

## *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*

di

Vincenzo Baldini\*

1. Nel corso dei miei studi mi sono occupato di prevenzione in funzione di sicurezza, soprattutto con riguardo a vicende del terrorismo internazionale. Sulla falsariga della posizione di un grande Studioso del diritto pubblico, *Erhard Denninger*, ho inteso lo “Stato di prevenzione” come un modello organizzativo *sui generis*, la cui logica stride sovente e in maniera inconciliabile con il sistema delle garanzie specifiche dello Stato costituzionale di diritto. Nella logica della prevenzione la soglia di ingerenza del potere pubblico nelle sfere di libertà di persone deve essere necessariamente anticipata ad un momento precedente il possibile compiersi degli eventi pericolosi. Tale logica è dominata dal concetto di “rischio”, inteso come presupposto e come fattore giustificativo dell’adozione di misure limitative della libertà. Il rischio (U. Beck), diversamente dal pericolo, è uno stato privo di contenuti formali e contorni oggettivi, è soprattutto una condizione emotiva che si sposa ad una paura generalizzata, dunque appare variabile anche nella sua reale consistenza a seconda di chi sia il soggetto che avverte il rischio (D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, I Band).

Sussiste, pertanto, un’evidente difficoltà a conciliare le due logiche in conflitto - quella, appunto, dello Stato di prevenzione e quella dello Stato costituzionale di diritto- mentre si indulge a soccombere alla tirannia della sicurezza sacrificando l’identità stessa dello Stato costituzionale di diritto (C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*)

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli studi di Cassino.

E' ciò che sembra stia accadendo con riguardo all'odierna emergenza sanitaria da Coronavirus, che affligge il nostro Paese. Vero è che nel d.l. n. 6/2020, recante le *"misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"* si precisa espressamente che ogni misura di contenimento e gestione" dell'emergenza assunte da generiche "autorità competenti" debba essere *"adeguata e proporzionata"* (corsivi miei: n.d.r.) all'evolversi della situazione epidemiologica in quei "comuni o aree" dove "risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio". Tali misure comportano rilevanti limitazioni di libertà fondamentali -dalla libertà personale (art. 13 Cost.), alla libertà di domicilio (art. 14 Cost.), alla libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), di riunione (art. 17 Cost.) e persino alla libertà religiosa (art. 19 Cost.) – come accade, ad es., con il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; il divieto di accesso al comune o all'area interessata, o con la "quarantena con sorveglianza attiva" per gli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva. Parimenti deve dirsi per la misura della sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o *privato* (corsivo mio: n.d.r.), anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, "anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico" nonché per la "limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe ...".

Altre misure sono in grado di incidere, invece, soprattutto sull'esercizio regolare di funzioni pubbliche, come, ad es., la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria (salvo le attività formative svolte a distanza), oppure la sospensione dei servizi di

apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi.

2. Ma il richiamo alla proporzionalità ed adeguatezza non bastano a preservare il decreto legge in questione da dubbi d'incostituzionalità se si tiene conto del fatto che -per dottrina costante e consolidata- ogni contrazione di diritti fondamentali soggiace, oltre che al vincolo della riserva di legge "assoluta", all'osservanza del parametro di proporzionalità *in senso lato*, intesa cioè come *adeguatezza* (rispetto allo scopo), *essenzialità* della misura (nel senso del suo contenimento entro i termini essenziali a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito) e sua *necessarietà* -(proporzionalità in senso stretto, vale a dire, l'impossibilità del ricorso a provvedimenti meno limitativi della libertà), a cui si commisura anche la possibilità, per l'interessato, di esercitare il diritto di difesa (art. 24 Cost.) contestando la legittimità delle misure adottate.

Il d.l. n. 6/2020, di contro, non fa nel testo riferimento espresso alla *necessarietà* quale presupposto di legittima adozione delle misure emergenziali ivi indicate ma si limita a parlare soltanto di "adeguatezza", oltre che di proporzionalità genericamente intesa, lasciando in realtà alle stesse "autorità competenti" una discrezionalità piuttosto ampia nel determinare durata e contenuti e destinatari dei provvedimenti assunti per scongiurare il rischio di diffusione dell'epidemia. Ciò sembra andare in contrario avviso con l' "obbligo specifico" imputato al legislatore democratico e connesso tipicamente all'istituto della riserva di legge assoluta (Fois), di disciplinare la materia in modo da non lasciare spazi significativi di discrezionalità agli organi chiamati a dare applicazione a tale disciplina.

Inoltre, l'irrogazione delle misure individuali limitative della libertà personale, previste dal d.l. in questione (ad es., la citata quarantena con sorveglianza attiva) seppure motivate da ragioni di sanità e sicurezza (art. 16

Cost.), non dovrebbero potersi emancipare, in principio, dal previo provvedimento dell'autorità giudiziaria competente. E, del resto, è stata la stessa Corte costituzionale a considerare la misura del ricovero coatto ospedaliero come limitativa della libertà personale rientrante, pertanto, nella sfera di garanzia dell'art. 13 Cost.. (Corte cost., sent. n. 160/82).

Ma un ulteriore punto di debolezza del d.l. 6/2020 sembra risiedere nella genericità del riferimento ad autorità competenti ad assumere le misure (G.M. Salerno). In proposito, peraltro, vale anche ricordare che mentre la "tutela della salute" ricade nella sfera di competenza legislativa ripartita tra lo Stato e le Regioni, ex art. 117 c. 3 Cost., l' "ordine pubblico" e la "sicurezza" (art. 117 c. 2, lett. h), Cost.), come anche la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 c. 2, lett. m), Cost.) e la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" (art. 117 c. 2, lett. s) Cost.) appartengono all'area materiale di competenza esclusiva dello Stato. E' (o sarebbe) compito del legislatore, pertanto, anche per ragioni di sicurezza giuridica, determinare nel provvedimento emergenziale gli organi chiamati a dare attuazione al decreto legge attraverso il potere di assumere le misure in questione, i cui atti di adozione dovrebbero esplicitare le condizioni di necessità in senso stretto, adeguatezza e proporzionalità poste a base della loro valida adozione.

3. In conclusione, dal d.l. n. 6/2020 promanano bagliori di quel *Präventionsstaat*, che, pur nella sua astrazione formale, costituisce una pericolosa degenerazione della Costituzione democratica e liberale di diritto. Ma se la paura è, in ultima analisi, la base fondativa dello Stato-Leviatano (T. Hobbes) è ancora la paura, oggi, che nutre il largo consenso sociale verso una limitazione delle libertà fondamentali che, pur nella condizione di emergenza presente, rischia di eludere ogni garanzia formale e sostanziale sancita dalla Costituzione. E' sempre la paura che alimenta diffidenza dell'altro e rinuncia ad ogni forma di solidarietà pure in una situazione in cui, forse, proprio l'agire solidale potrebbe rappresentare la

prima, autentica forma di prevenzione, oltre che un vero presidio della coesione sociale. Il complesso delle possibili attività della persona, ciò che *Georg Jellinek* definiva come “libertà naturale” dell’uomo (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 45), è la dimensione di vita a cui nessuno può rinunciare in modo indiscriminato e troppo a lungo, senza indurre il sacrificio della propria dignità. L’odierna istanza securitaria rischia di stravolgere e mettere in subbuglio oltre che la nostra stessa identità di persone, cioè animali coscienti e dotati di sentimento, il senso proprio della solidarietà come forma etica di riconoscimento dell’altro e riflessione nell’altro, oltre che come principio costituzionale irretrattabile posto a garanzia dell’unità sociale dello Stato. Onestamente, è un prezzo troppo alto che nessuno dovrebbe dirsi disposto a pagare.