo cerca disperatamente di riavviare il paese, dove e per quanto possibile, e che non veda l'ora di recuperare quella normalità che, sola, varrebbe a trarre in salvo l'economia, soccorrendo in tal modo i più deboli. L'enunciatore, e le condizioni di felicità dei suoi enunciati, non sono cambiati.

---

<sup>10</sup> Lo anticipa con la consueta acutezza G. TULUMELLO, *Ex captivitate* cit.

6. Queste riflessioni sarebbero carta straccia, se andasse a segno la più articolata e specifica delle censure di costituzionalità mosse alla risposta normativa all'emergenza. Il dubbio è che la legalità di quest'ultima debba venire apprezzata con riferimento non alla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), ma alla libertà personale (art. 13 Cost.)<sup>11</sup>.

Se tale assunto fosse condivisibile, ne verrebbero due effetti. Anzitutto, i profili di incostituzionalità esploderebbero a raggiera, tante volte quanti sono i diritti limitati<sup>12</sup>. Si dovrebbe ad esempio reputare illegittimo il divieto di frequentare i riti religiosi, quando non contrari al buon costume (il solo limite che l'art. 19 della Costituzione formula a temperamento del diritto), mentre, ragionando sulla libertà di circolazione, l'impedimento sarebbe in linea astratta ammissibile. È forse questa illusione ottica ad avere indotto molti a temere per lo Stato di diritto, ma pur sempre di un gioco di prestigio si tratta.

Poi, le misure adottate sarebbero ancora più radicalmente incostituzionali, perché non è stato previsto che esse siano convalidate dall'autorità giudiziaria entro 48 ore da quando comunicate.

Questa tesi, se riferita all'obbligo, gravante su tutte le persone, di non lasciare la dimora se non per specifiche ragioni, è palesemente insostenibile.

Non si tratta solo, in fatto, di rimarcare la impossibilità (che, in diritto, si tradurrebbe nell'inevitabile fallimento di ogni strategia efficace di contrasto all'epidemia): quale migliaia di magistrati dovrebbero convalidare circa 60 milioni di volte un provvedimento, a meno di ammettere, in contrasto con l'intero assetto delle fonti e dell'ordine giudiziario, che un solo giudice possa convalidare, una volta soltanto, un d.P.C.m.

---

<sup>11</sup> Sul punto, è doveroso richiamare la profonda analisi del problema che si rinviene in S. Guizzi, *Stato costituzionale* cit., che pare risolutiva. Nel senso, invece, che la quarantena operi sulla libertà personale, F.S. MARINI, *Le deroghe* cit.; A. RUGGERI, *Il Coronavirus* cit.

<sup>12</sup> È questa, infatti, l'impostazione di L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2020

È che, prima ancora, non si riesce a capire quale sia l'oggetto della convalida (ammettiamo che si tratti, del tutto bizzarramente, di un atto generale quale il d.P.C.m.), e, soprattutto, quale il parametro al quale attenersi. Si dovrebbe immaginare che il giudice ordinario, d'ufficio, esamini la proporzionalità delle misure intraprese, non convalidandole se le reputa illegittime: e ciò in difetto di un'azione giurisdizionale avviata per la tutela del diritto, e persino in danno di chi ha invece interesse, pur sottostandovi a sua volta, che le restrizioni siano rispettate da chi, violandole, potrebbe contagiarlo. È del tutto evidente che un simile controllo su un atto di natura generale non può svolgersi in tal modo nel nostro ordine costituzionale.

Perché il punto è proprio questo: l'art. 13 della Costituzione non è stato pensato per operare a fronte di atti siffatti, privi di quel tratto individualizzante che rendono in astratto concepibile l'arbitrio, e chiamano in campo così la garanzia giurisdizionale.

La riserva di giurisdizione affonda le sue radici nella progressiva separazione del giudice dall'apparato amministrativo, cosicché il primo possa senza remore proteggere le persone dall'arbitrio del secondo. Innanzi a provvedimenti rivolti ad una moltitudine indistinta, come non vi è pericolo che privilegi e punizioni siano dispensati miratamente, così non vi è alcuna necessità costituzionale della convalida giudiziaria. Semmai, si valuterà, su domanda di parte, se un certo atto è legittimo, ma questa è tutt'altra faccenda.

La giurisprudenza costituzionale, alla quale l'integrato si ostina a guardare, reputa applicabile il regime della libertà personale solo a fronte di provvedimenti di coercizione fisica (ad esempio, sentenza n. 384 del 1987), o che comportino un'equivalente mortificazione della dignità o del prestigio della persona, che ne determini una degradazione giuridica (ad esempio, sentenza n. 419 del 1994 e n. 210 del 1995). È pacifico che il divieto di abbandonare la dimora non comporti coercizione (verrà applicata, in caso di violazione, solo una sanzione amministrativa pecuniaria) e non degradi alcuno, sia perché contribuire a sgominare un virus mortale è semmai un atto di solidarietà sociale, sia perché la generalità del comando esclude



che chi vi è soggetto arretri di un gradino sulla scala sociale della dignità e del prestigio, rispetto a chiunque altro. Non sono perciò violati i limiti imposti dal rispetto della persona umana evocati dall'art. 32 della Costituzione. Tale disposizione, peraltro, non ha attinenza con il tema discusso, perché il confinamento domiciliare non è con ogni evidenza un trattamento sanitario, e non esige una qualche manipolazione fisica del paziente che vi è soggetto (come invece accade anche nel caso della semplice vaccinazione)<sup>13</sup>

La questione, allora, resta quella di accertarsi che la limitazione alla circolazione sia proporzionata, e non si volga contro specifici gruppi o individui senza correlazione con la necessità di proteggersi dal virus: è quanto richiede l'art. 16 della Costituzione, il solo parametro di giudizio pertinente.

Difatti, non convince affatto la tesi, pur autorevolmente sostenuta, per la quale si porrebbe un problema di circolazione, anziché di libertà personale, solo quando si tratti di vietare il transito da un territorio giuridicamente rilevante ad un altro (ad esempio, da Comune a Comune)<sup>14</sup>. Sarebbe infatti piuttosto illogico, a fronte di un unico microbo contagioso, permettere ad un cittadino di Roma di percorrere molti chilometri fino al litorale di Ostia, quando, invece, un suo omologo residente a Pero, provincia di Milano, potrebbe invece circolare per un raggio ben inferiore.

Il punto è che l'area della restrizione dipende dalla natura del virus, dai focolai, dalle modalità di trasmissione del contagio e da quant'altro abbia stretta attinenza con i motivi sanitari richiesti dall'art. 16 della Costituzione. Quindi, persino il confinamento domiciliare può essere ammesso, se assolutamente necessario a tutelare il bene della vita, e per il tempo strettamente necessario a trovare soluzioni meno gravose, sulla base di una costante rivalutazione epidemiologica<sup>15</sup>.

7. Una volta escluso che l'art. 13 Cost. abbia attinenza con la gran parte delle restrizioni adottate, la tesi già criticata ha trovato ulteriore alimento con specifico

---

<sup>13</sup> *Contra*, L. CUOCOLO, *I diritti* cit.

<sup>14</sup> G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei, Padova 1956, 354 ss, citato da M.G. CIVININI-G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria* cit.

<sup>15</sup> *Contra*, M.G. CIVININI-G. SCARSELLI, *Emergenza* cit.

riguardo all'art. 4, comma 6, del d.l. n. 19/20, che punisce con la sanzione penale chi, sottoposto alla quarantena in quanto positivo al test del coronavirus, vi si sottragga<sup>16</sup>. L'equivoco, qui, consiste nel ritenere che la quarantena sia intermediata da un provvedimento *ad hoc* dell'autorità amministrativa, da sottoporre a convalida giudiziaria, mentre essa, nel d.l. n. 19/20, discende invece direttamente dalla legge. Il d.P.C.m. si limita ad attivare la misura, in ragione dell'andamento della malattia. Da quel momento, l'art. 4, comma 6, punisce chi viola il “*divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus*” (art. 1, comma 2, lett. e del d.l. n. 19/20).

Per chi scrive, in ogni caso, resta determinante la considerazione che la quarantena, in questo caso, non è il frutto di una valutazione discrezionale del medico, che si rivolge a isolati individui, colpiti in via eccezionale da una malattia. La risultanza del test è un fatto obiettivo; la misura si rivolge a chiunque abbia contratto la malattia, quale che siano le sue condizioni personali o sociali; è assodato che il virus sta massicciamente circolando in Italia. In definitiva, la generalità della restrizione è la miglior garanzia che la convalida giudiziaria non è richiesta, perché non viene in gioco la libertà personale: non vi è alcun rischio di arbitrarietà nell'esercizio del potere.

Ove si trattasse di riservare il trattamento domiciliare ad una sola persona, con riguardo ad una malattia già nota, ma non epidemica, si dovrebbe essere cauti a troncare la questione con l'argomento che l'esigenza sanitaria può giustificare anche interventi mirati, senza coinvolgere la libertà personale (come invece pur si desume dalla sentenza n. 68 del 1964 della Corte costituzionale). Ma certamente, ed anzi a maggior ragione, nel caso del coronavirus non serve alcuna legge sul contagio che già non vi sia, e non vi è nessuna ragione di diritto costituzionale per esigere la convalida giudiziaria, anziché esercitare il controllo giurisdizionale di ragionevolezza e

---

<sup>16</sup> A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in *Questione Giustizia*, 28 marzo 2020; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020

proporzionalità sulle fonti che hanno introdotto la quarantena, qualora sollecitato da chi vi abbia interesse.

8. In conclusione, l'esame della tecnica normativa alla quale il legislatore statale ed il Governo sono ricorsi per opporsi al virus rassicura, sia quanto alla legalità costituzionale di essa, che a chi scrive non pare discutibile, sia in rapporto alla capacità della nostra Costituzione di fornire ogni mezzo necessario all'uopo.

Se si mette in disparte l'art. 2 del d.l. n. 6/20, poi abrogato e comunque mai applicato, le disposizioni che hanno governato la crisi paiono rispettose dei limiti costituzionali posti a tutela delle libertà fondamentali, e sono state adottate nel pieno rispetto del procedimento che la Costituzione prevede a tale scopo.

In particolare, il meccanismo con cui si è attribuito il potere di provvedere in via d'urgenza al Governo è conforme all'art. 77 della Costituzione, e rispetta la riserva di legge relativa e rinforzata recata dall'art. 16 della Costituzione.

I d.P.C.m. che sono seguiti sono poi stati soggetti al potenziale vaglio giurisdizionale, anche sotto il profilo della proporzionalità. Non certo attraverso una bizzarra convalida d'ufficio, ma a seguito del ricorso di chi se ne ritenga lesa.

La quarantena imposta all'intero paese è poi stata, in concreto, non meno severa<sup>17</sup> ed efficace, almeno in potenza, delle analoghe misure che Stati autoritari, o altri Stati di democrazia liberale, hanno dispiegato. Da ciò si trae la conferma che, pur nel pieno rispetto dello Stato di diritto e delle garanzie individuali, e senza alcuna norma esplicita che regoli lo stato di emergenza, la Costituzione repubblicana si è mostrata "performativa" al massimo grado. Certamente, nei fatti il rapporto con le fonti regionali e locali si è rivelato problematico, ma ciò dipende assai più dai rapporti di forza politica, che non dall'incertezza del quadro costituzionale di riferimento.

Una ragione di più per difenderla, questa Costituzione, anziché cedere alla brama di modifiche avventate, o, peggio, alla facile suggestione di un accentramento del potere.

---

<sup>17</sup> L. CUOCOLO, I diritti cit.



