

**L'ETÀ DEI DIRITTI AL TEMPO DEL COVID-19:  
ALCUNE RIFLESSIONI SULL'INCIDENZA DELLA PANDEMIA NELLA TUTELA  
INTERNA E INTERNAZIONALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UOMO \***

*Nicola Romana \*\* – Rosario Fiore \*\*\**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I diritti fondamentali dell'uomo in ambito internazionale: evoluzione storica, crisi e derogabilità – 2.1. Il problema della nascita dei diritti umani e la loro evoluzione storica – 2.2. La internazionalizzazione dei diritti umani e la crisi degli stessi – 2.3. La derogabilità dei diritti umani – 3. I diritti fondamentali dell'uomo in ambito nazionale: la limitazione delle libertà, il giudizio di bilanciamento tra diritti e libertà ed i provvedimenti emergenziali adottati in Italia ed il dibattito sulla costituzionalità degli stessi – 3.1. La limitazione delle libertà e il giudizio di bilanciamento in caso di contrapposizione tra i diritti di libertà e i diritti sociali, tra cui specialmente il diritto alla salute. I provvedimenti emergenziali adottati in Italia ed il dibattito sulla costituzionalità degli stessi – 4. Considerazioni conclusive.

1. – Il 9 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'avvenuto isolamento, da parte delle autorità sanitarie cinesi, di

\* Il presente lavoro è frutto di riflessioni condivise dagli autori. Il paragrafo 2 è da attribuire a R. Fiore, il paragrafo 3 a N. Romana, i paragrafi 1 e 4 (introduzione e considerazioni conclusive) ad entrambi. Esso nasce traendo spunto dal webinar "Covid 19 e Fonti del Diritto" promosso dagli autori, tenutosi il 25 maggio 2020 presso il Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche dell'Università degli Studi di Palermo: da qui le ragioni di un'incursione in un campo che, almeno da parte di uno dei due autori, devia dai personali temi di ricerca sinora affrontati. Il webinar ha visto anche la partecipazione dei professori Angelo Mineo, Aldo Schiavello, Alice Anselmo, Lillo Giuseppe Fiorello dell'Università degli Studi di Palermo e della professoressa Ida Nicotra dell'Università degli Studi di Catania, cui ancora una volta vanno i ringraziamenti.

\*\* Ricamatore di Diritto della navigazione, Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche, Università degli Studi di Palermo.

\*\*\* Docente a contratto di Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche, Università degli Studi di Palermo.



un nuovo ceppo di coronavirus mai identificato prima nell'uomo: il 2019-nCoV (poi ridenominato SARS-CoV-2). Il 30 gennaio l'OMS ha dichiarato l'epidemia della malattia respiratoria causata dal nuovo coronavirus, chiamata COVID-19, e l'11 marzo l'ha definita una "situazione pandemica"<sup>1</sup>. L'Italia ha immediatamente attivato significative e straordinarie misure di prevenzione e contenimento, dichiarando, con delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, lo stato di emergenza per sei mesi (pertanto fino al 31 luglio 2020, ulteriormente prorogato al 31 gennaio 2021) in conseguenza del rischio sanitario connesso alla diffusione dell'epidemia ed adottando poi diverse misure urgenti sia a livello nazionale attraverso decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ed ordinanze ministeriali sia a livello regionale e locale con diverse ordinanze urgenti e contingibili<sup>2</sup>.

In questo breve lavoro – attraverso una analisi che coinvolge sia il livello giuridico internazionale che quello interno – pur non puntando il focus tanto sulla compatibilità dei provvedimenti sopra richiamati con i diritti fondamentali dell'uomo, si cercherà di dimostrare che, al netto ovviamente di talune incongruenze e per certi aspetti anche di talune sbavature giuridiche, l'adozione di questi provvedimenti eccezionali può rappresentare per l'Occidente l'occasione per consacrare la prevalenza dei diritti sociali sui diritti di libertà: in buona sostanza, dunque, anche se in un eventuale giudizio di costituzionalità taluno dei provvedimenti a carattere legislativo fin qui adottati non dovessero superare lo scrutinio di costituzionalità, tuttavia ciò che interessa ai fini di questo breve lavoro è dimostrare la prevalenza dei diritti sociali sui diritti civili e politici.

Si partirà da una considerazione preliminare: l'età dei diritti rappresenta uno dei punti più alti dell'evoluzione della civiltà giuridica occidentale. Dopo l'affermazione dello Stato liberale di diritto con le libertà negative e la successiva affermazione dello Stato sociale con i diritti in positivo (diritti sociali), soprattutto l'istituzione dell'Onu ha determinato la cd. internazionalizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo, con una progressiva erosione del dominio riservato dello Stato in questa materia, ad opera di molte con-

<sup>1</sup> WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

<sup>2</sup> V. Camera dei Deputati – Servizio studi, *PROVVEDIMENTO Misure sull'emergenza coronavirus (COVID-19) - Quadro generale*, 28 luglio 2020, [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?\\_1588279335853](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1588279335853)

venzioni internazionali a carattere universale e regionale, tra cui la CEDU. Ad oggi, la convivenza tra le libertà in negativo (tra cui la libertà personale, la libertà di riunione, la libertà di movimento) e i c.d. diritti sociali (diritto all'istruzione, diritto al lavoro, diritto alla salute) si è retta su un faticoso bilanciamento ed equilibrio degli stessi, ad opera sia delle corti internazionali che, soprattutto in Italia, per l'intervento costante e mirato della Corte Costituzionale. L'improvvisa diffusione mondiale della pandemia Covid-19 ha determinato, in Occidente, una rottura di questo fragile equilibrio, con molti governi, tra cui quello italiano, che hanno limitato e continuano a limitare le libertà personali (in Italia soprattutto la libera circolazione garantita dall'articolo 16 Cost.) per la salvaguardia di un diritto ritenuto irrinunciabile e prevalente: la salute pubblica. La pandemia che ha visto e continua a vedere l'umanità afflitta da costrizioni, imposizioni, limitazioni può, tuttavia, rappresentare un punto di svolta positivo per l'Occidente: risolvere definitivamente il contrasto libertà/diritti sociali, che è poi il riflesso del contrasto individualismo/collettivismo, o se si vuole liberismo/socialismo, e realizzare dunque un equilibrio stabile e duraturo in cui i diritti sociali assumano il rango di parametro di valutazione costituzionale delle libertà.

2. – Parlare oggi di tutela dei diritti umani, a nostro avviso, vuol dire soprattutto riferirsi al concetto di *human security*, che indica l'idea che la tutela dei diritti umani, per come sviluppatasi nel corso del secolo scorso, implica un concetto di "sicurezza" intesa non già come mera protezione dell'uomo e dei suoi diritti, ma come soddisfacimento dei suoi bisogni primari (*basic needs*)<sup>3</sup>. Tale concetto di "sicurezza umana" non è nuovo, giacché una prima, benché primordiale, sua elaborazione la possiamo rintracciare in Hobbes allorquando il filosofo afferma "*per salutem autem intelligi debet non solo vitae qualitercumque conservatio, sed quatenus fieri potest vita beata*"<sup>4</sup>.

La sua formulazione moderna e recente, tuttavia, la si deve allo statista svedese Olof Palme che, nel 1982, presiedendo una Commissione indipendente sui problemi del disarmo e della sicurezza, arrivò ad elaborare un rapporto nel quale si afferma che la sicurezza "va oltre la protezione dei confini,

<sup>3</sup> Interessante, in materia, il contributo dell'internazionalista italiano Carlo Focarelli. Si veda, sul punto C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Bologna, 2013, 54 ss.

<sup>4</sup> T. HOBBS, *De cive*, XIII, 4.

e gli interessi esclusivi dello stato, per includere la protezione delle persone da nuove minacce, come le malattie, la criminalità urbana, l'insicurezza alimentare, il degrado ambientale, la disoccupazione, il terrorismo e le catastrofi naturali"<sup>5</sup>. In buona sostanza, la *human security* rappresenta una evoluzione nel paradigma dei diritti umani; rappresenta, a nostro avviso, la possibilità per ciascuno Stato di non limitarsi ad una statica tutela dei diritti fondamentali dell'uomo – tutela finalizzata alla sua mera "sopravvivenza" (la "*conservatio*" di cui parla Hobbes) –, ma di agire perché l'uomo possa "vivere" senza essere sopraffatto dai bisogni.

Ecco allora che la *human security* si traduce nel diritto per l'uomo ad "un tenore di vita adeguato": in questi termini, i diritti umani fondamentali sono diritti intesi a soddisfare i "bisogni essenziali" (*basic needs*) degli esseri umani relativi alla loro stessa sussistenza biologica, come il diritto al cibo, all'acqua, alla salute e ad una abitazione.

Ritenendo, pertanto, che la *human security* altro non sia che una evoluzione della tutela dei diritti umani ovvero, in altri termini, il punto di arrivo degli stessi in epoca contemporanea e ritenendo che, alla luce anche e soprattutto del dibattito sviluppatosi non solo in Italia ma anche in altri Paesi circa la compatibilità dei provvedimenti adottati dai governi per il contenimento della pandemia Covid-19 con la tutela dei diritti fondamentali e con la loro limitazione, appare necessario, prima di analizzare nel paragrafo 3 del presente lavoro i diritti fondamentali sul piano interno, muoversi su tre direttrici ben definite: 1) la nascita e l'evoluzione storica dei diritti umani; 2) la loro affermazione sul piano internazionale e la crisi degli stessi; 3) la possibilità che i diritti umani possano essere, in presenza di determinate circostanze, derogati o addirittura sospesi.

2.1 – Il tema della nascita dei diritti umani ha prodotto e continua a produrre molte domande e altrettante risposte <sup>6</sup>.

<sup>5</sup> S. TADIBAKHSH – A.M. CHENOY, *Human security: Concepts and Implications*, Abingdon/New York, Routledge, 2007, 3.

<sup>6</sup> A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2013; G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012; C. FOCARELLI, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, Perugia, 2007; M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, 2014.

Una tesi molto affascinante vorrebbe la nascita dei diritti umani in Mesopotamia con il famoso *Codice di Hammurabi* del XVIII sec. A.C.; altri ancora, invece, propendono per fissare la genesi nella *Magna Charta Libertatum* del 1215 o nella adozione del *Bill of Rights* in Inghilterra nel 1689; vi è poi chi ritiene che la nascita dei diritti umani sia, in certo qual modo, collegata alla scoperta dell'America e ai diritti degli Indios; altri ancora sono dell'idea che i diritti umani nascano nel 1789 con la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino; non manca chi, invece, sostiene che i diritti umani, internazionalmente tutelati, siano nati con la fine della seconda guerra mondiale<sup>7</sup>. Tenendo nella dovuta considerazione l'eterogeneità dei contesti spaziali e temporali cui fanno riferimento, le tesi appena ricordate (a titolo esemplificativo) possono, almeno, partecipare tutte al discorso attorno alla genealogia dei diritti umani, sicché ha ragione Jean-François Collange quando afferma: "Sia come ideale che come realtà particolari, i diritti umani hanno indubbiamente impregnato, più o meno tacitamente, le filosofie e le culture di tutti i tempi e di tutte le latitudini. Le tradizioni stoiche, bibliche, musulmane, tomiste, induiste sono tutte apportatrici, a diverso titolo, di elementi che possono presentare reali affinità e analogia con i nostri moderni diritti umani"<sup>8</sup>.

La *Magna Charta Libertatum* fu firmata a Runnymede il 15 giugno 1215. Formalmente concessa dal re d'Inghilterra Giovanni Senzaterra, essa fu in verità il risultato di gravi tensioni politiche tra la Corona e la classe dei notabili: per ripristinare la fedeltà dei suoi vassalli, John Lackland venne costretto a concedere delle *libertates* ai nobili e ai loro eredi, in un documento che contemplava una sorta di limitazione all'autorità regia: si prevedeva, ad esempio, il divieto per il sovrano di imporre nuove tasse ai suoi vassalli senza il consenso degli stessi; la garanzia a tutti gli uomini liberi di non potere essere imprigionati, esiliati, mutilati, senza prima un regolare processo; la proporzionalità della pena rispetto al reato commesso. Documento fondamentale della monarchia britannica da ormai 800 anni, la concessione delle libertà (e dei privilegi) sancita dalla Magna Charta si inserisce in un contesto giuridico tipico della società feudale. Come giustamente osservato dal Focarelli<sup>9</sup>,

<sup>7</sup> Sul punto, C. FOCARELLI, *Lezioni di Storia del Diritto Internazionale*, cit., 189.

<sup>8</sup> J.F. COLLANGE, *Teologia dei diritti umani*, Brescia, 1991, trad. P. BRUGNOLI.

<sup>9</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 26

infatti, benché le libertà concesse con la *Magna Charta Libertatum* fossero fondate sul diritto naturale, è tuttavia controverso se fossero universali ovvero frutto di una mera contingenza politica limitate sia nel tempo che nello spazio.

Con la scoperta dell'America nel 1492 si pose il problema se gli Indios avessero o meno diritti di sovranità e di proprietà sui loro beni <sup>10</sup>.

In particolare, il problema giuridico che venne a porsi fu il seguente: poiché gli spagnoli che giungevano nelle nuove terre scoperte si impadronivano dei beni degli indios, talvolta uccidendoli, erano o meno punibili per questi atti? Se tali atti fossero stati commessi nei confronti di altri spagnoli, certamente la risposta non poteva che essere positiva. Nel caso in questione, trattandosi invece di popoli prima non conosciuti e non essendo tale fattispecie prevista dal diritto allora vigente, fu necessario escogitare argomenti di carattere morale, religioso e giuridico per darvi una risposta.

Tra le tesi che sostenevano che gli indios dovevano essere considerati “esseri umani” <sup>11</sup> la più autorevole venne sostenuta dal teologo domenicano Francisco de Vitoria nelle sue celebri *Relectiones* tenute all'Università di Salamanca nel 1539 e recepite, qualche anno prima, da papa Paolo III nella bolla *Sublimis Deus* del 1537 <sup>12</sup>.

Ha acutamente osservato Francesco Compagnoni <sup>13</sup> che dalle lezioni di Vitoria e dalla bolla *Sublimis Deus* (in cui si affermava la natura “umana” degli indios, vietandone la riduzione in schiavitù) siano sorti i diritti umani che conosciamo oggi, sia pure attraverso sviluppi di vario tipo tutti tendenti alla loro secolarizzazione.

Di particolare importanza in questo processo di sviluppo è l'impostazione di Vitoria, la cui visione poggiava sull'idea di un “ordine globale” in cui tutti gli uomini, cristiani e non cristiani, avevano identici diritti e doveri in quanto membri della comunità universale; nel caso in cui questi diritti fossero stati violati o trasgrediti, giacché questi erano basati sul diritto naturale, la

<sup>10</sup> L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, 2004; G. GOZZI, *Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Bologna, 2010.

<sup>11</sup> A questa tesi si contrappose quella di coloro i quali, invece, richiamandosi al concetto aristotelico della “schiavitù naturale”, ritenevano gli indios dei barbari e quindi non esseri umani ma bestie.

<sup>12</sup> E. PAOLINI, *Filosofia politica e diritto internazionale in Francisco de Vitoria*, Roma, 2011.

<sup>13</sup> F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia ed impegno cristiano*, Milano, 1995, 11-36.

loro violazione comportava una violazione del diritto naturale e, per ciò stesso, l'applicazione di una sanzione che, nel disegno di Vitoria, è rappresentato dalla "guerra giusta" e che, pertanto, legittimava la conquista spagnola del nuovo continente.

È bene tuttavia osservare, assieme al Focarelli<sup>14</sup>, che nella teoria vitoriana per come fin qui delineata è da escludere che possa trovarsi il fondamento di quelli che oggi conosciamo come i "diritti umani": in primo luogo, perché solo gli indios e non anche gli spagnoli venivano puniti in caso di trasgressione ai diritti e ai doveri derivanti dalla "comune" appartenenza all'ordine globale; in secondo luogo, a nostro avviso, perché più che intenzionato a riconoscere un nucleo di diritti fondamentali ed inviolabili appartenenti all'intero genere umano, Vitoria fu, con buona probabilità, interessato a dare una legittimazione giuridica alla conquista spagnola<sup>15</sup>. Molti studiosi, invece, ritengono che la nascita dei diritti umani coincida con la nascita del moderno costituzionalismo europeo<sup>16</sup>, quest'ultimo basato sulla dottrina dei diritti naturali sviluppatasi in Inghilterra e in Francia nel XVII secolo<sup>17</sup>.

In questo filone filosofico-giuridico, si inserisce il pensiero di John Locke, il quale, nella sua celebre opera *Due Trattati sul governo*<sup>18</sup>, pubblicata nel 1690 subito dopo l'adozione del *Bill of Rights* del 1689, sostenne che non soltanto l'individuo ha per sua natura il diritto di preservare i suoi beni, tra cui la vita, il patrimonio e la libertà, ma che soprattutto lo Stato ha il dovere di proteggerlo: in altri termini, giacché la teoria "contrattualistica" che ispira Locke presuppone che l'individuo per meglio proteggere i propri diritti, trasferisce per contratto quest'ultimi ad una autorità sovrana (lo Stato), ne deriva che tale trasferimento può sempre essere revocato. In buona sostanza, lo Stato si limita ad avere una funzione strumentale e di servizio rispetto ai di-

<sup>14</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 28.

<sup>15</sup> Cfr. G. TOSI, *La teoria della guerra giusta in Francisco de Vitoria e il dibattito sulla conquista*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2002, <https://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/tosi.htm>

<sup>16</sup> Per la definizione di "costituzionalismo", v. A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Bari-Roma, 1997, 3: "esso (il costituzionalismo, ndr) designa un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici".

<sup>17</sup> R. TUCK, *Natural Rights Theories*, Cambridge University Press, 1979

<sup>18</sup> J. LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government*, London, 1960, trad.it. *Il secondo Trattato sul Governo*, Milano 2009.

ritti dei cittadini: questi diritti sono “naturali” e pertanto il compito dello Stato è quello di riconoscerli e assicurarne l'intangibilità.

In ragione di ciò, nella seconda metà del XVIII sec. e in concomitanza con le rivoluzioni americana e francese, la dottrina dei diritti naturali elaborata sul piano filosofico iniziò a tradursi in norme giuridiche, di carattere programmatico: in particolare, la Dichiarazione dei diritti della Virginia il 12 Giugno 1776, che è alla base della Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti del 4 Luglio 1776, e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 Agosto 1789 in Francia.

È questa la fase dell'evoluzione storica dei diritti umani che l'internazionalista contemporaneo Carlo Focarelli definisce fase della “positivizzazione”.

Scrivendo l'A.: “con la positivizzazione i diritti umani, intesi come diritti di libertà e di non interferenza dal potere politico, acquistavano sì un valore giuridico ma perdevano l'universalità assicurata fino ad allora sul piano ideale della speculazione filosofica poiché valevano soltanto nello Stato che li proclamava”<sup>19</sup>.

Successivamente, nel periodo tra il XVIII sec. e fino alla prima metà del XX sec. si assiste ad un progressivo ampliamento della categoria dei diritti umani tale da ricomprendere non solo i diritti di libertà, ma anche i diritti politici e sociali: è quella che il più volte citato A. definisce fase della “generalizzazione”<sup>20</sup>.

Con l'avvento dei diritti di libertà, l'individuo rivendica il non intervento dello Stato ossia una riduzione dell'intervento statale; di contro, con l'avvento dei diritti sociali, l'individuo invoca l'intervento statale, in modo da garantirgli pari eguaglianza e pari opportunità: i primi, dunque, sono diritti “negativi”, i secondi, invece, sono diritti “positivi”.

2.2. – Con la fine della seconda guerra mondiale, che aveva conosciuto le atrocità del nazifascismo, si è avuta una notevole e progressiva proliferazione di trattati internazionali, sia a carattere mondiale che regionalistico, volti alla protezione dei diritti umani: è questa la fase della “internazionalizzazione”, che si caratterizza per il fatto che i diritti umani riacquistano il carattere della

<sup>19</sup> C. FOCARELLI, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I. *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Padova, 2008, 341.

<sup>20</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 35.

universalità, perduto con la fase della positivizzazione, ma stavolta sul piano giuridico anziché su quello filosofico come fu con il giusnaturalismo.

Nasce quella che, con una significativa quanto fortunata espressione, Norberto Bobbio definì “l'età dei diritti”<sup>21</sup>.

Appare del tutto ovvio che in ambito internazionale siano state adottate diverse convenzioni relative alla tutela della persona umana (tra queste, meritano di essere citate la Convenzione sullo status dei rifugiati del 1951 o ancora prima, nel 1948, l'altrettanto importante Convenzione contro il genocidio).

Tuttavia, ai fini del presente lavoro, finalizzato a dare un carattere “giuridico” alla *human security*, che diversamente resterebbe una mera aspirazione filosofica o politica, si procederà ad esaminare, seppur brevemente, esclusivamente le norme internazionali a carattere universale o regionale maggiormente significative nel processo evolutivo dei diritti umani: la Carta delle Nazioni Unite, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, i due Patti ONU sui diritti umani per ciò che attiene il diritto internazionale universale; la Convenzione EDU, la Carta di Nizza e la Carta Sociale Europea per ciò che riguarda l'esperienza internazionale regionale a noi più vicina quale l'Europa.

Benché le norme internazionali sui diritti umani siano contenute prevalentemente in numerose convenzioni, tuttavia è bene precisare che sussistono ulteriori fonti di produzione che sono la consuetudine e i principi generali comuni alle Nazioni Civili<sup>22</sup>.

Mentre però le norme di diritto internazionale pattizio vincolano esclusivamente gli Stati contraenti, sulla base del noto principio *pacta tertiis nec nocent nec produnt*, il “diritto internazionale generalmente riconosciuto”, per usare l'espressione utilizzata dal I° comma dell'art. 10 della nostra Costituzione, ossia la consuetudine e i principi generali, ha carattere generale, ossia si applica alla generalità degli Stati.

Occorre precisare, altresì, che vi sono alcune norme internazionali a tutela dei diritti umani, non contenute in convenzioni o trattati, ma in semplici “dichiarazioni” dal carattere più programmatico e meno vincolante: si parla, in quest'ultimo caso, di *soft law*<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992.

<sup>22</sup> Sul rapporto di prevalenza del diritto consuetudinario internazionale sul diritto pattizio, C. FOCARELLI, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I. *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, cit., 28-90.

<sup>23</sup> B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, VII Edizione, Napoli 2010.

Infine, le norme sui diritti umani, siano esse norme consuetudinarie o pattizie, appartengono a quella categoria di norme del diritto internazionale definite di *ius cogens*, cioè norme che non possono essere assolutamente derogate, anche se, come vedremo, non esistono diritti inderogabili.

Certamente, il più importante atto internazionale in materia è rappresentato dalla Dichiarazione Universale dei diritti umani, approvata nel 1948 dall'Assemblea Generale dell'ONU, che come noto non ha carattere vincolante, rientrando nella categoria del *soft law* di cui si è già fatto cenno: in senso contrario, vi è stata invece una pronuncia domestica – isolata nella giurisprudenza di legittimità ed in dottrina<sup>24</sup> – della Corte di Cassazione italiana (sent. n. 2035 del 31 Luglio 1967, *Ministero dell'Interno c. Habib Juda*<sup>25</sup>) secondo cui la Dichiarazione universale dei diritti umani avrebbe valore di fonte di norme internazionali generali e sarebbe come tale operante nel nostro ordinamento attraverso l'art. 10 della Costituzione.

Molto discusso e dibattuto in dottrina è il carattere “autenticamente” universale della Dichiarazione, atteso che essa in gran parte si ispira se non addirittura riproduce il contenuto della Dichiarazione francese del 1789. Critiche in tal senso sono provenute dai difensori dei cd. *Asian values*, secondo cui il benessere collettivo, assicurato con l'ordine sociale, dovrebbe prevalere sulle libertà individuali<sup>26</sup>. Riporta a questo proposito E. Pariotti: “In base alla dottrina dei valori asiatici, il contesto culturale dei Paesi asiatici si contraddistingue per incardinarsi su di una tradizione improntata alla ricerca dei governi forti, i quali sono intesi come il miglior quadro istituzionale per il perseguimento dello sviluppo economico, sul rispetto dell'autorità e sulla supremazia della comunità sul singolo”<sup>27</sup>.

A differenza della Dichiarazione Universale dei diritti umani, che come detto ha carattere puramente programmatico e non vincolante, esistono ulteriori obblighi che gli Stati possono assumere in materia di diritti umani, attraverso la stipula di appositi trattati multilaterali o a carattere universale<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Il Conforti definisce la tesi sostenuta nella cennata sentenza della Cassazione “ardita”. B. CONFORTI, *op. cit.*, 61.

<sup>25</sup> Cass. S.U. 31 luglio 1967, n. 2035, in *Rivista di diritto internazionale*, 1969, p. 588; *Foro it.*, 1967, 2018.

<sup>26</sup> F. TEDESCO, *I diritti umani alla prova del relativismo. La critica dei “valori asiatici”*, in T. CASADEI (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, Torino 2012, 45-60.

<sup>27</sup> E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, 2013

<sup>28</sup> B. CONFORTI – C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2012.

Tra questi, merita menzione la Carta delle Nazioni Unite, conclusa nel 1945 e seguita, poi, dai due Patti ONU del 1966.

La Carta delle Nazioni Unite contiene poche disposizioni in materia di tutela dei diritti umani: vi è un richiamo nel preambolo, nell'art. 1, par. 3, nell'art. 13, par. 1 lett. b), nell'art. 55, nell'art. 56 e negli artt. 62, 68 e 76. Giova osservare che tali disposizioni sono alquanto generiche, non contenendo una definizione di "diritti umani".

I due Patti ONU – l'uno sui diritti civili e politici, l'altro sui diritti sociali ed economici – furono adottati nel 1966 e sono entrati in vigore, formalmente, dieci anni dopo, rispettivamente in 167 e 160 Stati, tra cui il nostro Paese: essi rappresentano le prime norme internazionali pattizie di carattere generale giuridicamente vincolanti <sup>29</sup>.

Tra le norme a carattere sostanziale, le più significative sono quelle che sanciscono i diritti fondamentali che gli Stati contraenti si impegnano a rispettare e garantire a tutti gli individui sul loro territorio e sono sottoposti alla loro giurisdizione: il principio di autodeterminazione dei popoli, il diritto alla vita, il divieto della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, il diritto ad un equo processo e così via.

La Convenzione europea dei diritti umani, completata da 14 Protocolli addizionali, è stata firmata a Roma nel 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa ed è in vigore sul piano internazionale dal 3 settembre 1953 (in Italia dal 10 ottobre 1955), comprendendo 47 stati membri.

Dal 1° novembre 1998, data di entrata in vigore del protocollo 11, esiste una Corte permanente, denominata Corte Europea per i diritti dell'uomo, che giudica sui ricorsi individuali relativi alle violazioni da parte di uno Stato delle norme contenute nella Convenzione, purché lo Stato incolpato abbia ratificato il Protocollo 11 <sup>30</sup>.

La Convenzione contiene norme sul diritto alla vita, sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, sul divieto della schiavitù, sul diritto ad un equo processo, sul principio della irretroattività della legge penale, il diritto alla libertà di riunione e di associazione e così via.

<sup>29</sup> C. FOCARELLI, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I. *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, cit., 346-348.

<sup>30</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 266 e ss; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario Breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011.

Inoltre, alcuni Protocolli addizionali aggiungono altri diritti, e cioè il diritto di proprietà privata, il diritto all'istruzione, il diritto a libere elezioni, la libertà di circolazione, il divieto della pena di morte in tempo di pace.

I diritti sanciti dalla Convenzione possono essere derogati, come vedremo avanti, in situazioni di guerra o di emergenza nazionale, limitatamente al tempo necessario per superare l'emergenza; in ogni caso, non è assolutamente derogabile il diritto alla vita, il divieto di schiavitù e di trattamenti inumani e degradanti.

In conclusione, si concorda con chi sottolinea che, nel dare vita alla Convenzione, "gli Stati contraenti hanno instaurato un sistema effettivo di tutela di un ordine pubblico europeo, fondato sulla convinzione storica che solo la tutela dei diritti garantisce una configurazione democratica degli Stati"<sup>31</sup>.

Più di recente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata proclamata solennemente nell'ambito del Consiglio Europeo di Nizza del 7 dicembre del 2000. Con il Trattato di Lisbona del 2009, come noto, alla Carta di Nizza è stato attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati<sup>32</sup>.

Nella Carta si ritrovano tutti i diritti che la Corte di Giustizia UE aveva fino a quel momento garantito in via giurisprudenziale, tra cui la libertà di espressione e di informazione, la parità tra uomini e donne, il diritto di proprietà, il rispetto della vita privata e familiare e così via.

In buona sostanza, la Carta non ha introdotto elementi di novità rispetto al quadro dei diritti fondamentali per come elaborati dalla giurisprudenza della CGE: essa si è limitata, secondo lo spirito che ha animato lo stesso Consiglio Europeo di Nizza, a rendere ancora più "visibili" questi diritti, tant'è che nell'articolo 51 si legge che essa "non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati"<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in Persona e Mercato, Associazione di Promozione Sociale, 2010.

<sup>32</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Padova, 2010.

<sup>33</sup> Evitare che la Carta diventasse il mezzo per allargare le competenze dell'Unione era una preoccupazione ben presente nel momento in cui si è provveduto alla redazione del documento, come anche nel momento in cui la Carta è stata collocata a livello dei Trattati. Oltre all'art. 51 della Carta, l'art. 6, § 1, TUE, come modificato col Trattato di Lisbona, stabilisce proprio che le previsioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione come definite nei Trattati. Cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. AIC*, n. 2/2018, 6.

Se, dunque, inizialmente la Carta di Nizza rappresentava semplice *soft law*, tuttavia idoneo a potere orientare l'interpretazione delle norme dell'Unione in materia di diritti fondamentali<sup>34</sup>, con il Trattato di Lisbona la Carta cessa di essere semplice *soft law* e diventa, utilizzando una espressione cara al Gambino, una sorta di *Bill of Rights* dell'Unione Europea<sup>35</sup>: essa viene sancita e riconosciuta dall'articolo 6 del TUE, senza tuttavia, come sopra detto, allargare le competenze dell'Unione stessa ma soprattutto senza che tale richiamo potesse costituire una sorta di "costituzionalizzazione" unionale della Carta medesima.

Ed infatti, in Italia la Corte Costituzionale ha escluso, nella sentenza 269/2017, che l'equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati consenta al giudice nazionale di disapplicare la norma interna che violi un diritto garantito dalla Carta dei diritti, anche se in ambito di competenza dell'Unione. Secondo la Corte costituzionale, infatti, i principi e i diritti enunciati nella Carta dei diritti tendono a intrecciarsi con quelli enunciati nella Carta costituzionale: ne consegue che la violazione dei diritti della persona impone un passaggio innanzi alla Corte costituzionale stessa per un giudizio di legittimità in cui si utilizzino come parametri le norme costituzionali interne ed eventualmente quelle europee per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost., «anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»<sup>36</sup>.

In altri termini, la Carta di Nizza, che sostanzialmente riproduce i principi in materia di diritti fondamentali elaborati dalla CGE, dalla Corte Edu ovvero già contenuti nei Trattati istitutivi UE, si applica per le sole materie in cui l'Unione europea ha competenza, esclusiva o concorrente, sebbene nulla impedisca che per le altre materie possa essere utilizzata come parametro interpretativo<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Si veda: L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. cost.*, 2002, V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dell'unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, in *Dir. pubbl.*, 2001, O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2008.

<sup>35</sup> S. GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Unione Europea e Costituzioni nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2019, 269.

<sup>36</sup> Così la sent. 20 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2.

<sup>37</sup> Sull'utilizzo della Carta di Nizza quale parametro interpretativo per materie non di competenza dell'Unione Europea si veda, in generale, P. GIANNITI, *La "comunitarizzazione" della "Car-*

Con la sentenza 269/2017, la Corte costituzionale, pur richiamando il consolidato orientamento sia della sentenza *Simmenthal* della CGE che della propria sentenza *Granital*, perviene ad una conclusione peculiare circa la prevalenza del diritto unionale derivante dalla Carta di Nizza: infatti, se il giudice interno è obbligato a disapplicare una norma interna in contrasto con una norma unionale direttamente applicabile, tale obbligo non sussiste se il contrasto riguarda una norma della Carta e non già perché non *self-executing* ma perché, pur essendo direttamente applicabile, in ogni caso le norme contenute nella Carta di Nizza coincidono con i principi costituzionali di ciascuno Stato membro (controlimiti) per cui se vi è contrasto tra norma interna e Carta di Nizza, tale contrasto è doppio: in via principale, si viola il corrispondente principio costituzionale interno e solo subordinatamente si viola il principio contenuto nella Carta di Nizza. Ne deriva che il giudice interno non opererà alcuna disapplicazione, ma dovrà invece sempre e comunque sollevare questione di legittimità per violazione degli articoli 11 e 117 Cost, fatto salvo, in ogni caso, la possibilità di un rinvio pregiudiziale interpretativo alla CGE<sup>38</sup>.

Secondo tale ricostruzione, dunque, ove si ritenesse che taluna delle norme contenute nei diversi decreti -legge, poi convertiti in legge, adottati per il contrasto del COVID violassero una norma della Carta di Nizza ad esempio in materia di libertà, il giudice interno eventualmente investito della controversia dovrebbe, previo esaurimento del processo di interpretazione conforme rivelatosi non chiarificatore, sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 11 e 117 Cost, essendogli preclusa dunque la possibilità di disapplicare il decreto - legge: in ogni caso, lo strumento dell'interpretazione conforme del diritto interno ai principi contenuti nella Carta di Nizza potrebbe evitare di sollevare la questione di legittimità innanzi alla Corte Costituzionale, lasciando al giudice ordinario interno il compito di interpretare, discrezionalmente aggiungerei, la norma contenuta nella Carta di Nizza ritenuta contrastante con la norma interna, a scapito della

*ta" a seguito del Trattato di Lisbona, in I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, Bologna/Roma, 2013.*

<sup>38</sup> Un interessante e condivisibile commento alla sentenza 269/17 della Corte Costituzionale è fornito da C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte Costituzionale*, in Consulta Online, Periodico Telematico, Fascicolo II, 2018.

omogeneità interpretativa del diritto unionale<sup>39</sup>: diciamo a scapito, poiché, a nostro avviso, il ricorso pregiudiziale alla CGE dovrebbe avere carattere prioritario rispetto all'incidente di costituzionalità, atteso che lo strumento del rinvio pregiudiziale ha per scopo proprio quello di rendere uniforme in tutti gli Stati membri il diritto unionale.

Occorre rilevare, per concludere questa panoramica sui principali atti internazionali in materia di diritti fondamentali dell'uomo, che sia la Carta di Nizza di cui si è parlato sia la Convenzione Edu, di cui si parlerà dettagliatamente nel successivo paragrafo, contengono norme e principi per così dire "indiretti" in materia di diritti sociali.

Esiste, tuttavia, un'altra carta internazionale che, dopo la CEDU, ha iniziato a ritagliarsi nel nostro ordinamento un suo spazio crescente nell'ambito della tutela di alcuni diritti fondamentali. Si tratta della Carta sociale europea, nella versione riveduta nel 1996 e ratificata in Italia con la l. 9 febbraio 1999, n. 30, ancora poco conosciuta, soprattutto dai giudici comuni e che merita pertanto un approfondimento. La Carta sociale europea (CSE), è stata adottata a Torino, nell'ambito del Consiglio di Europa, il 18 ottobre 1961 ed è entrata in vigore nel 1965. Nelle intenzioni del Consiglio, come emerge fin dal Preambolo contenuto nel testo originario, si trattava di un documento finalizzato alla tutela dei diritti sociali, che doveva affiancarsi alla CEDU, destinata a garantire principalmente i diritti civili e politici e le libertà, completando così la tutela dei diritti fondamentali. I diritti sociali, infatti, nella CEDU trovano uno spazio sicuramente ridotto e una tutela indiretta. Nella Convenzione si trova un esplicito richiamo alla libertà sindacale, sia pure nell'ambito della tutela della libertà di riunione e di associazione (art. 11) e al diritto all'istruzione

<sup>39</sup> Peraltro, la sentenza 269/2017 rende il ricorso pregiudiziale alla CGE sussidiario e successivo all'incidente di costituzionalità. Sul punto non sono mancate critiche G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955. Secondo l'Autore, la Corte costituzionale potrebbe giustificare la precedenza del proprio sindacato, rispetto a quello della Corte di Lussemburgo, solo nel caso in cui l'atto interno oggetto del sindacato medesimo non sia vincolato da atti normativi UE, ma frutto piuttosto di scelte politiche discrezionali. In tale circostanza la Consulta potrebbe pronunciarsi in prima battuta con l'intento di assicurare un livello di protezione più elevato, ai sensi dell'art. 53 CDFUE. Cfr. anche D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Riv. AIC*, n. 1/2019, 230., secondo cui con la sent. n. 269/2017 la Corte segna un cambio di registro, appropriandosi di spazi che non le sono propri.

(art. 2 del Protocollo addizionale di Parigi del 1952). Ancora, l'art. 1 del Protocollo n. 12 del 2000 sancisce il divieto di discriminazione nel godimento di ogni diritto previsto dalla legge, andando oltre l'originaria previsione del divieto di discriminazione, che l'art. 14 della Convenzione riferiva ai soli diritti e libertà sanciti dalla Convenzione stessa. Si tratta però di indicazioni limitate, che testimoniano un'attenzione nei confronti dei diritti sociali sicuramente ridotta rispetto ai diritti civili e politici <sup>40</sup>.

La Carta Sociale Europea, benché prevalentemente snobbata negli anni passati, a partire dal 2018 tuttavia è stata fortemente valorizzata dalla Corte Costituzionale italiana che, in una sentenza sui sindacati militari, la n. 120/2018, ha evidenziato come la Carta sociale presenti «spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU», della quale «costituisce il naturale completamento sul piano sociale». Alla luce di tali caratteristiche e ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, la Carta sociale viene quindi qualificata come fonte internazionale ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost. Si tratta di un'affermazione non irrilevante, perché viene sottolineata la peculiarità della Carta sociale sotto il profilo contenutistico, in quanto destinata anch'essa alla tutela di diritti fondamentali, peculiarità che ne giustifica l'inserimento tra i parametri interposti e perché lascerebbe quindi intravedere una differenziazione tra trattati internazionali, a seconda che siano o meno diretti alla tutela di diritti fondamentali. Nella sentenza si precisa altresì che la CSE, come la CEDU, è priva di efficacia diretta e pertanto, laddove si manifesti un conflitto tra una norma di legge e una norma della Carta, il giudice comune non può fare applicazione di quest'ultima, ma è tenuto a sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Consulta, che potrà utilizzarla nel giudizio come norma interposta <sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Sul tema: G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus*, 2010; M. D'AMICO, *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, in M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*. Atti del convegno del 18 gennaio 2013, Università degli Studi di Milano, Napoli, 2013; C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed ineffettività delle tutele*. Atti del Convegno di studi - Reggio Calabria, 26 febbraio 2016, Napoli, 2016.

<sup>41</sup> Per un commento si veda G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in *Forum Quad. cost.*, (20 settembre 2018); G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. Dir.*, 1997.

In conclusione, dunque, si può evidenziare come, sul piano internazionale, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo ha avuto una significativa evoluzione, speculare a quanto accaduto come vedremo più avanti nel diritto interno, partendo dai diritti politici e civili e fino alla completa affermazione dei diritti sociali.

Ed è in questo contesto evolutivo che assume una centralità il concetto di *human security*.

Come già in precedenza evidenziato, la *human security* di recente elaborazione deve essere intesa, come l'insieme di quei diritti umani fondamentali finalizzati al soddisfacimento dei bisogni essenziali (*basic needs*) dell'individuo, relativi alla sua stessa sussistenza biologica, come il diritto al cibo, il diritto all'acqua, il diritto alla salute e il diritto all'abitazione, o più in generale il diritto ad un tenore di vita adeguato.

L'articolo 25, par. 1, della Dichiarazione universale del 1948, contiene per la prima volta appunto l'esplicito riferimento al diritto ad un tenore di vita adeguato, ispirandosi in particolare alla "libertà dal bisogno" inclusa nelle già ricordate quattro libertà definite dal Presidente USA Roosevelt nel suo celebre discorso al Congresso nel 1941; lo stesso riferimento lo troviamo, inoltre, nell'articolo 11 del Patto ONU sui diritti economici e sociali.

È bene precisare che, come acutamente osservato da un Autore più volte qui citato<sup>42</sup>, queste disposizioni, tuttavia, non precisano cosa deve intendersi per tenore di vita adeguato, in considerazione del fatto che, a livello globale, lo standard adeguato varia con gli stili di vita di popoli diversi: ciò che può essere essenziale in un determinato luogo in un determinato momento, può non esserlo in altro luogo e in un diverso momento.

Volendo, tuttavia, definire quali sono i diritti essenziali necessari al soddisfacimento di un tenore di vita adeguato, non ci resta che affidarci alla formulazione contenuta nel citato articolo 25, par. 1, della Dichiarazione universale: ogni individuo ha il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute ed il benessere proprio e della propria famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanza indipendente dalla sua volontà. Tra i vari

<sup>42</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 212.

diritti sanciti, in linea con il presente lavoro, ritengo opportuno soffermarsi esclusivamente sul diritto alla salute.

La principale normativa internazionale a tutela del diritto alla salute, inteso come implicazione del diritto alla vita, la troviamo in moltissime norme internazionali, tra cui in modo precipuo l'articolo 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani e l'articolo 12 del Patto ONU sui diritti economici e sociali nonché in ulteriori trattati e convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione contro la discriminazione razziale, la Carta Sociale Europea, la Carta di Nizza e così via <sup>43</sup>.

Nel Commento generale n. 14/2000<sup>44</sup> del Comitato del Patto ONU sui diritti economici e sociali, viene precisato che il diritto alla salute include il diritto al controllo della propria salute e del proprio corpo, tra cui la libertà sessuale e riproduttiva, il diritto al consenso nelle cure e nella sperimentazione medica e il diritto ad un sistema di protezione della salute che realizzi una eguaglianza di opportunità nel godimento del più elevato livello di salute possibile <sup>45</sup>.

A conclusione di questa disamina, tuttavia, resta aperto il quesito circa l'effettiva tutela dei diritti umani, sia in campo internazionale che interno, che aprono al tema della "crisi" dei diritti umani stessi.

Quest'ultimo tema è stato acutamente sviluppato in un interessante saggio del filosofo del diritto Aldo Schiavello, dal titolo *La fine dell'età dei diritti* <sup>46</sup>, in cui l'A., dopo avere fatto una disamina storica e filosofica sull'affermazione dei diritti umani, interrogandosi sul loro fondamento, si pone il problema della loro protezione.

Ecco, allora, che oggi tale problema è più importante di quello del secolo scorso relativo al fondamento dei diritti umani.

Difficoltà di protezione che secondo Schiavello sono riconducibili ad alcuni essenziali elementi: 1) i diritti umani sono elaborati con un linguaggio molto vago, per cui la loro interpretazione è rimessa alla discrezionalità dell'interprete; 2) i diritti umani internazionalmente tutelati sono diventati

<sup>43</sup> P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011.

<sup>44</sup> Commento generale n. 14 dell'11 maggio 2000, par.8.

<sup>45</sup> In tal senso, si ricordano la risoluzione n. 31.32 adottata il 23 maggio 1978 e la risoluzione n. 58.3 adottata il 23 maggio 2005.

<sup>46</sup> A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 120-145

molti, col rischio di possibili antinomie e contrapposizioni; 3) essendo molti, la loro tutela ha un costo maggiore rispetto al passato; 4) l'eccessiva loro tutela innanzi agli organismi giurisdizionali, comporta necessariamente un restringimento della "democrazia", giacché riduce lo spazio "discrezionale" della scelta.

Ovviamente, il problema della protezione dei diritti umani non può passare attraverso una loro riduzione (cd *minimalismo dei diritti umani*)<sup>47</sup>, giacché non soltanto non sarebbe realistico ma soprattutto sarebbe inefficace.

Il vero problema, a nostro avviso, è allora quello di soddisfare non tanto la tutela indiscriminata di tutto ciò che è qualificato come "diritto umano", spesso anche senza esserlo; ma di tutelare principalmente, se non esclusivamente, quei diritti il cui soddisfacimento contribuisce a realizzare realmente "un tenore di vita adeguato", sotteso al concetto stesso di *human security*. E tra questi diritti, ovviamente, il diritto alla salute è quello che, oggi, che viviamo un momento particolarmente difficile per la pandemia in corso, soddisfa maggiormente la realizzazione di un tenore di vita adeguato.

Ecco allora che, se di "minimalismo" si deve parlare, lo si deve fare non in termini di riduzione dei diritti, ma in termini assai più efficace e realistico di "razionalizzazione" della loro tutela: soltanto in tal modo, soltanto attraverso una giurisprudenza internazionale ed interna capace di sapere cogliere e filtrare ciò che è essenziale – con tutti i rischi, ovviamente, di siffatta discrezionalità! - senza correre dietro all'illusione puramente filosofica di una universalità dei diritti, riusciremo a preservare l'uomo e i suoi bisogni essenziali. E, in questo processo di "razionalizzazione", come si vedrà nel paragrafo successivo, gioca un ruolo cruciale il procedimento di bilanciamento tra diritti e libertà contrapposti.

2.3. – La maggior parte dei diritti umani ha carattere relativo, poiché ad un diritto riconosciuto all'individuo si accompagnano delle eccezioni<sup>48</sup>, che

<sup>47</sup> T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti. Pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista*, in "Ragion Pratica", 26, 2006, 179-208

<sup>48</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 257. L'autore evidenzia che "le clausole di deroga incorporano il principio di diritto internazionale generale dello stato di necessità, nel senso che un illecito viene meno (salvo il caso della violazione di *ius cogens*) se sussiste un pericolo grave ed imminente agli interessi essenziali dello Stato".

consentono allo Stato di escludere o limitare la tutela del diritto in questione, qualora si tratti di far valere esigenze espressamente previste dalle norme stesse. Solitamente le norme dei trattati sui diritti umani sono concepite al primo paragrafo con l'enunciazione del diritto e al secondo paragrafo con i casi in cui lo Stato può escludere o limitare il diritto stesso (eccezioni). Ad esempio, il diritto alla vita, che sembrerebbe a prima vista un diritto assoluto, ammette eccezioni. L'art. 2 della Convenzione Europea prevede dei casi eccezionali in cui lo Stato può ricorrere all'uso della forza con l'effetto di uccidere un individuo (legittima difesa, esecuzione di un arresto, prevenzione di una fuga, repressione di una sommossa o di un'insurrezione) e questo rapporto tra la regola e l'eccezione è di specialità.

Vi sono alcuni diritti umani che sono enunciati in modo assoluto e che non ammettono alcuna eccezione, come i divieti di genocidio, di tortura, di sparizioni forzate e di schiavitù. La proibizione di atti che costituiscono tortura non può subire alcun tipo di deroga. Nel caso *Furundzija*<sup>49</sup>, il Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Iugoslavia ha concluso che la norma che vieta la tortura ha carattere assoluto: da qui l'obbligo degli Stati di non adottare norme di diritto interno che autorizzino o tollerino la tortura o che concedano amnistie ai responsabili di simili comportamenti. In situazioni di emergenza che minaccino la vita della nazione stessa, il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione Europea e la Convenzione Americana prevedono che uno Stato parte possa temporaneamente sospendere o derogare a vari diritti riconosciuti all'individuo.

Le disposizioni riguardanti la deroga indicano le situazioni nelle quali lo Stato parte può procedere alla deroga, precisano le condizioni procedurali per la deroga ed elencano alcuni diritti (di *ius cogens*) che non possono mai essere derogati, nemmeno nel caso di situazioni di emergenza.

Secondo l'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici, le norme qualificate come inderogabili riguardano il diritto alla vita, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, il divieto di schiavitù e di servitù, il principio di irretroattività della legge penale, la libertà di pensiero, coscienza e religione, il divieto di privazione della libertà personale per debiti, il diritto al riconoscimento della personalità giuridica.

Nel caso degli altri diritti, non riportati espressamente all'art. 4, per invo-

<sup>49</sup> Tribunale Penale Internazionale per la Ex-Yugoslavia, 10 dicembre 1998, *Prosecutore c. Furundzija*,

care la deroga, che ha sempre carattere temporaneo ed eccezionale, devono sussistere due condizioni: l'esistenza di un'emergenza pubblica che minaccia la vita della nazione e la comunicazione al Segretario Generale delle Nazioni Unite da parte dello Stato interessato dei diritti cui esso intende derogare e delle ragioni di tale deroga. Una volta venuta meno la deroga, lo Stato deve darne comunicazione formale.

Il Comitato dei Diritti Umani, nel commento reso nel 2001 sull'art. 4, ha chiarito che lo Stato parte, quando invoca la deroga a uno dei diritti garantiti dal Patto, deve porsi l'obiettivo principale di revocare la deroga stessa nel più breve tempo possibile. Gli Stati devono inoltre attenersi al principio di proporzionalità: le deroghe devono corrispondere alla gravità della situazione e la loro portata deve essere il più possibile limitata. Lo Stato che intende avvalersi della deroga ha l'onere non solo di provare l'esistenza di una situazione così grave da giustificare tale misura, ma anche l'adeguatezza della misura in relazione alle circostanze esistenti. Ma non solo. Il Comitato ha sottolineato che non ogni disordine o catastrofe costituisce necessariamente un'emergenza pubblica e che lo Stato, persino in situazioni di conflitto armato, può derogare al Patto solo se e nella misura in cui sussiste una minaccia alla vita della nazione<sup>50</sup>.

Secondo l'art. 15 della Convenzione Europea, le norme inderogabili riguardano il diritto alla vita, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il divieto di schiavitù e il principio di irretroattività della legge penale.

La Corte Europea dei Diritti Umani, in alcune sentenze sulla applicabilità dell'art.15, ha chiarito che uno Stato può avvalersi legittimamente della deroga, se esiste una situazione eccezionale di crisi o di emergenza, cioè di un pericolo attuale o comunque imminente e concreto che minacci l'insieme della popolazione di uno Stato e per la vita organizzata della comunità che compone lo Stato (così nel caso *Lawless c. Irlanda*<sup>51</sup>). L'onere della prova grava sullo Stato interessato. La deroga non può avere una finalità preventiva e deve essere proporzionale alla effettiva gravità della situazione. A livello procedurale, la deroga deve essere comunicata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa mediante atto ufficiale che indichi quali sono le misure che lo Stato intende attuare e quali ne sono i motivi.

<sup>50</sup> Commento generale n. 29 del 31 agosto 2001, par.3.

<sup>51</sup> *Lawless c. Irlanda*, sentenza 1° luglio 1961, ric. 332/57, par. 28.

In particolare, le condizioni sostanziali per potere invocare l'articolo 15 sono: a) l'esistenza di una emergenza pubblica che minacci la vita della nazione; b) la stretta necessità delle misure adottate dallo Stato; c) la compatibilità delle misure adottate con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. Sul punto a), la Corte europea si è espressa nella richiamata sentenza *Lawless c. Irlanda*; sulla sussistenza del punto b), la Corte ha ritenuto esistente un certo margine di discrezionalità in capo agli Stati<sup>52</sup>; per quanto attiene al punto c), gli "altri obblighi derivanti dal diritto internazionale", sia consuetudinario che pattizio, come specificato peraltro dall'articolo 53 della Convenzione stessa, possono essere i trattati sui diritti umani, quelli di diritto internazionale umanitario o i crimini contro l'umanità<sup>53</sup>.

Da un punto di vista procedurale, se non è necessaria una proclamazione ufficiale della esistenza della situazione di cui al punto a), essendo sufficiente una qualche forma di annuncio formale, la notifica della stessa al Segretario Generale del Consiglio di Europa ha invece carattere indefettibile<sup>54</sup>, al punto che, ammesso che la clausola di deroga operi validamente, una notifica indebitamente tardiva in ogni caso non giustifica gli atti compiuti prima che essa venga effettuata<sup>55</sup>. Ma vi è di più. Se infatti le misure statali dovessero essere state mantenute dopo che è cessato l'effetto autorizzatorio del Consiglio d'Europa, esse costituiscono una violazione della Convenzione<sup>56</sup>.

Il problema si pone per l'Italia, la quale non ha mai provveduto a notificare, diversamente da altri Paesi contraenti del Consiglio d'Europa, la sospensione della Convenzione al Segretario Generale del Consiglio, violando, in tal modo l'articolo 15 della Convenzione medesima. Quali possono essere le conseguenze?

Preliminarmente nel dare una risposta al quesito, occorre evidenziare che i trattati sui diritti umani sono "speciali", ossia diversi rispetto agli altri trattati, atteso che quest'ultimi prevedono diritti solo per gli Stati, mentre i primi prevedono diritti per gli individui<sup>57</sup>. Sul punto, la giurisprudenza della

<sup>52</sup> *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, 26 maggio 1993, ric. 14553/89, par. 48; *Aksoy c. Turchia*, 18 dicembre 1996, ric. 21987/93, par. 68.

<sup>53</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 259.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Lawless c. Irlanda*, sentenza 1° luglio 1961, ric. 332/57, par. 47.

<sup>56</sup> *De Becker c. Belgio*, rapporto 8 gennaio 1960, ric. 214/56, pag. 158.

<sup>57</sup> C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, cit., 101.

Corte Edu è assai copiosa<sup>58</sup>: in particolare, nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito* la Corte ha precisato che “diversamente dai trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione prevede qualcosa di più di meri obblighi reciproci...essa crea obblighi oggettivi che beneficiano di una garanzia collettiva, che sancisce uno strumento costituzionale di ordine pubblico europeo”.

Questo carattere di specialità, tuttavia, va tenuto distinto sia dalla diretta applicabilità delle norme contenute nella Convenzione che dal loro rango all'interno del nostro ordinamento.

La diretta applicabilità della Convenzione, al pari di ogni altro trattato internazionale, deriva dall'ordine di esecuzione contenuto nella legge di autorizzazione alla ratifica del trattato medesimo: l'ordine di esecuzione fa sì che “gli organi statali sono tenuti ad applicare il trattato esattamente come se fosse diritto italiano, rendendo dunque il trattato medesimo direttamente applicabile<sup>59</sup>”.

Per quanto riguarda, invece, il rango che i trattati vengono ad avere tra le fonti interne, occorre fare riferimento all'articolo 117 comma 1 della Costituzione, per come novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001: prima della riforma, il diritto internazionale pattizio era privo di tutela costituzionale<sup>60</sup>, con la nota conseguenza che i trattati internazionali venivano ad avere il medesimo rango dell'atto che avesse dato loro esecuzione. Con la cennata novella costituzionale del 2001 e soprattutto anche grazie a due importanti sentenze della Corte Costituzionale – le sentenze cd. “gemelle” 348 e 349/2007 – i trattati vengono ad occupare una posizione intermedia tra la Costituzione e la legge ordinaria, con la conseguenza che in caso di contrasto con la norma interna la norma pattizia internazionale prevale e che in caso di

<sup>58</sup> *Austria c. Irlanda*, 11 gennaio 1961, ric. 788/60; *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, ric. 5310/71; e più di recente *Bankovic e altri c. Belgio* e altri, 12 dicembre 2001, ric. 52207/99.

<sup>59</sup> Tra tutti, C. FOCARELLI, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I. *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, cit., 233 e ss. In Italia, per prassi la legge di autorizzazione alla ratifica contiene anche l'ordine di esecuzione, sebbene, giuridicamente, ratifica e ordine di esecuzione siano due concetti distinti, atteso che la ratifica impegna lo Stato sul piano internazionale e l'ordine di esecuzione, che temporalmente viene dopo, rende il trattato direttamente applicabile all'interno dello Stato.

<sup>60</sup> L'inesistenza di una garanzia costituzionale per i trattati internazionali si ricavava, *a contrario*, dall'art. 10, primo comma Cost., norma che si riferisce al solo diritto consuetudinario. L'introduzione di tale garanzia rappresenterebbe “la vera novità dell'art. 117, 1 comma”, secondo Salerno F., *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, 340.

“insanabile incompatibilità” tra il trattato e la Costituzione spetterà alla Corte Costituzionale giudicare sul sindacato di costituzionalità<sup>61</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, ritornando al quesito sulle possibili conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'articolo 15 della Convenzione, a nostro avviso si possono profilare due situazioni: sul piano internazionale, potrebbe essere fatta valere la responsabilità per atto illecito, avendo l'Italia violato un articolo di un trattato internazionale e una norma consuetudinaria suprema (*pacta servanda sunt*); sul piano interno, nelle forme del ricorso incidentale, potrebbe essere sollevata la questione di legittimità costituzionale degli atti normativi (decreti-legge e relative leggi di conversione) contenenti limitazioni della libertà di movimento e di riunione per violazione dell'articolo 117 Cost. quale norma interposta dell'articolo 15 della Convenzione medesima.

3. – I diritti fondamentali dell'uomo non trovano tutela solo in ambito internazionale ma, ovviamente, anche nel diritto interno. Non a caso, tali diritti, per come sono enunciati dall'art. 2 Cost. ossia “inviolabili”, definiscono la nostra forma di Stato e, per tale ragione, assumono un carattere di *essenzialità* per la sopravvivenza stessa dello Stato. Ed è proprio in virtù di ciò, che le libertà elencate negli artt. 13 e seguenti della Costituzione non sono revisionabili, neanche attraverso il procedimento aggravato di cui all'art. 138 Cost: la dottrina maggioritaria ritiene, infatti, che i diritti inviolabili dell'uomo non siano modificabili neanche attraverso il procedimento di revisione costituzionale, in quanto essi rappresentano in sostanza il “nucleo duro” della Costituzione<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> C. Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale*, I. *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, cit., 238 e ss.

<sup>62</sup> C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, ora in “*Una e indivisibile*”, Milano, 2007, 216, G. AZZARITI, *Revisione Costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos, Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, n.1-2016, 3.

Si evidenzia che il concetto della “inviolabilità” lo esprime con chiarezza una nota sentenza della Corte, la n. 1146 del 1988, dove leggiamo: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzio-

Ebbene, tralasciando la nota teoria sullo stato di eccezione formulata da Schmitt e ripresa anche di recente da G. Agamben<sup>63</sup>, occorre preliminarmente osservare che i provvedimenti adottati per fronteggiare l'epidemia di COVID – 19, se da un lato impattano direttamente e molto incisivamente su alcuni diritti fondamentali, segnatamente la libertà di circolazione<sup>64</sup> e di riunione ma anche su quella personale, dall'altro lato non può sottacersi come alla base della normativa di cui ci si occupa vi è la tutela del diritto alla salute, che la Costituzione stessa, all'art. 32, definisce "fondamentale".

In buona sostanza, dunque, l'adozione di questi provvedimenti ha riproposto nel nostro Paese il tema del bilanciamento tra opposti diritti o libertà ovvero, a nostro avviso, la contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale.

Come noto, la nozione di Stato di diritto implica, almeno nella sua formulazione originaria, l'idea che al centro dello Stato siano poste la libertà e l'autonomia dell'individuo, nonché l'eguaglianza formale dei soggetti di diritto; ciò comporta, in primo luogo, il riconoscimento dei diritti fondamentali dei cittadini, e, come conseguenza imprescindibile, la certezza e prevedibilità del diritto, la supremazia della legge rispetto all'amministrazione, il controllo giurisdizionale di questa e le garanzie di indipendenza dei giudici<sup>65</sup>. Il fine principale dello Stato di diritto, dunque, è contenere l'arbitrio

nati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana". Non è ora il caso di tentare in questa sede un'analisi del concetto di "principio supremo", sebbene l'argomento sia stato già affrontato, a più riprese, nelle pagine che precedono, trattando, per esempio l'argomento dei contro-limiti costituzionali nella citata sentenza della Corte Costituzionale, la n. 269/2017, relativa alla diretta applicabilità della Carta di Nizza.

<sup>63</sup> Nell'ambito del diritto pubblico manca una riflessione organica sulla teoria dello stato di eccezione, e i giuristi sembrano considerare il problema più come una mera questione fattuale che come una effettiva problematica inerente alla sfera del diritto. Eppure, già nel 1940 Walter Benjamin nell'ottava delle sue Tesi di filosofia della storia scriveva: «La tradizione degli oppressi ci insegna che lo 'stato di emergenza' in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo fatto». Cfr. W. BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia*, in Id., *Angelus Novus*, Torino 1995, p. 79; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino 2003; C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria (1964)*, tr. it. Roma-Bari, 1975, 150.

<sup>64</sup> Per una ricostruzione del *diritto alla mobilità*, basato sugli artt. 2 e 16 della Costituzione, v. G. RINALDI BACCELLI, *La mobilità come diritto fondamentale della persona*, in AA.VV., *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, Torino, 2002, 25 ss.

<sup>65</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P.

del potere politico: in tal modo, la legge garantisce la libertà e la sicurezza.

Nel momento storico in cui nascono le moderne costituzioni rigide, si amplia la portata dello Stato di diritto: in particolare, con l'affermazione del suffragio universale e del principio democratico, la Costituzione rigida, includendo nei suoi principi sia la tutela delle libertà e della proprietà, sia i programmi sociali promossi dalle nuove forze politiche, assicurava che la volontà della maggioranza parlamentare non avrebbe potuto eccedere i limiti posti dal patto costituzionale. Ne deriva, dunque, che il conflitto tra le legge ordinaria e i principi costituzionali viene concepito come un conflitto tra norme e, in quanto tale, "giuridicizzato", affidato ad un giudice. Lo Stato di diritto, che per tanto tempo si è saldato con una visione liberale e borghese della politica e del suo rapporto con l'ordine sociale, riesce ad espandere la sua prospettiva e adattarsi all'evoluzione in senso democratico dell'ordinamento e dei compiti dei poteri pubblici; ed estende l'area della legalità e della tutela giurisdizionale anche alla stessa legislazione, ponendo ad essa limiti e controlli che impediscono un uso arbitrario del potere. ormai definitivamente slegato dai presupposti dell'ideologia liberale e dai meccanismi censori di restrizione della rappresentanza.

Mentre nello Stato di diritto vi è la contrapposizione tra potere politico e società civile, nello Stato sociale<sup>66</sup> si registra piuttosto la contrapposizione tra lo Stato e la società industriale capitalistica, essendo questa l'oggetto del programma di riforme rivolte all'integrazione sociale: sul punto, appare condivisibile la tesi del Ventura secondo cui "la locuzione Stato interventista è forse più adeguata [...] poiché è inimmaginabile, almeno in tesi, uno Stato che sia "asociale" o che persegua il malessere dei cittadini"<sup>67</sup>.

Se la libertà si limita ad essere considerata, come lo è nella tradizione dello Stato liberale di diritto, nella sua dimensione negativa ("libertà dallo Stato"), essa rimane un dato puramente formale; il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale implica pertanto una modifica del rapporto libertà/uguaglianza, nel senso che quest'ultima non è più vista in chiave "formale" (tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge) ma viene vista soprattutto in chiave "sostanziale", con la rivoluzionaria conseguenza che lo Stato non si

Costa e D. Zolo, Milano, 2002, 94.

<sup>66</sup> Cfr. L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, 2014.

<sup>67</sup> Cfr. L. VENTURA, *op.cit.*, 103.

limita a riconoscere o ad imporre i diritti come mere regole, ma prendendo consapevolezza delle concrete situazioni economico-sociali che creano disuguaglianze, interviene per eliminare ogni forma di discriminazione<sup>68</sup>.

Ed ecco, allora, che in questa evoluzione lo Stato sociale, pur mettendosi nel solco del costituzionalismo liberale, tende a ridurre il conflitto sociale o meglio ad ingabbiarlo entro i limiti dell'accettabilità, ponendo in essere interventi economici di tipo keynesiano che rappresentano un modello "terzo" rispetto sia alla concezione liberale da un lato che alla concezione socialista dall'altro: e non è un caso, allora, che nell'esperienza del moderno costituzionalismo europeo<sup>69</sup> del secondo Novecento e in particolare in Italia, i diritti sociali così intesi vengano inseriti in Costituzione tra i diritti fondamentali, inviolabili ed inalienabili, in quanto espressione di "valori o principi costituzionali supremi"<sup>70</sup>.

Ancora più illuminante ed incisiva è poi la posizione di Maurizio Fioravanti sui compiti fondamentali della Repubblica: "il primo compito si riconduce ad una finalità che è quella di riconoscere in Costituzione l'esistenza di una società piena di conflitti, e carica di disuguaglianze, che può e deve essere governata con lo scopo di conformarla a quei principi generali di giustizia,

<sup>68</sup> C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.: un 'viaggio al termine della notte'?* in G. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, IWP(Università di Catania), 2003, n. 16; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'U.E.*, Roma-Bari, 2003; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (Necessità di un "nuovo modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2011; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015.

<sup>69</sup> Come è stato osservato, L. MEZZETTI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2010, 71. "Sin dagli albori del moderno costituzionalismo, le carte costituzionali degli Stati, oltre a disciplinare l'assetto dei poteri pubblici ed ai rapporti fra questi e i cittadini, hanno enunciato i principi fondamentali o i valori ispiratori dell'assetto politico e sociale di cui sono espressione e che mirano a fondare, garantire, promuovere e perpetuare. Le esperienze costituzionali recenti tendono ad esprimere i valori fondanti in maniera ancor più chiara ed incisiva rispetto al passato. Anche la Costituzione italiana, al suo inizio, apre con un gruppo di articoli sotto il titolo di "principi fondamentali" (artt. 1-12), nei quali si esprimono le finalità e le basi ideali del tipo di Stato democratico-sociale, nel cui sviluppo il nostro ordinamento si inserisce".

<sup>70</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti sociali (ad vocem)*, in Enc. Giur. Treccani. Si veda anche N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1997;

che le Costituzioni democratiche del Novecento enunciano con grande chiarezza, e che si riassumono nel diritto di ognuno di sviluppare la propria personalità, di costruire una condizione di vita libera e dignitosa; il secondo compito è quello d'individuare, e proteggere, lo strato della esistenza che può e deve essere considerato inviolabile, ovvero indisponibile da parte di tutti coloro che esercitino del potere, di carattere pubblico, ma anche privato, e dunque idoneo per collocarvi, in quello strato, e in posizione di anteriorità rispetto alla norma positiva statale, la persona, con il suo bagaglio di diritti, civili e politici, ma anche sociali, perché collegati all'accesso ai beni essenziali della vita, come l'istruzione, la salute, il lavoro; infine, il terzo compito è quello di costruire un sistema di poteri limitati e tra loro posti in condizione di equilibrio, in particolare tra i poteri d'indirizzo, che risultano dalla ordinaria competizione per la determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza e i poteri di garanzia, che nel loro nucleo fondamentale sono dati dalla *iurisdictio*, ovvero dal potere di "dire "il diritto, di fissare cioè limiti positivi allo svilupparsi dell'indirizzo politico, che potrà così avere uno spazio suo proprio, entro cui manifestarsi discrezionalmente e in libertà, ma non tutto lo spazio, non l'intero spazio della Costituzione" <sup>71</sup>.

La costituzionalizzazione dei diritti sociali, tuttavia, non è stato un processo semplice, ma al contrario ha registrato un approccio svalutativo o riduttivo della dottrina giuspubblicistica, che considerava tali diritti più come indicazioni o direttive rivolte al legislatore ovvero come norme di principio, che necessitavano di un successivo intervento legislativo attuativo <sup>72</sup>, in contrapposizione "inconciliabile" con i diritti di libertà: basti considerare, sul punto, la tesi di Mazziotti secondo cui "anche i diritti sociali sarebbero situazioni giuridiche soggettive, non già principi programmatici [...] ma interessi costituzionalmente protetti [...] che non sono affatto in contrapposizione con i diritti di libertà" <sup>73</sup> per avere una idea dell'approccio scettico della dottrina, che ha considerato i diritti sociali più come aspirazioni politiche che veri e propri diritti soggettivi al pari dei diritti di libertà.

Se oggi i diritti sociali sono considerati come diritti fondamentali lo si

<sup>71</sup> M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, in *Per i sessant'anni della Corte Costituzionale*, Roma, 2016.

<sup>72</sup> A. BALDASSARE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

<sup>73</sup> M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1954, 806 e ss.

deve molto all'opera illuminata della Corte Costituzionale, che ha supplito all'inerzia del legislatore, anticipandone anche bilanciamenti sul versante dell'instaurazione dell'ordinamento democratico e pluralista e contribuendo in maniera significativa a superare anacronistiche quanto ignoranti definizioni dei diritti sociali quali "diritti socialisti": sul punto, centrale resta la nota sentenza n. 1 del 1956 in cui la Consulta affermò definitivamente la propria competenza a considerare le norme *programmatiche* come parametro del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi fino ad arrivare alle *sentenze additive di principio*<sup>74</sup>.

Ed allora c'è da chiedersi se tali diritti, oggi divenuti fondamentali e persino parametro di costituzionalità delle leggi, possano essere compressi e, ove ciò fosse possibile, fino a che punto può spingersi la loro limitazione.

La stessa Corte costituzionale ha statuito, in più occasioni, che si tratta di diritti inviolabili ed inalienabili della persona, anche se condizionati dalla possibilità di disporre di risorse per la relativa attuazione<sup>75</sup>. Tale natura condizionata, come si avrà modo di vedere, è sottoposta anch'essa a dei limiti. Il punto, infatti, è quello di verificare se ed entro quali termini sussista un nucleo di soddisfacimento dei diritti sociali che debba essere sempre garantito. La sussistenza di un simile nucleo appare avallata in maniera costante dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Essa, infatti, sin dagli anni Ottanta è ricorsa alla nozione del «contenuto minimo essenziale» dei diritti sociali, nozione che, poi, è in parte confluita nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Il richiamo al nucleo essenziale dei diritti, peraltro, è tornato in primo piano nelle sentenze della Consulta inerenti alle questioni di legittimità costituzionale sollevate avverso il D.l. n. 78/2010<sup>76</sup>. Posti tali presupposti, la base sulla quale ricostruire l'essenza dei diritti sociali si rinviene, secondo la dottrina maggioritaria, nella pari dignità sociale riconosciuta dalla Repubblica, che si impegna «a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cit-

<sup>74</sup> Sul punto, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; V. PUPO, *Principi relativi ai diritti sociali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>75</sup> Sulla controversa categoria dei diritti fondamentali, v. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Bari, 2001.

<sup>76</sup> Tra le molteplici sentenze in cui si fa riferimento al "nucleo essenziale dei diritti", v. sent. n. 10/2010. In dottrina, v. per tutti V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2001

tadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Da una simile disposizione, la dottrina ne ha fatto discendere l'idea che lo Stato debba mettersi ed essere al servizio della persona e che la protezione costituzionale dei diritti sociali costituisca espressione del principio di uguaglianza<sup>77</sup>. Questa disposizione costituisce la base sulla quale fondare il *welfare State*: infatti, sebbene in Costituzione non si rinvenga mai l'espressione Stato sociale, si pongono dei vincoli finalistici al soggetto pubblico, lasciandolo libero nella scelta dei mezzi con i quali perseguirli<sup>78</sup>, sia a carattere assistenziale sia a carattere di programmazione.

3.1. – Fatta questa considerazione preliminare, occorre poi interrogarsi non tanto se le misure adottate per proteggere il diritto alla salute siano conformi alla Costituzione ma soprattutto se ed in che misura il conflitto tra libertà di movimento e di riunione da un lato e diritto alla salute dall'altro possa trovare composizione: infatti, i diritti e le libertà costituzionali, essendo principi di carattere generale e programmatico, in linea teorica non sono tra loro confliggenti. Tuttavia, nella loro applicazione concreta possono crearsi attriti e contrasti, superabili, come noto, con il bilanciamento dei diversi diritti confliggenti<sup>79</sup>.

Il bilanciamento, dunque, presuppone la possibilità che principi o diritti confliggano. Il conflitto tra diritti, tuttavia, non è un concetto unanime in dottrina: L. Ferrajoli, ad esempio, non soltanto sostiene l'impossibilità che i diritti o i principi confliggano, ma sostiene soprattutto la tesi che i diritti sociali non abbiano limiti se non nei costi necessari per assicurarne il soddisfacimento<sup>80</sup>.

Tale tesi, tuttavia, a nostro avviso ha implicazioni più politiche che giuridiche, atteso che i diritti sociali non troverebbero in Costituzione il loro pa-

<sup>77</sup> Sulla protezione dei diritti sociali quale espressione del principio di eguaglianza, v. C. PINELLI, «*Social card*» o del ritorno della carità di Stato, in *Scritti in onore di Lorenza Carlsarrese. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, Napoli, 2009; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

<sup>78</sup> Sulla nozione di Stato sociale, v. F. RIMOLI, *Stato sociale*, in Enc. giur. Treccani, XX, Roma, 2004.

<sup>79</sup> Tra i tanti si rinvia sul punto a R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino 2006, 478.

<sup>80</sup> Sulla inesistenza dei conflitti tra diritti fondamentali, la tesi più nota è senza dubbio quella di Luigi Ferrajoli. Si veda L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, 2008.

rametro di giustiziabilità e tutela, bensì nelle scelte politiche dei governanti di turno che decidono quali diritti sostenere economicamente.

Più convincente appare, invece, la tesi della “intangibilità” dei principi costituzionali fondamentali<sup>81</sup>, nel senso che se i principi e i diritti tra loro confliggono, il giudizio di bilanciamento fa sì che essi vengano ricondotti sempre ad un ordine armonico, che può essere raggiunto strutturando i principi in un ordine gerarchico. Bisogna, allora, chiedersi, atteso che i diritti fondamentali in conflitto hanno pari dignità perché tutti dotati di pari copertura costituzionale, quali possano essere i criteri di risoluzione delle antinomie. Esclusi i criteri *lex superior derogat inferiori* (poiché trattasi, appunto, di principi equi-ordinati) e *lex specialis derogat generali* (poiché tra principi costituzionali non esiste un rapporto di specialità), l'unico strumento con cui è possibile risolvere le antinomie tra principi o diritti costituzionalmente di pari ordine è il bilanciamento<sup>82</sup>. Cosa si intende, tuttavia, per bilanciamento? Con il termine bilanciamento si intende assegnare un peso a ciascun diritto e successivamente mettere in equilibrio i diritti confliggenti, ossia rendere possibile la loro coesistenza<sup>83</sup>.

Ebbene, a parte la tesi suggestiva ma non convincente di R. Guastini secondo cui quando i giudici dichiarano di bilanciare diritti o principi confliggenti in realtà non operano alcuna ponderazione o equilibrio ma semplicemente sacrificano un diritto a vantaggio di un altro<sup>84</sup>, appare convincente la tesi di Pino secondo cui “in linea teorica, un conflitto (e la conseguente necessità di operare un bilanciamento) è configurabile tra diritti di qualsiasi rango. Ad esempio, possono confliggere diritti che trovano la loro fonte nella legge, oppure in un regolamento, o anche in un contratto. Tuttavia, di fatto, conflitti di questo tipo sono piuttosto rari: dal momento che i diritti di rango legislativo (o regolamentare, o contrattuale) trovano la loro fonte in un

<sup>81</sup> “L'unità...preesiste all'opera di bilanciamento, ed è propriamente la specifica unità ideale che fu trovata (e di volta in volta si rinnova) sul terreno dell'identificazione dei valori costituzionali”: così M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, 170 ss

<sup>82</sup> G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, Etica & Politica/ Ethics & Politics, 2006, 1 [http://www.units.it/etica/2006\\_1/PINO.htm](http://www.units.it/etica/2006_1/PINO.htm), 13 ss.

<sup>83</sup> G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, op.cit., 23.

<sup>84</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.

atto normativo «di dettaglio», è alquanto probabile che l'autorità normativa che ha formulato quella regolamentazione abbia già provveduto *ex ante* a disciplinare le modalità di esercizio del diritto, anche in rapporto ad eventuali posizioni giuridiche soggettive con esso in contrasto. E, in caso negativo, potranno comunque soccorrere *ex post* i criteri di risoluzione delle antinomie che il giurista trova da sempre nella propria cassetta degli attrezzi. Diversamente è a dirsi per i diritti di rango costituzionale, o diritti fondamentali: per tali diritti, spesso non vi è un criterio prestabilito di coordinamento, e (come vedremo meglio tra breve) non è possibile mettere in opera i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie. Il conflitto tra diritti fondamentali e il conseguente ricorso al bilanciamento sono in qualche misura inevitabili<sup>85</sup> ovvero, sempre secondo lo stesso A., il bilanciamento presuppone la soluzione di un conflitto “caso per caso”: ciò significa, dunque, che non vi è in assoluto alcun sacrificio di un diritto sull'altare di un altro diritto, ma che, in presenza di determinate situazioni e contingenze, si opererà un giudizio di prevalenza di un diritto su un altro diritto e questo giudizio di prevalenza non è eterno ma vale per il caso concreto che si deve risolvere.

Alla luce, dunque, di quanto sin qui evidenziato, la “inevitabilità” del giudizio di bilanciamento “caso per caso” tra le libertà di movimento e di riunione da una parte (artt. 16 e 17 Cost.) e diritto alla salute dall'altra (art. 32 Cost.) comporta, ragionevolmente, una prevalenza di quest'ultimo quale “interesse della collettività” sui primi due.

Altro discorso, invece, merita il tema della compatibilità dei provvedimenti governativi, regionali e locali con la Costituzione, pur con l'avvertenza che tale questione è marginale e non centrale ai fini del presente lavoro.

Abbiamo assistito e tutt'ora assistiamo, sia durante la prima ondata di contagi della pandemia (marzo-maggio 2020) che durante questa seconda ondata di contagi (ottobre 2020 ad oggi), ad un uso continuo e massivo di provvedimenti governativi – tra cui gli ormai celebri Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (dpcm) – e degli enti regionali e locali contenenti disposizioni significativamente limitative delle principali libertà, tra cui la li-

<sup>85</sup> G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e Responsabilità*, 6/2003, 577. ed ancora B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 2004.

bertà di movimento, la libertà di riunione e la libertà di culto: sul tema, non sono mancate polemiche politiche, ma soprattutto si è sviluppato un interessante dibattito giuridico assai serrato tra i costituzionalisti, taluni dei quali<sup>86</sup> hanno sostenuto la piena conformità dei dpcm alla Costituzione, altri, invece, si sono espressi per la loro illegittimità costituzionale<sup>87</sup>.

A nostro avviso, occorre, evidenziare che sull'utilizzo dei dpcm, se all'inizio del diffondersi della pandemia, quando era assolutamente necessario intervenire con atti non solo urgenti ma anche elastici e reiterati in un tempo ben definito, il dpcm, autorizzato da un decreto legge poi convertito in legge dalle Camere, fosse giustificato (la riserva di legge di cui all'articolo 16 Costituzione era sostanzialmente preservata dal decreto legge e i dpcm si giustificavano anche per l'oggettiva impossibilità del Parlamento di potersi riunire ordinariamente per approvare reiterati decreti-legge), nella cd. fase 2 e nel periodo in cui si sta scrivendo, si ritiene che il dpcm non sia più lo strumento costituzionalmente corretto: se da un lato, infatti, si riconosce che la nostra Costituzione non contempla una clausola di emergenza paragonabile a quelle previste in altre esperienze costituzionali anche a noi vicine<sup>88</sup> (la Francia, ad esempio), tuttavia non possiamo non rilevare che altri strumenti di intervento – che raggiungerebbero i medesimi obiettivi – sarebbero stati costituzionalmente più corretti. In particolare, lo strumento della decretazione d'urgenza<sup>89 90</sup>, infatti, si pone nel solco di consentire al Governo, nella sua

<sup>86</sup> V. ad es. G. Zagrebelsky, intervistato da S. TRUZZI, *Macché Costituzione violata. Non sanno di cosa parlano*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1 maggio 2020

<sup>87</sup> V. ad es. V. Lippolis, intervistato da S. SOTGIU, *Virus, governo ai limiti della Costituzione. Ora cambi strada. Parla Lippolis*, in *Formiche.net*, 30 aprile 2020.

<sup>88</sup> Oltre, infatti, alla decretazione d'urgenza di cui all'art. 77, la Costituzione italiana contiene una clausola di emergenza se così possiamo dire nell'articolo 78, relativo alla dichiarazione di guerra e al conferimento al Governo degli opportuni poteri.

<sup>89</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 104, secondo il quale “proprio questa è la funzione originaria ed essenziale della decretazione d'urgenza”, mediante “l'esercizio straordinario da parte del governo di potestà legislative normalmente di spettanza parlamentare”. Sullo stesso argomento P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988, p. 33; anche F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 513 e ss., specie 519, che rilevano come “nella vigente Costituzione –siano gli articoli 77 e 78 Cost. le statuizioni attorno alle quali ruota il problema delle misure da adottare nelle situazioni di crisi o di emergenza”.

<sup>90</sup> Sul punto, interessante la riflessione del Lucarelli: “I casi straordinari di necessità ed urgenza

collegialità, di adottare tutte quelle misure di carattere straordinario attraverso una procedura agile ma che al contempo garantisce, a differenza dei dpcm, sia il coinvolgimento del Parlamento (nel momento in cui, nella c.d. fase 2, è verosimile possa riunirsi con più facilità), ma soprattutto garantirebbe il dovuto sindacato di costituzionalità.

Se i Padri costituenti hanno previsto che le libertà individuali e collettive possano, in presenza di fatti eccezionali, essere limitate, hanno però posto giustamente il limite che ciò possa avvenire solo ed esclusivamente per legge, la quale ha il preciso compito di tutelare il cittadino da atti che, altrimenti, risulterebbero in maniera odiosa discrezionali ed arbitrari: peraltro, è opportuno rimarcare che mentre il decreto-legge è impugnabile, in via incidentale, innanzi la Corte Costituzionale, qualora si ritenessero violati taluni diritti costituzionalmente garantiti, il dpcm, che è un atto amministrativo, è censurabile esclusivamente attraverso gli ordinari ricorsi giurisdizionali.

Sulla natura giuridica del dpcm, peraltro, occorre rilevare che la dottrina è frastagliata tra diversi e confliggenti orientamenti.

Infatti, da una parte vi è chi ritiene che detti atti normativi possano essere considerati “fonte emergenziale” al pari di una ordinanza *extra ordinem* ovvero di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie che avrebbero il loro fondamento nell’articolo 32 Cost.: in particolare, si è sostenuto come, nel rispetto del principio di legalità e di riserva di legge, tali fonti emergenziali, di rango secondario, possano legittimamente derogare norme primarie, in osservanza dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle restrizioni previste e nei modi e nelle forme contemplate dalla norma primaria, sulla quale si basa tale potere derogatorio senza che ciò comporti alcuna rottura costituzionale<sup>91</sup>.

Tale tesi, tuttavia, non appare convincente e non a caso è stata feroce-godono, dunque, nel nostro ordinamento giuridico, in quanto fatti, di una copertura costituzionale (riconoscimento-fondamento), in grado di essere bussola e fonte legittimante di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso, anche restrittivi delle libertà fondamentali. Si tratta di atti di rango normativo primario, nella forma del decreto-legge, ritenuti dal governo necessari, per contrapporsi, nel caso di specie, ad una feroce pandemia, garantire la salute come fondamentale diritto dell’individuo ed interesse della collettività (art. 32 Cost.)”. Si veda A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Rivista AIC, 2, 2020, 561.

<sup>91</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC, 2, 2020, 125.

mente criticata da Alberto Lucarelli dalle pagine della medesima Rivista allorquando afferma "... tuttavia, ragionando intorno all'art. 32 Cost., risulta evidente come esso fissi un principio prescrittivo e contestualmente ispiratore di politiche pubbliche ma non idoneo, soprattutto per l'assenza di aspetti di natura procedurale, a costituire il fondamento giuridico e la fonte sulla produzione di atti tesi a gestire casi straordinari di necessità ed urgenza. La tutela della salute implica l'adozione di determinate politiche pubbliche volte a soddisfare un diritto fondamentale, nella sua dimensione di diritto sociale. Si tratta di un diritto fondamentale, la cui garanzia rappresenta un *prius* dello Stato democratico-sociale, ma pur sempre nell'ambito dei criteri ordinatori del sistema delle fonti. Viceversa, non sarebbe tanto il diritto fondamentale alla salute formante di atti consequenziali di rango secondario, quanto piuttosto l'emergenza sanitaria e la discrezionalità da parte dell'esecutivo a ricondurre fatti nell'alveo dell'emergenza sanitaria. In sostanza, un aspetto è la tutela della salute, quale diritto fondamentale, garantito nel sistema democratico delle fonti, e reso effettivo sulla base di mirate politiche pubbliche, altro, come nel caso di specie, è l'emergenza sanitaria legittimante, con eccesso di discrezionalità, il ricorso a fonti *extra ordinem*"<sup>92</sup>.

L'utilizzo del dpcm, anche a volere prescindere dalle acute osservazioni di Lucarelli, nella seconda fase di gestione della crisi, a nostro avviso non soddisferebbe più i requisiti costituzionali della adeguatezza né appare ancora conforme al dettato costituzionale la tecnica di prevedere un decreto-legge "cornice" che consenta al Capo del Governo, senza limiti e senza controlli, di adottare poi non già semplici norme attuative ma ulteriori precetti e disposizioni, che limitano le libertà dei cittadini. Peraltro, non può sottacersi che la Costituzione, nel prevedere la possibilità che il Governo sia delegato ad adottare atti aventi forza di legge (art. 76 Cost.) pone una disciplina ben precisa, ossia che le Camere approvino una legge-delega, in cui siano stabiliti i principi, i criteri, l'oggetto ed il tempo entro cui il Governo – inteso nella sua collegialità e dunque il Consiglio dei Ministri – potrà adottare i decreti legislativi ovvero, in caso di guerra, attraverso le ordinanze di cui all'art. 78 Cost.<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> A. LUCARELLI, *op.cit.*, 565.

<sup>93</sup> Osserva sul punto il Lucarelli: "...Altro discorso per le ordinanze di cui all'art. 78Cost. In questo caso le ordinanze del governo, previo conferimento del potere da parte del parlamento, possono considerarsi *extra ordinem*, ovvero legittimate a derogare fonti normative di rango primario, incidendo, altresì, seppur in via temporanea, sulle libertà fondamentali". Si veda A. LUCARELLI,

Nella direzione sopra evidenziata, si rileva che quando si verifica una “situazione tale per cui il Governo ha la necessità d’intervenire con provvedimenti non previsti da precedenti leggi e però non può attendere l’intervento del Parlamento”<sup>94</sup> – esattamente come nel caso che a noi rileva – si deve utilizzare, “fin tanto che è possibile, l’istituto previsto dall’art. 77 Cost.”<sup>95</sup>; diversamente, laddove ciò non sia possibile, i provvedimenti adottati –anche non necessariamente dal Governo –devono più che altro definirsi quali atti *extra ordinem*, rispetto ai quali l’art. 77 Cost. può costituire al limite una sorta di schema di riferimento<sup>96</sup>.

In conclusione, dunque, se per un verso il Governo ha costituzionalmente il potere di intervenire in situazioni emergenziali, ponendo in essere atti limitativi anche di talune libertà in favore di un diritto prevalente quale è quello della salute quale “interesse della collettività”, ciò deve avvenire, tuttavia, utilizzando gli strumenti normativi “ordinariamente” previsti per la “straordinarietà”: a Costituzione invariata, tali strumenti sono i decreti-legge.

Ciò non significa, tuttavia, che il Governo abbia agito con atti illegali. Osserva, giustamente, Cannizzaro che “se l’eccezione è definita e regolata dal diritto, essa diventa regola, pur se applicabile in circostanze eccezionali [...] il migliore esempio è quello di una regola costituzionale che preveda una procedura d’emergenza per far fronte a gravi fatti o disordini interni che minaccino l’ordine costituzionale”<sup>97</sup>: in ultima analisi, dunque, la decisione sullo stato di eccezione non potrà mai essere considerato un atto sovrano, poiché nel momento stesso in cui l’eccezione è regolata dal diritto, essa è subordinata al diritto stesso.

Nel caso di specie, i dpcm, benché atti eccezionali tuttavia non possono essere considerati *extra ordinem* (nel senso di *illegali*), atteso che, in ogni caso, trovano fondamento in uno o più atti aventi forza di legge, che ne garantirebbero la copertura costituzionale: resta, in ogni caso, il giudizio della inopportunità degli stessi a vantaggio dei decreti-legge, per le considerazioni sopra evidenziate. Di segno contrario, vale la pena citare una recentissima ordinanza resa dal Tribunale di Roma, in sede di convalida di uno sfratto –

*op.cit.*, 562.

<sup>94</sup> G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XIV, Bologna, 2012, 240

<sup>95</sup> V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, 123.

<sup>96</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1966, 240.

<sup>97</sup> E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020, 55.

che certamente sarà oggetto di ulteriori dibattiti e analisi - in cui nella parte motiva della stessa testualmente si legge: “[...] i DPCM che hanno compromesso il pieno godimento del bene oggi nei termini oggetto di pretesa dell’istante, siano in realtà atti viziati da molteplici profili di illegittimità e, come tali, caducabili”<sup>98</sup>.

4. – Le considerazioni che precedono, relative alla nascita e al progressivo sviluppo dei diritti fondamentali dell’uomo, quali parametri di valutazione dei provvedimenti adottati per il contenimento della pandemia Covid-19, ci consentono di elaborare una teoria “neo minimalista” dei diritti fondamentali dell’uomo.

Il minimalismo dei diritti è la strategia a prima vista più promettente per dare nuova linfa e forza propulsiva all’età dei diritti. Il linguaggio dei diritti è eccessivamente indeterminato? Ogni esigenza ed aspirazione degli esseri umani tende ad essere declinata nel linguaggio dei diritti? La proliferazione dei diritti restringe lo spazio democratico? Il pluralismo etico ed il multiculturalismo trasformano il discorso dei diritti in una babele? Ebbene, ridurre il numero dei diritti umani sembra essere un passo necessario per affrontare in modo convincente tali questioni. La versione più celebre del minimalismo dei diritti è quella proposta da Michael Ignatieff, che tuttavia, nella sua formulazione estrema, non può essere condivisa.

L’esperienza recente del Covid-19 ci ha infatti insegnato che i diritti possono essere tutelati efficacemente ed efficientemente non tanto riducendone il numero – come sostiene Ignatieff – bensì razionalizzando la loro tutela, con una rivisitazione della teoria della “*nuda vita*” di Agamben<sup>99</sup>. In particolare, ci piace sostenere l’ipotesi per cui non soltanto i diritti umani, per essere efficacemente tutelati, debbano essere razionalizzati e dunque ricondotti alla sfera della essenzialità dei bisogni, ma soprattutto che essi non possono trasformarsi, ad ogni costo, in una sorta di “obbligo al diritto” come, ad esempio, “il diritto alla salute”, quale supremo istinto di sopravvivenza, non può tradursi in un “obbligo alla salute”, per l’adempimento del quale possono essere sacrificati altri diritti o altri valori.

È fin troppo noto che lo Stato sociale, con il paradigma dei suoi diritti al

<sup>98</sup> Ordinanza resa dal Tribunale di Roma il 16 dicembre 2020, RG 45986/20.

<sup>99</sup> G. AGAMBEN, *Il potere sovrano e la nuda vita. Homo sacer*, Torino, 1995.

lavoro, all'uguaglianza, alla salute, nasce con lo scopo di neutralizzare il concetto di Stato socialista: è sufficiente, sul punto, rileggere il saggio di M.S. Giannini, dall'eloquente titolo "*Stato sociale: una nozione inutile*"<sup>100</sup> per rendersene conto. Con il tramonto, nella realtà continentale, dello Stato socialista è venuta meno la forza ideologica dello strumento alternativo, lo Stato sociale, di cui non a caso oggi molti parlano come di un modello in crisi: la cessione di gran parte della sovranità statale all'Unione Europea, con la conseguente riduzione dell'indebitamento dello Stato ed il contenimento della spesa pubblica finiscono con l'incidere pesantemente sugli istituti del *Welfare*, sebbene la "Carta dei diritti dell'Unione europea, pur nella scarna formulazione, ribadisce il principio di solidarietà, afferma e protegge i diritti sociali"<sup>101</sup>.

In altri termini, negli ultimi anni abbiamo assistito a politiche nazionali di privatizzazione di diversi settori in cui l'intervento pubblico, previsto a garanzia dei cittadini (art. 3, comma 2, Cost.) ha ceduto il passo alla presenza dei privati anche in settori quale quello della sanità. Se a ciò si accompagna l'abbandono delle politiche keynesiane<sup>102</sup> tipiche dei governi di centro-sinistra dei primi decenni dal dopoguerra e le politiche di austerità imposte proprio dall'Unione, effettivamente lo Stato sociale è in crisi; i diritti sociali, tra cui quello alla salute, sacrificati per la tutela di libertà quali quella dell'iniziativa economica.

Lo scoppio della pandemia ha messo a nudo tutte le contraddizioni dello smantellamento dello Stato sociale: la privatizzazione della sanità può (forse) assicurare standard elevati in una gestione ordinaria ma quando vi è in gioco la salvaguardia della salute pubblica intesa come interesse collettivo l'intervento dello Stato, che bilanciando opposti diritti ritiene prevalente quello della tutela della salute rispetto ai diritti di libertà, movimento ed iniziativa economica, risulta indispensabile, ineludibile; purché, e ritorniamo al punto di partenza, il diritto alla salute resti un "diritto" e non si trasformi in un "obbligo".

In conclusione, dunque, possiamo rilevare che la pandemia in corso, nella sua drammaticità ed atrocità, tuttavia sta rappresentando, per il mondo occidentale, un punto di svolta nel processo di affermazione piena dei diritti socia-

<sup>100</sup> In *Il Politico*, 1977, 205 ss.

<sup>101</sup> L. VENTURA, *op. cit.*, 113.

<sup>102</sup> Non pochi economisti suggeriscono, per superare la crisi dello Stato sociale, il ritorno a politiche neokeynesiane di forte intervento pubblico nell'economia. Tra questi P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso!*, Milano, 2012, 109 ss.

li, prevalenti rispetto ai diritti civili e politici: se da un lato, infatti, si riconosce che i provvedimenti fin qui adottati possano avere compreso anche fortemente talune libertà individuali; se si riconosce, altresì, che la mancata attivazione della procedura di cui all'articolo 15 della Convenzione EDU può esporre il nostro Paese anche ad un illecito internazionale nonché esporre i provvedimenti stessi ad un sindacato di costituzionalità per violazione dell'articolo 117 Cost, tuttavia non possiamo sottacere che, nella sostanza ed al netto dei predetti vizi, lo Stato sociale ne sta uscendo rafforzato. Con la speranza, tuttavia, che questi provvedimenti emergenziali abbiano una durata la più breve possibile, onde evitare che, paradossalmente, si passi poi dalla piena affermazione dello Stato "sociale" alla triste affermazione dello Stato "asociale". Ma questo è già un altro tema, ricco e foriero di ulteriori spunti riflessivi, su cui ci riserviamo un futuro approfondimento.

*Abstract*

L'età dei diritti rappresenta uno dei punti più alti dell'evoluzione della civiltà giuridica occidentale: dopo l'affermazione dello Stato liberale di diritto con le libertà negative e la successiva affermazione dello Stato sociale con i diritti in positivo (diritti sociali), soprattutto l'istituzione dell'Onu ha determinato la cd. internazionalizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo, con una progressiva erosione della sovranità statale in questa materia, ad opera di molte convenzioni internazionali a carattere universale e regionale, tra cui la CEDU. Ad oggi, la convivenza tra le libertà in negativo (tra cui la libertà personale, la libertà di riunione, la libertà di movimento) e i cd diritti sociali (diritto all'istruzione, diritto al lavoro, diritto alla salute) si è retta su un faticoso bilanciamento ed equilibrio degli stessi, ad opera sia delle corti internazionali che, soprattutto in Italia, per l'intervento costante e mirato della Corte Costituzionale. L'improvvisa diffusione mondiale della pandemia Covid-19 ha determinato, in Occidente, una rottura di questo fragile equilibrio, con molti governi nazionali, tra cui quello italiano, che hanno limitato e limitano ancora le libertà personali (in Italia soprattutto la libera circolazione garantita dall'articolo 16 Cost.) per la salvaguardia di un diritto ritenuto irrinunciabile e prevalente: la salute pubblica. La pandemia che oggi vede l'umanità afflitta da costrizioni, imposizioni, limitazioni può, tuttavia, rappresentare un punto di svolta positivo per l'Occidente: risolvere definitivamente il contrasto libertà/diritti sociali, che è poi il riflesso del contrasto individualismo/collettivismo, o se si vuole liberismo/socialismo, e realizzare dunque un equilibrio stabile e duraturo in cui i diritti sociali assumano il rango di parametro di valutazione delle libertà.

The age of rights represents one of the highest points in the evolution of Western legal civilization: after the affirmation of the liberal state of law with negative freedoms and the subsequent affirmation of Welfare state with positive rights (social rights), especially the institution of the UN has determined the so called internationalization of fundamental human rights, with a progressive erosion of sovereignty by the State in this matter, by many international conventions of character universal and regional, including the ECHR. To date, the coexistence of negative freedoms (including the personal freedom, freedom of assembly, freedom of movement) and the so-called social rights (right to education, right to work, right to health) was based on a strenuous balance of the same, by both the international courts and, espe-

cially in Italy, for their constant intervention and targeted by the Constitutional Court. The sudden worldwide spread of the Covid-19 pandemic determined, in the West, a rupture of this fragile balance, with many national governments, including the Italian one, which have limited and still limit personal freedoms (in Italy especially free circulation guaranteed by article 16 of the Constitution) for the safeguarding of a right considered inalienable and prevalent: public health. The pandemic that today sees humanity afflicted by constraints, impositions, limitations may, however, represent a positive turning point for the West: resolving definitively the contrast between freedom and social rights, which is then the reflection of the contrast individualism/collectivism, or if you want liberalism/socialism, and thus achieve a balance stable and lasting in which social rights take on the rank of parameter of evaluation of freedoms.