

Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata. Introduzione

di Paolo Passaglia

La tematica che sarà oggetto di questa sessione del *webinar* ha dato luogo, come era normale che accadesse, a numerosissimi interventi da parte della dottrina, sia in Italia¹ che all'estero².

Si pone quindi l'esigenza primaria e liminare di dar conto del motivo per cui si è ritenuto di aggiungere altri contributi e un'ulteriore occasione di dibattito. Non è solo una questione di pluralismo; almeno, si auspica che non sia solo questo.

La ragione principale di questo incontro è infatti quella di provare a trovare un filo rosso che colleghi diversi punti di vista dai quali i diritti sono stati presi in considerazione. In quest'ottica, si ritiene che la visione comparatistica che caratterizza questa sessione possa proporre (la connessione tra) due principali prospettive di analisi.

La prima è quella che potremmo definire «geografica». È la prospettiva più scontata, giacché consustanziale al lavoro del/la comparatista, cui si chiede di indagare e di provare a capire quali sono state le differenze, quanto sono stati lontani gli approcci adottati per la protezione dei diritti nelle varie aree del pianeta e quali sono stati gli approdi cui si è addivenuti.

La seconda prospettiva è quella per così dire «definitoria», nel senso che è diretta a prospettare un abbozzo di definizione della *policy* di tutela dei diritti. Come è chiaro, questa prospettiva è molto più complessa della prima. Nella

¹ Stante la mole davvero ingente e la qualità molto elevata di molti dei contributi, risulta sostanzialmente impossibile fare scelte che non si rivelino arbitrarie ai fini di una citazione. Mi limiterò, allora, a citare, da un lato, il portale *Comparative Covid Law* (www.comparativecovidlaw.it/), che, grazie all'impegno della comunità dei comparatisti italiani, raccoglie e sistematizza un numero impressionante di scritti e documenti, e, dall'altro, l'*ebook* curato da L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it – Osservatorio Covid-19*, aggiornato al 5 maggio 2020 (ma una prima versione del volume risale addirittura al 13 marzo), www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41288, che è stato, a quanto mi consta, il primo tentativo della dottrina italiana di offrire un'analisi di impronta comparatistica ad ampio raggio.

² Con le medesime premesse fatta alla nota 1 per la dottrina italiana, non andrò oltre la citazione dell'imponente simposio dal titolo *COVID 19 and States of Emergency*, coordinato da J. Grogan, per *VerfassungsBlog* e *Democracy Reporting International*, consultabile a partire dalla pagina verfassungsblog.de/introduction-list-of-country-reports/.

prospettiva «geografica», infatti, il/la comparatista fa il suo «compitino», per consegnare alla valutazione del lettore un elaborato che mira a registrare somiglianze e differenze attraverso una osservazione di quanto si è prodotto. In questa seconda prospettiva, invece, il compito diviene ben più ambizioso. Perché muove da una serie di considerazioni generali, di matrice essenzialmente teorica, per sviluppare riflessioni nelle quali l'indagine comparatistica si inserisce, non già per tracciare – come nella prospettiva «geografica» – un quadro d'insieme passibile di confronto (auspicabilmente, ma non necessariamente) critico, bensì per fornire elementi sui quali appoggiare riflessioni volte a rispondere ad alcune domande che appaiono di sempre più stringente attualità e – soprattutto – di sempre più acuta drammaticità. È in questa logica che l'inserimento di una sessione di impronta comparatistica intende fornire un contributo utile all'analisi a tutto tondo – che il *webinar* si propone – dell'impatto che la pandemia ha avuto e sta avendo sugli ordinamenti giuridici.

Le domande attorno alle quali le proposte ricostruttive possono svilupparsi sono, all'apparenza, piuttosto semplici: quali diritti sono coinvolti? Quali soggetti ne sono i titolari? Su chi ricade il compito primario di offrire tutela? In quali forme la tutela si concretizza?

La semplicità di queste domande è – lo si accennava – soltanto apparente: provare a rispondere significa, infatti, andare a ricercare la logica delle scelte di fondo che ha mosso l'operato dei governanti di fronte alla crisi pandemica.

Ora, è chiaro che, per quanta autostima si possa avere, non è neppure immaginabile che questa sessione (nonché questo *webinar*, nel suo complesso) possa(no) giungere anche solo a tracciare le righe su cui redigere risposte esaustive. L'obiettivo è, molto semplicemente, quello di favorire un dibattito. O, per meglio dire, inserire in un dibattito già molto fecondo un punto di vista ulteriore, che è quello derivante dall'analisi delle varie opzioni sul tappeto, per come si manifestano a una osservazione comparatistica diretta precipuamente a rispondere, appunto, alle domande che si sono formulate.

Quali sono i diritti coinvolti?

Un primo elemento da analizzare riguarda i tipi di diritti che sono stati oggetto di considerazione. Da un punto di vista istituzionale, l'intera vicenda della pandemia ha posto in evidenza, ovviamente, il diritto alla salute. Possiamo anzi dire che è stato il diritto alla salute (e, volendo, il diritto alla vita) a trovare una tutela privilegiata rispetto a qualunque altra situazione giuridica soggettiva: l'esigenza di proteggere la salute individuale e collettiva ha giustificato la compressione di vari altri diritti che sono pianamente annoverabili tra quelli fondamentali.

La banalità di queste considerazioni è tale che è del tutto normale che possano riferirsi a qualunque ordinamento giuridico. In effetti, la comparazione giuridica non mostra significative differenze circa l'*an* della prevalenza del diritto alla salute. Ciò posto, però, la comparazione sembra offrire spunti non trascurabili per quel che attiene al *quomodo* e al *quantum* della prevalenza della salute rispetto

alle altre esigenze costituzionalmente protette. Spunti siffatti si apprezzano sotto vari punti di vista.

Innanzitutto, determinati diritti hanno subito compressioni significativamente diverse a seconda degli ordinamenti giuridici, senza che ciò possa essere spiegato proponendo una corrispondenza tra il tasso di diffusione del virus e il grado di compressione del diritto posto in bilanciamento con il diritto alla salute³. Ad esempio, la libertà di circolazione ha conosciuto limitazioni che in taluni sistemi sono state estremamente rigorose (si pensi al caso italiano), mentre in altri sono state sicuramente più allentate: il *lockdown* non è stato uguale dappertutto, anche a prescindere dai paesi nei quali per determinazione delle autorità il *lockdown* non c'è stato, o si è avuto molto tardi o in forme piuttosto blande⁴. Il decisore politico ha adottato discipline il cui rigore si è basato, in certi casi, sull'osservazione dell'*esistente*, in altri sui *rischi* in altri ancora sui *timori*. Ne è risultata una variabilità delle risposte al Covid-19 che è stata assai più marcata delle differenze nella penetrazione del virus all'interno delle varie società: è sufficiente consultare il *Coronavirus Government Response Tracker* per cogliere appieno la diversità delle politiche che sono state poste in essere nei vari paesi⁵.

La libertà di circolazione è forse il primo dei diritti interessati dal *lockdown*, ma di certo non è l'unico: l'elenco che si potrebbe redigere è molto lungo e variegato. Anche solo menzionare qualche esempio si dimostra complicato, essendo già imbarazzante scegliere da dove partire: dalla libertà di riunione al diritto all'istruzione, dai diritti politici alla libertà di culto, e così via, l'idea che si fa strada è che una gran parte dei diritti fondamentali sia stata incisa. Il panorama comparatistico può offrire, in effetti, un quadro molto indicativo delle tendenze che si sono sviluppate al riguardo.

Ora, proprio disegnando questo quadro, un elemento merita di essere posto in particolare rilievo, e cioè la diversa composizione del «paniere delle restrizioni». Le differenze profonde in ordine alla *quantità* della limitazione di libertà si accrescono ulteriormente (e in maniera sensibile) quando si vadano ad analizzare i singoli diritti che sono entrati nel bilanciamento con il diritto alla salute.

Ci sono diritti che hanno subito limitazioni generalizzate. Ad esempio, può evocarsi un diritto la cui limitazione non ha forse prodotto molto rumore, ma che ha subito un drastico ridimensionamento in gran parte dei sistemi, giungendo in taluni casi (come, ad esempio, in Italia) a livelli assimilabili quasi

³ Cfr., ad es., T.G. Daly, *Democracy and the Global Emergency – Shared Experiences, Starkly Uneven Impacts*, in *Verfassungsblog*, 15 maggio 2020, verfassungsblog.de/democracy-and-the-global-emergency-shared-experiences-starkly-uneven-impacts.

⁴ In Europa, il riferimento forse più immediato è alla Svezia, dove il *lockdown* è stato evitato per molte settimane, prima che l'aggravamento dei dati di decessi e contagi fossero tali da condurre all'adozione di forme di restrizione ben più significative di quelle che erano state inizialmente introdotte.

⁵ Il progetto è condotto dalla Blavatnik School of Government della University of Oxford; il quadro delle politiche è stato operato attraverso l'elaborazione di un indice, il c.d. *Stringency Index*, che sintetizza l'insieme delle restrizioni cui si è fatto ricorso: cfr. la pagina www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker.

all'annichilimento: ci si vuol riferire al diritto al giudice⁶. L'amministrazione della giustizia è stata circoscritta, sovente, allo svolgimento dei procedimenti assolutamente indifferibili. Il punto è che l'indifferibilità è stata valutata in astratto e in ragione di interessi generali (non a caso, il procedimento cautelare penale non ha subito interruzioni), ma non è detto che l'indifferibilità «generale» coincida con quella dei singoli.

Nella stessa categoria può collocarsi ... il diritto alla salute. Ovviamente il richiamo qui non va alla profilassi e alla cura contro il Covid-19; ma è chiaro che le patologie che esistevano prima non sono scomparse con la pandemia. L'assorbimento delle risorse e delle energie per fronteggiarla ha però imposto, inevitabilmente, un indebolimento delle tutele approntate nei confronti delle patologie «classiche», per così dire. E se per le patologie più gravi il mantenimento delle prestazioni è stato, presumibilmente, assicurato, ciò non significa che il diritto alla salute sia stato garantito in forme anche solo lontanamente paragonabili alle situazioni ordinarie. È scontato che sia così, certo, ma è anche normale, anzi doveroso registrarlo.

Ci sono diritti che non sono stati invariabilmente colpiti. È vero che, come si è visto, gran parte dei diritti fondamentali ha subito una qualche compressione, ma è parimenti vero che in alcuni sistemi la crisi pandemica ha portato alla limitazione di diritti che, altrove, non hanno subito limitazioni significative. Anche al riguardo, gli esempi che potrebbero prospettarsi sono molti. Ci si può limitare a suggerirne uno, a titolo puramente evocativo. La libertà di espressione ha avuto parabole molto diverse, andando da un mantenimento dei livelli consueti fino a una compressione molto rilevante, specie in quegli ordinamenti la cui tenuta democratica è stata (ed è) posta in discussione: il caso ungherese è forse quello più emblematico⁷, ma non è certo il solo⁸.

Ci sono, infine, diritti il cui inquadramento è reso complicato dalla diversità degli esiti cui si addivenga a seconda del punto di vista adottato per valutare il bilanciamento operato. Il riferimento va, essenzialmente, ai diritti della sfera

⁶ In proposito, v. lo studio condotto dal *Global Access to Justice Project*, dal titolo *Impacts of COVID-19 on Justice Systems*, consultabile *on line* alla pagina globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/.

⁷ Sulla torsione assunta dal sistema ungherese in occasione dell'emergenza sanitaria, con precipuo riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, v. P. De Sena, *Contrasto al Covid-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, in *SidiBlog*, 7 aprile 2020, www.sidiblog.org/2020/04/07/contrasto-al-covid-19-eo-demolizione-dello-stato-di-diritto-le-misure-ungheresi-e-la-convenzione-europea/; v., altresì, G. Halmai – K.L. Scheppele, *Don't Be Fooled by Autocrats!: Why Hungary's Emergency Violates Rule of Law*, in *VerfassungsBlog*, 22 aprile 2020, verfassungsblog.de/dont-be-fooled-by-autocrats/.

⁸ Si potrebbe, al riguardo, evocare – ancora a titolo puramente esemplificativo, il caso polacco, sul quale v., *ex plurimis*,

J. Jaraczewski, *An Emergency By Any Other Name? Measures Against the COVID-19 Pandemic in Poland*, in *VerfassungsBlog*, 24 aprile 2020, verfassungsblog.de/an-emergency-by-any-other-name-measures-against-the-covid-19-pandemic-in-poland/.

economica, e dunque *in primis* alla libertà d'impresa⁹ e al diritto al lavoro¹⁰. Il loro esercizio è stato sacrificato nel bilanciamento con il diritto alla salute in forme tali da comportare un quasi completo annichilimento, almeno nella prima fase della risposta alla pandemia. La compressione della normale dinamica economica, che non è stata peraltro comune, nel *quantum*, a tutti gli ordinamenti, ha visto però un diffuso ricorso a forme di protezione da parte dei pubblici poteri, che hanno così optato per un intervento nell'economia in forme che sembravano destinate a restare confinate al passato. Il processo di recupero della «normalità» è stato intrapreso (e, allo stato, solo iniziato) prevedendo, per un verso, un robusto armamentario di obblighi di sicurezza in capo agli imprenditori e, per l'altro, un progressivo disimpegno dalla politica interventista, man mano che il tessuto economico riprenda a produrre. Questo schema, se può apparire ineccepibile sul piano teorico, cela, tuttavia, una pesante ipoteca: il bilanciamento che è stato operato ha sicuramente guardato al presente, e non c'è ragione di contestarne la validità; non è dato, tuttavia, sapere se e quanto nel bilanciamento siano stati presi in considerazione gli indici economici futuri. Altrimenti detto, se le misure adottate hanno arginato, e stanno arginando, gli effetti della pandemia, non si è in possesso di strumenti (ma forse l'unico sarebbe una palla di vetro) grazie ai quali comprendere se l'argine opposto alla pandemia sia stato *economicamente sostenibile*, non solo per l'oggi, ma anche per il domani¹¹. L'interrogativo è di non poco momento, anche perché evoca problematiche legate alla concretizzazione delle situazioni giuridiche delle generazioni future, i cui diritti sociali, ad esempio, dipenderanno (anche) da quanto si sia stati in grado, nella primavera del 2020, di salvaguardare il tessuto produttivo.

Quali soggetti ne sono titolari?

Le considerazioni appena svolte contribuiscono a dare una risposta all'interrogativo inerente ai soggetti titolari dei diritti. Una risposta parziale, evidentemente, nel senso che le politiche che sono state poste in essere si sono concentrate, comprensibilmente, sull'attualità, trascurando, in larga misura, una dimensione di più ampio raggio: si dirà che la miopia è tipica delle situazioni emergenziali e che è giusto che di fronte a un problema grave che abbia caratteri di immediatezza ci si concentri su questo; dato atto di questo, è comunque d'uopo

⁹ Un quadro della politica internazionale al riguardo è offerto da M. Fasciglione, *Pandemia, imprese e diritti umani. L'applicazione dei principi guida Onu su impresa e diritti umani al tempo del Covid-19*, in *SidiBlog*, 20 aprile 2020, www.sidiblog.org/2020/04/20/pandemia-imprese-e-diritti-umani-lapplicazione-dei-principi-guida-onu-su-impresa-e-diritti-umani-al-tempo-del-covid-19/.

¹⁰ Per un esame ad ampio spettro sull'impatto della crisi sul diritto del lavoro, v. lo *special issue* su *Covid-19 and Labour Law. A Global Review* dell'*Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, n. 1S (2020), illeg.unibo.it/issue/view/868.

¹¹ Sul tema, v. A. Ciampi (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2020; v., in particolare, S. Santangelo, *Il "patriottismo economico" e la nuova politica industriale: prospettive per il dopo Covid-19*, *ivi*, 135 ss.

registrare una attitudine congiunturale che contrasta con la tendenza di lungo periodo che, in questi ultimi decenni, ha fatto progressivamente emergere una attenzione nei confronti delle generazioni a venire, sotto il profilo economico (ad esempio, con l'abbattimento, *recte* l'erosione del debito pubblico) e sotto quello ambientale (si pensi alla tematica dello sviluppo sostenibile). Il *lockdown* è forse andato incontro alle preoccupazioni per l'ambiente¹², ma dal punto di vista economico il discorso ha coordinate assai diverse, non fosse altro perché il tono non può che essere improntato alla negatività.

Le problematiche legate ai titolari dei diritti non si esauriscono, ovviamente, in quelle relative alle future generazioni. Per l'immediato, una tematica che, sebbene forse non sempre adeguatamente posta in rilievo, è stata comunque oggetto di attenzione è quella della distinzione tra cittadini e stranieri. In molte aree del pianeta, l'emergenza sanitaria e la conseguente restrizione della libertà di circolazione ha fatto riemergere un «nazionalismo» della circolazione delle persone che appariva ampiamente *démodé*: così, con la sospensione dell'accordo di Schengen¹³ e poi, soprattutto, con la chiusura delle frontiere, solo i cittadini di un determinato Stato hanno avuto la possibilità di farvi ingresso. In aree come quella europea, da molto tempo non si avvertiva una siffatta limitazione basata sulla cittadinanza¹⁴.

Ma dove le deficienze nel sistema di tutela dei diritti fondamentali sono emerse in maniera drammatica è stato soprattutto all'interno della categoria degli stranieri, nell'ambito dei quali coloro che si sono trovati sul territorio di uno Stato privi di regolare titolo di soggiorno sono rimasti esposti a una situazione di carenza assoluta di tutele, resa drammatica (anzi, ancor più drammatica di quanto non lo sia di solito) dall'impossibilità di lavorare¹⁵. Una indigenza assoluta, dunque, che si è associata all'invisibilità per i pubblici poteri. Proprio per

¹² L'idea che, di per sé, la contrazione delle emissioni derivante dalla riduzione della produzione industriale e degli spostamenti abbia avuto effetti benefici sull'ambiente parrebbe incontestabile. Analisi approfondite tendono, tuttavia, a mostrare un quadro assai meno idilliaco di quello che intuitivamente verrebbe da tratteggiare, segnatamente avendo riguardo agli effetti a lungo termine della crisi economica. Per un inventario di problematiche da tenere in considerazione, v., ad es., R. Hamwey, *Environmental impacts of coronavirus crisis, challenges ahead*, in *United Nations Conference on Trade and Development. Blog*, 20 aprile 2020, unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2333.

¹³ Anche al di là della sospensione formalizzata, le misure adottate a livello nazionale si sono rivelate di problematica compatibilità con l'accordo di Schengen: cfr. S. Barbou des Places, *Covid-19: le renforcement des contrôles aux frontières Schengen*, in *Le Club des Juristes*, 12 maggio 2020, www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/covid-19-le-renforcement-des-controles-aux-frontieres-schengen/.

¹⁴ In generale, sull'impatto che l'emergenza sanitaria ha avuto sulla circolazione transnazionale europea, v. S. Barbou des Places, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne à l'épreuve du Covid-19*, in *Le Club des Juristes*, 12 maggio 2020, www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-libre-circulation-des-personnes-dans-lunion-europeenne-a-lepreuve-de-la-covid-19/.

¹⁵ Una disamina particolarmente approfondita, relativamente all'ordinamento italiano, sulla condizione degli stranieri nel contesto dell'emergenza sanitaria è condotta da P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 20 maggio 2020, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43525.

fronteggiare questo rischio di esclusione, in alcuni ordinamenti, come in Portogallo, si è prevista una (parziale) regolarizzazione «a tempo»¹⁶; nella maggioranza dei casi, tuttavia, la politica è stata assai meno aperta alle istanze umanitarie.

D'altro canto, le necessità, non di rado tragiche, degli stranieri irregolari non possono celare il fatto che l'esclusione e il disagio abbiano colpito strati della società sempre più ampi, costituiti da soggetti deboli da un punto di vista economico (disoccupati, inoccupati, lavoratori «in nero»), sanitario (lo si è accennato in precedenza), anagrafico (gli anziani, oltre a essere stati i soggetti più a rischio per il Covid-19, sono stati anche i soggetti più frequentemente e pesantemente colpiti dalla rarefazione dei rapporti sociali) o familiare (si pensi alle persone rinchiusi nelle mura domestiche con coniugi, *partners* o genitori violenti). Su queste fasce deboli e su come il sistema sia stato in grado di fronteggiare gli effetti collaterali nefasti della pandemia si è misurata l'efficienza in concreto del *Welfare State* e, più in generale, il grado di radicamento del principio solidaristico. Come dire che, se il Covid-19 ha colpito indiscriminatamente, non altrettanto hanno fatto le conseguenze del virus, che hanno agito in chiave di moltiplicatore delle diseguaglianze¹⁷: un'analisi di diritto comparato può permettere, allora, anche di meglio cogliere le risposte ordinamentali alla crisi e il loro effettivo impatto sulla preservazione del tessuto sociale.

Quali soggetti hanno offerto tutela ai diritti?

4283

Le risposte che il Covid-19 ha richiesto da parte dei vari ordinamenti, anche dal punto di vista della tutela dei diritti, possono essere inquadrare, in larga misura, in quella torsione delle forme di governo in senso favorevole al potere esecutivo che, con diverse accentuazioni, si è potuta constatare sostanzialmente dappertutto. Vuoi in ragione di una dichiarazione formale dell'esistenza di uno stato di emergenza, vuoi alla luce di una concentrazione dei poteri direttamente conseguente all'eccezionalità della situazione da affrontare, il baricentro decisionale si è spostato verso il Governo e, sovente, verso il suo vertice¹⁸. A

¹⁶ Per una prima informazione, v. C. Guerrero Picó, *La regolarizzazione temporanea degli stranieri che avevano richiesto un permesso di soggiorno o la protezione internazionale*, in *Segnalazioni sull'attualità costituzionale straniera*, n. 34 (marzo 2020), 93 ss. (www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_202003.pdf).

¹⁷ Cfr. C.M. Reale, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, in *BioLaw Journal, special issue* n. 1/2020, 269 ss.

¹⁸ Sul funzionamento dei parlamenti durante la crisi, per un'analisi di tre paesi continentali europei, v. Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, aggiornato al 6 aprile 2020, n. 180/2, www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01149312.pdf. Per un'analisi a più ampio spettro, v. I. Bar-Siman-Tov, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview*, *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper* No. 20-06, 22 marzo 2020, papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3566948_code977344.pdf?abstractid=3566948&mirid=1. V. anche, con riferimento al Parlamento italiano, ma con alcuni spunti comparatistici, F. Clementi, *La pandemia e il simulacro del Parlamento: gerarchia delle fonti e*

seconda dell'articolazione territoriale del potere, la concentrazione del potere a livello dell'esecutivo si è associata alla ricerca di una cooperazione tra centro e periferia, nell'ottica di un rafforzato schema di ciò che i canadesi definirebbero «*Executive Federalism*»¹⁹.

Indubbiamente, il modo in cui questo tipo di relazioni tra gli esecutivi ha funzionato è un tema di primaria importanza sul quale soffermarsi per cogliere l'essenza di una forma di Stato, anche al di là delle etichette – federalismo, regionalismo, etc. – che a essa si dia. Così come il modo attraverso il quale nei rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo il primo ha prevalso sul secondo nella gestione dell'emergenza disegna una variabile molto significativa della forma di governo. In questa sede, tuttavia, l'esigenza di focalizzare l'attenzione sulla tutela dei diritti non consente un'analisi che sia incentrata sulla forma di Stato o sulla forma di governo: si dovrà quindi prescindere dall'eziologia per verificare come lo spostamento verso l'Esecutivo abbia avuto riflessi sulle forme di protezione dei diritti. E, allora, la comparazione può offrire alcuni interessanti spunti diretti a valutare l'uso che i governi hanno fatto dei poteri che si sono trovati a gestire, onde individuare un bilanciamento tra le esigenze sanitarie e la tutela dei diritti: è tutt'altro che escluso, anzi è un'ipotesi da cui può ragionevolmente partirsi, che l'indagine comparatistica sia idonea a offrire un caleidoscopio di soluzioni che tra le quali si annoverano, certo, una ponderazione adeguata delle diverse istanze, ma anche uno sbilanciamento in favore di una esigenza o dell'altra o, addirittura, una strumentalizzazione di timori collettivi per il perseguimento di fini altri.

Queste considerazioni sviluppano, peraltro, solo una parte della ricerca che viene suggerita dall'interrogativo – volutamente generico – sui soggetti chiamati a dare tutela ai diritti. L'aver sottolineato, a più riprese, la centralità assunta dal potere esecutivo ha reso scontato un dato che – forse – è proprio delle situazioni emergenziali, ma che è comunque piuttosto lontano dal funzionamento fisiologico dei sistemi, specie di quelli che si ispirano al paradigma del costituzionalismo liberale²⁰. I soggetti che, istituzionalmente, sono chiamati a proteggere i diritti sono, infatti, i giudici. Certo, la politica detta una sintesi delle grandi scelte di società, ma questo, per un verso, avviene all'interno del quadro disegnato dalla costituzione (un quadro protetto, solitamente, da organi giurisdizionali) e, per l'altro, lascia – in misura sempre maggiore – spazio alla concretizzazione caso per

verticalizzazione della politica nell'epoca del Covid-19, in A Ciampi (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica*, cit., 93 ss.

¹⁹ Per «*Executive Federalism*» si intende l'insieme di quei rapporti tra esecutivi centrale e periferici, articolati essenzialmente attraverso conferenze, dai quali si sviluppa una cooperazione tra i livelli di governo. Su tale nozione, v. R.L. Watts, *Executive Federalism: A Comparative Analysis*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, Kingston, 1989.

²⁰ Un interessante studio concernente l'incidenza dell'emergenza sanitaria sul rispetto dei paradigmi della *rule of law* negli ordinamenti europei è stato pubblicato sul sito di Democracy Reporting International, con il titolo *The Rule of Law Stress Test – EU Member States' Responses to Covid-19*, 19 maggio 2020, democracy-reporting.org/dri_publications/the-rule-of-law-stress-test-eu-member-states-responses-to-covid-19/.

caso operata dall'amministrazione e, in ultima analisi, dalla giurisdizione.

Ora, questo schema, di fronte all'emergenza, non è stato invariabilmente rispettato. Una ricerca di diritto comparato dovrebbe, in effetti, aiutare a capire quanto spazio la politica abbia eroso alla giurisdizione nella garanzia dei diritti in un contesto particolare come quello della pandemia. L'obiettivo non dovrebbe certo essere quello di puntare il dito contro un'invadenza della politica: è anzi molto probabile che, alla luce della peculiarità della situazione, la sintesi della politica sia stata correttamente avvertita come indefettibile. Anche più di quanto non lo sia nell'ordinario.

Il punto è però un altro; anzi sono altri due.

Innanzitutto, il far riferimento al potere decisionale dell'Esecutivo non può essere inteso in maniera automatica come affidamento delle decisioni alla *politica*. A tutte le latitudini, ma ora più ora meno, l'autorità politica si è confrontata con i «tecnici», essenzialmente virologi e epidemiologi: un confronto che è stato talora uno scontro (si pensi a quanto avvenuto a più riprese alla Casa Bianca), ma che più di frequente si è tradotto in una collaborazione, salvo che la collaborazione non di rado ha assunto la forma della ratifica da parte dell'autorità politica delle indicazioni provenienti dai tecnici²¹. Probabilmente è stata, questa, la strada più efficace per fronteggiare l'emergenza; va però detto che l'aver messo in secondo piano altri «tecnici» (psicologi, sociologi, economisti, ad esempio) non ha aiutato nell'aver un quadro compiuto dei diversi interessi in gioco. E, comunque, quando ci si è affidati quasi integralmente ai tecnici, è ovvio che la politica ha rinunciato a esercitare almeno una parte della sua funzione costitutiva più alta, e cioè il fare la sintesi tra le diverse istanze provenienti dalla società.

Allo slittamento di potere dalla politica alla tecnica si aggiunge un secondo elemento di cui è bene tener conto. Se è vero che alla politica (anzi, alla politica e alla tecnica) spettava tracciare la rotta per fronteggiare l'emergenza, è anche vero che questo non poteva significare che la giurisdizione dovesse e potesse essere obliterata. In sostanza, una volta assunte le determinazioni generali e una volta misurate le ricadute di esse sui singoli, gli imperativi di uno stato di diritto avrebbero richiesto che chiunque potesse fare come il mugnaio di Potsdam e trovare un giudice presso cui rivolgersi per far controllare l'operato del potere. Un'analisi che si estenda su più ordinamenti, anche tutti formalmente ascrivibili alla categoria degli stati di diritto, può dimostrare che il livello di *compliance* rispetto a quanto astrattamente richiesto è stato (ed è) lungi dall'essere uniforme. In taluni ordinamenti, le giurisdizioni hanno avuto l'opportunità di intervenire a più riprese e facendo impiego di un armamentario giuridico che ha condotto a un controllo effettivo sull'operato del potere: dalla autorizzazione a svolgere funzioni religiose imposta dal *Bundesverfassungsgericht* e dal *Conseil d'État* francese²², per

²¹ V. A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoVID-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal, special issue* n. 1/2020, 119 ss.

²² Gli stringenti limiti introdotti, in molti ordinamenti, nei confronti dell'esercizio della libertà religiosa sono stati tra i più dibattuti. Per un'analisi comparatistica di ampio respiro, v. P. Consorti (editor), *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, DiReSoM, Pisa, 2020, diresom.net/2020/05/07/diresom-papers-1-ebook-law-religion-and-covid-19-emergency/.

arrivare all'invalidazione del provvedimento che imponeva il *lockdown* da parte della Corte suprema del Wisconsin²³, è chiaro che il controllo è stato penetrante; gli esempi che potrebbero farsi sono molti, ma la sensazione è che sono molti anche i «silenzi», derivanti dall'impossibilità, per vari sistemi, di citare significativi interventi giurisdizionali che abbiano riguardato le decisioni adottate nell'emergenza sanitaria. Al riguardo, il silenzio dell'ordinamento italiano è piuttosto assordante.

Quali le forme di tutela?

Per rispondere all'interrogativo in ordine alle forme di tutela dei diritti, qualche vecchio giacobino potrebbe invocare l'esistenza dei parlamenti, chiamati a esprimere la volontà generale, se non proprio per via legislativa almeno nella forma del controllo dell'operato dell'Esecutivo. Se si accontentasse della pura forma, il vecchio giacobino potrebbe forse dirsi soddisfatto: i parlamenti, generalmente, perfino in paesi come l'Ungheria, sono stati coinvolti, ora nel senso dell'attribuzione di poteri emergenziali ai governi, ora nel senso di ratificarne l'operato. Il problema emergerebbe se il vecchio giacobino volesse andare un po' più in profondità, sino a individuare il tasso di potere decisionale che sia stato spiegato dai parlamentari, quanto sia stato condizionante il loro voto, quanto incisivo il loro controllo. Sul piano sostanziale, in effetti, la sensazione diffusa – ma un'osservazione dei vari ordinamenti sarebbe, al riguardo, imprescindibile – è che i parlamenti si siano trasformati in qualcosa di prossimo a orpelli istituzionali: incapaci di prendere decisioni in tempi rapidi, privi delle competenze tecniche per pronunciarsi in modo efficace, sprovvisti della gestione diretta delle finanze pubbliche per intervenire almeno su questo versante, sovente costretti a riunioni «per rappresentanza» (cioè con pochi componenti) oppure in via telematica, i parlamenti sono stati per lunghe settimane presenze ectoplasmatiche. E il clima di emergenza nazionale, soffocando o rendendo velleitarie le manifestazioni di opposizione, ha fatto il resto: in molti ordinamenti, il popolo si è affidato al timoniere perché guidasse la nave fuori dalla tempesta, ignorando eventuali, magari sempre più flebili voci che proponevano rotte alternative o anche semplicemente qualche cambiamento. Tutto questo è avvenuto in sistemi dove la tenuta democratica era da acquisire, ma, sebbene in forme meno evidenti, la retorica dell'uomo (o della donna) che carica sulle proprie spalle l'intera collettività si è affacciata in molti ordinamenti. E la penisola al centro del Mediterraneo non ne è, probabilmente, rimasta immune.

È allora presumibile che il vecchio giacobino non potrebbe dirsi soddisfatto delle forme di tutela *politica* dei diritti, con il che non resterebbe che volgere lo sguardo al versante della tutela giurisdizionale. In proposito, può però farsi rinvio a quanto si è visto relativamente al grado molto variabile di controllo posto in essere dai giudici sulle decisioni emergenziali. Più nello specifico, è il caso di rilevare che

²³ *Wisconsin Supreme Court*, decisione *Wisconsin Legislature v. Palm*, May 13, 2020, docket No. 2020AP000765-OA, consultabile *on line* alla pagina cases.justia.com/wisconsin/supreme-court/2020-2020ap000765-0a.pdf?ts=1589407569.

L'analisi comparatistica può offrire spunti per misurare il *quantum* di questo controllo, combinandolo anche con la concretizzazione del diritto al giudice, cui si è pure fatto accenno. Ma l'analisi comparatistica può offrire interessanti elementi di riflessione anche in merito al *quomodo* dell'intervento giurisdizionale.

La drammaticità della situazione emergenziale e le sue ricadute in termini di compressione di diritti hanno messo in luce elementi di forza ed elementi di criticità dei sistemi di protezione dei diritti fondamentali. Così, sotto la lente di osservazione del giurista sono finiti principalmente i sistemi di giustizia costituzionale, per i quali la distinzione tra sistemi diffusi e sistemi accentrati (o, come mi parrebbe più corretto dire, tra sistemi a garanzia ordinaria e sistemi a garanzia speciale²⁴) ha confermato la sua validità, anche se non per stabilire quale delle due categorie sia stata la «migliore»: entrambe hanno funzionato (o non hanno funzionato, a seconda dei casi); hanno funzionato diversamente, però.

I sistemi diffusi hanno potuto far leva su procedimenti d'urgenza o su procedimenti cautelari, per assicurare una tutela che fosse tempestiva: il caso del Wisconsin è quello più emblematico, ma le decisioni dei giudici di primo e di secondo grado, nei vari ordinamenti a garanzia diffusa della costituzione, non sono state episodiche, nonostante la generalizzata riduzione dell'attività giurisdizionale.

Più interessante, comunque, è la disamina relativa ai sistemi a garanzia speciale, perché in essi si è visto come le vie d'accesso determinino il ruolo di garanzia della costituzione che il giudice *ad hoc* può effettivamente svolgere. La pandemia ha, innanzi tutto, scavato un solco profondo tra il ricorso diretto individuale e l'accesso in via incidentale: dopo la primavera 2020, non è più seriamente sostenibile che i due strumenti sono fungibili, per la semplice ragione che le corti e i tribunali cui si accede con il primo hanno avuto modo di prendere posizione su problematiche rilevanti, mentre le corti che hanno nell'incidentale la via d'accesso privilegiata per la tutela dei diritti sono rimaste ai margini, quando non sono state condannate all'irrelevanza più assoluta. Un confronto tra i casi tedesco e spagnolo, da un lato, e italiano e francese²⁵, dall'altro, può apparire

²⁴ Sia consentito rinviare, in proposito, al mio *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, n. speciale 2019, 583 ss.

²⁵ Nel caso italiano, i tempi medi di trattazione di un giudizio in via incidentale – di circa un anno – erano tali da rendere assolutamente impossibile un controllo relativamente sollecito della Corte; nel caso francese, nonostante il sistema di termini molto rigoroso, una tale evenienza era comunque tendenzialmente da escludere. Per l'attività del *Conseil constitutionnel*, le problematiche maggiori risiedevano nel fatto che le difficoltà di funzionamento della giustizia legate alla pandemia avrebbero potuto incidere sul contenzioso costituzionale, nel senso di rendere non efficace il filtro solitamente operato dalle supreme giurisdizioni, con la conseguenza di fare arrivare al *Conseil* tutte le questioni prioritarie di costituzionalità poste di fronte ai giudici di merito: onde evitare questo inconveniente, il legislatore ha adottato una legge organica con cui ha sospeso i termini previsti per trasmissione ed esame delle questioni. Tale intervento dimostra in maniera patente quanto irrilevante sia stato visto il sindacato in via incidentale ai fini della tutela dei diritti fondamentali ipoteticamente lesi in una situazione di emergenza. Per un commento sull'intervento del legislatore organico francese, v. S. Benzina, *La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité*, in *Le blog du Jus Politicum*, 3 aprile 2020, blog.juspoliticum.com/2020/04/03/la-curieuse-

addirittura impietoso. Se non fosse che anche il confronto tra Italia e Francia sarebbe impietoso, per almeno due aspetti.

Il primo è che un'altra via d'accesso importante si è dimostrato essere il ricorso in via preventiva, che ha, tra l'altro, permesso al *Conseil constitutionnel* di intervenire sulla legge che ha disciplinato la proroga dello stato di emergenza sanitaria e la predisposizione della disciplina della fase immediatamente successiva al *lockdown*²⁶; la Corte italiana, priva del ricorso diretto individuale e dunque ancora in attesa che arrivino questioni in via incidentale (che saranno decise quando forse il vaccino contro il Covid-19 sarà nelle farmacie), non ha neppure avuto la possibilità di intervenire sulle fonti primarie che sono state adottate per la gestione dell'emergenza. E comunque, l'intervento sarà limitato alle pochissime fonti primarie adottate, e quindi coprirà – inevitabilmente – solo una parte esigua dell'intero impianto normativo costruito per rispondere alla pandemia.

Il secondo – e ben più grave – aspetto è che, nell'ordinamento francese, ciò che non ha potuto fare il *Conseil constitutionnel* è stato fatto dalla procedura di *référé*, di fronte alla giurisdizione amministrativa, che ha reso il *Conseil d'État* l'organo centrale per la tutela dei diritti nella fase emergenziale, senza dimenticare l'efficacia che talune decisioni delle giurisdizioni ordinarie hanno manifestato (l'imposizione ad Amazon di adottare forme di tutela dei lavoratori è in tal senso eloquente²⁷). A fronte di questo attivismo, in Italia si è avuto qualcosa di molto prossimo al niente.

Non essendo, però, l'oggetto di questo incontro incentrato sull'ordinamento italiano, non è il caso di soffermarsi su questi aspetti. Il confronto tra Italia e Francia, del resto, era puramente funzionale a dar conto di come la comparazione possa contribuire a chiarire quanto sistemi all'apparenza molto vicini, in termini di tutela dei diritti, abbiano evidenziato, nel passaggio dalla normalità all'emergenza, «rendimenti» profondamente diversi. E questa diversità deve (dovrebbe) offrire lo spunto perché, finita l'emergenza, negli ordinamenti in cui le deficienze si sono manifestate in modo più grave, si provveda ad approntare forme di garanzia che possano valere quando una emergenza dovesse ripresentarsi. Perché, almeno, non si ripresentino quei vuoti di tutela che hanno ulteriormente appesantito una situazione già drammatica.

Paolo Passaglia
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Pisa
paolo.passaglia@unipi.it

[suspension-des-delaix-dexamen-des-questions-prioritaires-de-constitutionnalite-par-samy-benzina%E2%80%A8/](https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm).

²⁶ *Conseil constitutionnel, décision* n. 2020-800 DC, dell'11 maggio 2020, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm.

²⁷ Per una sintesi della vicenda, v. C. Torrisi, *Tribunal judiciaire de Nanterre, ordonnance* n. 20/00503, del 14 aprile 2020, *sulle limitazioni imposte all'attività della società Amazon France Logistique*, in *Segnalazioni sull'attualità costituzionale straniera*, n. 27 (aprile 2020), 93 ss. (www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_202004.pdf).