

Dipartimento  
di Scienze Politiche

Cattedra di Istituzioni di Diritto Pubblico

Il complesso bilanciamento tra libertà di  
circolazione e diritto alla salute al tempo della  
pandemia da COVID-19

Prof. Giovanni Piccirilli

---

RELATORE

Matr. 089912

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

|   |    |
|---|----|
| <i>INTRODUZIONE</i> .....   | 4  |
| <b><i>CAPITOLO 1: IL DIRITTO ALLA SALUTE</i></b> .....  | 5  |
| <b><i>1.1 ORIGINI STORICHE DEL DIRITTO ALLA SALUTE</i></b> .....                                    | 8  |
| 1.1.1 LA TUTELA DELLA SALUTE DALLO STATUTO ALBERTINO AL VENTENNIO FASCISTA .....                    | 8  |
| 1.1.2 DALLA FINE DELLA SECONDA GUERRA MONDIALE AD OGGI.....   | 8  |
| <b><i>1.2 PPROFILI INTERNAZIONALI DEL DIRITTO ALLA SALUTE</i></b> .....                             | 11 |
| 1.2.1 LA TUTELA DELLA SALUTE NEI TRATTATI INTERNAZIONALI .....                                      | 11 |
| 1.2.2 LA TUTELA DELLA SALUTE IN EUROPA .....  | 14 |
| <b><i>1.3 IL DIRITTO ALLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA</i></b> .....                          | 17 |
| 1.3.1 LE DIVERSE DEFINIZIONI DELLA SALUTE .....   | 17 |
| 1.3.2 ACCENNO DEL CARATTERE FONDAMENTALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE .....                              | 18 |
| 1.3.3 DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO ALLA LIBERTÀ E COME DIRITTO ALLE PRESTAZIONI.                | 18 |
| <b><i>1.4 I TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI</i></b> .....  | 20 |
| <b><i>1.5 LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE</i></b> .....   | 20 |
| 1.5.1 LA RIFORMA DEL TITOLO V .....   | 21 |
| 1.5.2 ALCUNE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE .....  | 23 |
| <b><i>1.6 DICOTOMIE INTERNE ED ESTERNE AL DIRITTO ALLA SALUTE</i></b> .....                         | 23 |
| 1.6.1 IL CARATTERE INDIVIDUALE E IL CARATTERE COLLETTIVO DEL DIRITTO ALLA SALUTE .....              | 23 |
| 1.6.2 RAPPORTO TRA IL DIRITTO ALLA SALUTE E GLI ALTRI DIRITTI COSTITUZIONALMENTE<br>GARANTITI ..... | 25 |
| <b><i>CAPITOLO 2: LE MISURE STRETTITIVE DURANTE L'EMERGENZA</i></b> .....                           | 26 |
| <b><i>2.1 ATTUAZIONE DELLE MISURE RESTRITTIVE</i></b> .....   | 26 |
| 2.1.1STRUMENTI NORMATIVI UTILIZZATI DURANTE L'EMERGENZA.....  | 27 |
| 2.1.2 I DECRETI LEGGE .....   | 29 |
| 2.1.3 I DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI.....                                      | 30 |
| <b><i>2.2 I DIRITTI LIMITATI DURANTE LA PANDEMIA DI COVID-19</i></b> .....                          | 32 |
| 2.2.1 DIRITTO DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE .....                  | 32 |

|   |           |
|---|-----------|
| 2.2.2 I LIMITI E LE GARANZIE PREFIGURATI IN COSTITUZIONE DEL DIRITTO DI INIZIATIVA ECONOMICA.....                                   | 34        |
| <b>2.3 LA LIBERTÀ DI RIUNIONE: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE .....</b>  | <b>35</b> |
| 2.3.1 LIMITI ALLA LIBERTÀ DI RIUNIONE .....   | 36        |
| 2.3.2 LA LIBERTÀ DI CULTO: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE .....  | 37        |
| 2.3.4 LIMITI ALLA LIBERTÀ DI CULTO.....   | 37        |
| 2.3.5 LA LIBERTÀ PERSONALE: CARATTERISTICHE, PREROGATIVE E LIMITI .....   | 38        |
| 2.3.6 LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE.....  | 40        |
| 2.3.7 LIMITI E LA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO.....   | 42        |
| 2.3.8 LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E LE SUE LIMITAZIONI NELL'UNIONE EUROPEA .....   | 43        |
| <b>CAPITOLO 3 : IL DIBATTITO TRA I COSTITUZIONALISTI.....</b>   | <b>45</b> |
| <b>3.1 LA DELIMITAZIONE TRA LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E LA LIBERTÀ PERSONALE.....</b>  | <b>45</b> |
| 3.1.1 LE CRITICITÀ RISCONTRATE NELL'ADOZIONE DELLE MISURE LIMITATIVE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE PER CONTRASTARE LA PANDEMIA..... | 48        |
| 3.1.2 SUPERAMENTO DELLE CRITICITÀ.....  | 51        |
| <b>3.2 LA LIMITAZIONE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DA PARTE DELLE REGIONI.....</b>   | <b>53</b> |
| <b>3.3 IL RUOLO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DURANTE LA PANDEMIA .....</b>                        | <b>55</b> |
| <b>CONCLUSIONI.....</b>   | <b>57</b> |
| <b>ABSTRACT .....</b>   | <b>59</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>   | <b>63</b> |
| <b>RINGRAZIAMENTI .....</b>   | <b>65</b> |

## INTRODUZIONE

Questa tesi di laurea nasce dalla volontà di esaminare il complesso bilanciamento tra libertà di circolazione e diritto alla salute al tempo della pandemia di COVID-19.

Sfortunatamente, il mondo intero da più di un anno è costretto a fronteggiare un'emergenza sanitaria a causa della diffusione del COVID-19. Tale virus è risultato particolarmente pericoloso avendo come principale fonte di trasmissione il contatto sociale. La prevenzione dell'infezione dal virus ha, per cui, comportato l'attuazione di misure restrittive di libertà individuali e cambiamenti radicali nella vita di tutti.

La situazione emergenziale non è ancora diventata un lontano ricordo, infatti i governi di tutto il mondo, sono attualmente occupati ad assicurare all'intera popolazione la tutela del diritto alla salute, facendo attenzione però a conciliare la tutela di tale diritto con il rispetto delle libertà civili e sociali.

La ricerca che si intende compiere si soffermerà sulla distinzione tra libertà personale e libertà di circolazione e sul complesso bilanciamento tra quest'ultima e il diritto alla salute nel contesto eccezionale rappresentato dalla pandemia da CoViD-19. Lo scopo dell'indagine che si vuole condurre è quello di verificare se, data l'emergenza attualmente in atto, le limitazioni alla libertà questione siano state operate nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, avendo riguardo, oltre che alla dottrina, alla copiosa giurisprudenza amministrativa formatasi in materia.

Nel primo capitolo verranno analizzati i caratteri e le prerogative del diritto alla salute, ricordando la sua inalienabilità e le garanzie poste a tutela di esso a livello nazionale e a livello internazionale, soffermandosi in particolar modo sulla dimensione europea del diritto alla salute.

Inoltre, si esaminerà attentamente la collocazione del diritto alla salute nella Costituzione Italiana che nel 1948 viene declinato sia quale diritto individuale che come interesse della collettività.

Durante la pandemia la doppia proiezione del diritto in parola si è resa particolarmente evidente. Infatti, si è reso necessario, come preannunciato, il ricorso a provvedimenti limitativi di molteplici libertà in particolare della libertà di circolazione, in ragione della protezione della salute non solo dei singoli individui ma, anche, dell'intera popolazione.

Nel secondo capitolo si esamineranno gli strumenti contingenti e urgenti utilizzati dal governo per l'adozione di misure restrittive al fine di limitare al massimo la diffusione del virus.

Facendo riferimento nello specifico ai decreti-legge e ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, soffermandosi sulla collocazione, tutt'altro che pacifica, di quest'ultimo

nel sistema delle fonti e la cui natura amministrativa mal si concilia con le riserve di legge che presidiano i diritti di libertà. Inoltre, si analizzeranno i diritti oggetto delle misure limitative cercando di comprenderne la legittimità, tra cui la libertà di culto, la libertà di iniziativa economica privata, la libertà di riunione e soprattutto per quel che più interessa per condurre questo elaborato, la libertà di circolazione e soggiorno. Quest'ultima sarà analizzata nel dettaglio anche nella dimensione europea, ricordando che risulta essere uno dei pilastri portanti dell'Unione Europea.

Nel terzo capitolo verrà delineato il confine tra libertà personale e libertà di circolazione attraverso l'analisi del dibattito in dottrina riguardo la configurazione del diritto alla libertà di circolazione. Dimostrando l'avvenuta legittimità delle misure adottate per la compressione della libertà di circolazione in tutela della salute quale bene collettivo.

## **CAPITOLO 1: IL DIRITTO ALLA SALUTE**

Il 21 febbraio 2020, in Italia è stato registrato il primo decesso causato dalla malattia derivante dal nuovo coronavirus, di cui il nome scientifico è SARS-CoV-2, conosciuto anche come COVID-19.

È una malattia infettiva appartenente alla famiglia dei coronavirus, la trasmissione di tale virus avviene principalmente tramite la via aerea, per cui è risultato particolarmente difficoltoso evitare la sua diffusione.

Giuseppe Conte, allora Presidente del Consiglio dei Ministri, ha fatto immediato ricorso alla decretazione d'urgenza, nonché a numerosi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e a Decreti Ministeriali per far fronte all'eccezionalità dell'emergenza e alla necessità di intervenire in modo tempestivo.

Come era prevedibile, la crisi sanitaria oltre ad aver praticamente annientato gli equilibri sociali, ha avuto ripercussioni economiche incredibilmente severe in tutto il mondo e in particolare nei paesi dove l'economia è estremamente fragile, come in Italia. Tale dato è stato registrato nel rapporto annuale ISTAT 2020<sup>1</sup>, che è stato un'anticipazione delle previsioni della Commissione Europea, la quale successivamente ha dichiarato che l'Italia è stata uno dei Paesi europei più colpiti dalle conseguenze economiche del virus.

Infatti, per il primo semestre di quest'anno la stessa Commissione aveva previsto una decrescita di 11,2 % del PIL, mentre i dati dell'ISTAT relativi al primo semestre del 2020,

---

<sup>1</sup> Rapporto annuale, Istituto Nazionale di Statistica, venerdì 3 luglio 2020, Roma presso Palazzo Montecitorio.

periodo focale della crisi, hanno registrato una contrazione del PIL del 5,3% sull'anno precedente, in cui la situazione era già stagnante.

Globalmente, si può parlare di recessione ad un livello senza precedenti storici, molto più ampio di quando accadde in seguito alla crisi dei mutui subprime<sup>2</sup> del 2008.

Gli scenari globali restano incerti ovunque, con una decelerazione dell'inflazione globale, che riduce i margini, ed è alimentata anche dalla caduta del prezzo del petrolio negli ultimi mesi.

Da oltre un anno la pandemia COVID-19 in Europa e non solo si è imposta su tutti e su tutto con effetti e ripercussioni in ogni settore quello socioeconomico come quello sanitario sulla salute ma anche sul benessere mentale e relazionale di ognuno di noi. Da subito è apparsa dirimente la questione di come conciliare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività e i diritti economici e i diritti sociali costituzionalmente garantiti quali la libertà di iniziativa economica privata e di circolazione, il diritto di riunione e di professare liberamente la propria fede.

Questa è la domanda sulla quale, durante questo periodo emergenziale, la dottrina, la giurisprudenza e la politica si stanno interrogando. Per provare a dare una risposta a tale quesito non si può non muovere dalla tecnica del bilanciamento come tecnica principale e dominante nell'interpretazione costituzionale nata e diffusa nella giurisprudenza Nord Americana, successivamente approdata negli ordinamenti europei continentali e all'inizio degli anni 70 nella cultura giuridica italiana. È proprio nella successiva evoluzione nella cultura giuridica italiana che la tecnica del bilanciamento prende la forma attuale: da strumento di limite per i diritti espressamente statuiti nella Costituzione in possibilità di espansione per altri diritti sempre costituzionalmente sanciti. È dopo il richiamo ad un recente intervento lo scorso 28 aprile 2020 in occasione della presentazione della Relazione annuale sull'attività della Corte del 2019 dell'ex presidente della Corte Costituzionale ed oggi Ministro della Giustizia nel governo Draghi, riguardante i diritti fondamentali e il bilanciamento tra essi in una situazione emergenziale.

---

<sup>2</sup> La crisi dei subprime è una crisi finanziaria scoppiata alla fine del 2006 negli Stati Uniti che ha avuto gravi conseguenze sull'economia mondiale, in particolar modo nei paesi sviluppati del mondo occidentale, innescando la grande recessione (da molti considerata la peggior crisi economica dai tempi della grande depressione ) Prende il nome dai cosiddetti subprime, prestiti ad alto rischio finanziario da parte degli istituti di credito in favore di clienti a forte rischio debitorio (insolvenza), considerati da molti analisti come fenomeni di eccessiva speculazione finanziaria.

*“... La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all’eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi, o di straordinaria necessità e urgenza. La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi...che sono stati affrontati senza mai sospendere l’ordine costituzionale...”<sup>3</sup>.*

È di tutta evidenza che non si tratti dell’espressione di censure o riserve sulla legittimità delle misure fin qui adottate per contrastare la pandemia. La Prof.ssa Cartabia prospetta una tecnica di interpretazione costituzionale. La situazione emergenziale se da un canto non può non avere un peso specifico nelle operazioni di bilanciamento, dall’altro non deve inibirlo, facendo convergere e prevalere nella composizione proporzionata tra diritti e interessi della collettività uno solo di essi.

Giova altresì richiamare quanto affermato da Giuseppe Conte lo scorso 30 aprile 2020 intervenendo alla Camera dei deputati.

*«Il diritto costituzionale... è equilibrio: equilibrio nel rapporto tra poteri, equilibrio nel bilanciamento dei diritti e delle garanzie. Quando – come in questa stagione di emergenza – sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute...costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto».<sup>4</sup>*

È evidente la vicinanza e in qualche modo la risonanza delle parole espresse in precedenza da Marta Cartabia nelle affermazioni di Giuseppe Conte. Vi è una complicata ricerca di equilibrio resa particolarmente difficoltosa dalla sussistenza di una situazione

---

<sup>3</sup> A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell’emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, “Diritti comparati.” 1/05/2020; “...ma ravvisando al suo interno gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, ponderando la tutela di ciascuno di essi con i relativi limiti...”<sup>3</sup>.

<sup>4</sup> A. Buratti, cit. “...beni che oltre a vantare il carattere fondamentale... le scelte per quanto “tragiche”, come direbbe Guido Calabresi, diventano addirittura obbligate”.

emergenziale, che porta in vetta agli obiettivi la tutela dei diritti alla vita e alla salute.

## **1.1 ORIGINI STORICHE DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

### **1.1.1 LA TUTELA DELLA SALUTE DALLO STATUTO ALBERTINO AL VENTENNIO FASCISTA**

Il 4 marzo del 1848 è stato promulgato Lo Statuto del Regno da Carlo Alberto di Savoia. Nel 1861, con la fondazione del Regno di Italia, divenne la carta fondamentale dell'Italia unita e rimane così per i successivi cento anni.

Facendo riferimento al periodo in cui rimase in vigore il suddetto Statuto, la dimensione della salute si riduceva sostanzialmente in termini di vigilanza igienica e sicurezza pubblica, non a caso infatti non vi era cenno di essa all'interno della costituzione liberale. La regolamentazione e la tutela della salute erano affidate esclusivamente alla legge.

Durante il periodo prefascista, furono due le leggi che regolarono la tutela della salute: la l. n. 5849/1888, legge sulla tutela dell'igiene e della sanità pubblica, emanata durante il periodo Crispino, anche nota come "Codice sanitario", la quale prevedeva per la prima volta un'organizzazione sanitaria di tipo piramidale, garantiva l'assistenza medica, farmaceutica ed ostetrica e la profilassi dalle malattie sociali. Inoltre, la stessa legge riuscì a istituire le basi del futuro sistema sanitario pubblico.

La seconda legge da ricordare è la n. 6972/1890 che declinava l'assistenza sanitaria, affidandola sostanzialmente ad attività spontanee delle opere pie e degli istituti religiosi di assistenza, fu particolarmente importante poiché trasformò gli istituti ed enti privati in istituzioni pubbliche.

Successivamente, durante il periodo fascista, è stato emanato il r.d n.1265 del 1934<sup>5</sup> attraverso il quale viene approvato il testo unico delle leggi sanitarie, il quale non apporterà modifiche rilevanti, e affida l'assistenza sanitaria prevalentemente ad enti privati controllati dallo Stato.

### **1.1.2 DALLA FINE DELLA SECONDA GUERRA MONDIALE AD OGGI**

Alla fine del periodo fascista, l'Italia fu colpita da una grave crisi socioeconomica, il paese era distrutto dal ventennio dittatoriale e dalla logorante guerra.

---

<sup>5</sup> Regio decreto n.1265, 27/luglio/1934 n.1265.

Si avvertiva la necessità di profondi cambiamenti, nel 1946 infatti ebbe luogo il referendum che diede vita alla Repubblica Italiana e furono eletti i rappresentanti del popolo per redigere una nuova Costituzione.

Durante i lavori della Costituente, nel 1947 assume particolare rilievo il dibattito riguardante il diritto alla salute poiché la questione con il passare degli anni diveniva sempre più delicata. Una delle ragioni è sicuramente che da questo momento viene riconosciuto il nesso inscindibile che lega la salute ad una piena ed integrale realizzazione sia della libertà che dell'eguaglianza degli individui. Si evince da quest'ultima affermazione la fundamentalità che assume il tema della salute essendo intrinsecamente connesso alle libertà e all'eguaglianza che furono i principi cardine che ispirarono i costituenti durante la stesura della Costituzione.

Nel contesto dei lavori dell'assemblea costituente fu la relazione definitiva della V Sottocommissione "Organizzazione sanitaria" del Ministero della Costituente ad assegnare un'idonea tutela alla salute dei cittadini nella redigenda Carta Fondamentale.

Più nel dettaglio, dalla Relazione rilucevano chiari i seguenti aspetti; in primo luogo, la salute veniva intesa come un diritto fondamentale per ogni essere umano che lo Stato aveva il compito di garantire in modo efficace ed eguale la protezione dalle malattie e attraverso un appropriata organizzazione sanitaria nazionale; in secondo luogo era necessario che fossero rispettati i limiti della dignità umana e della personalità per eseguire trattamenti sanitari coercitivi; in terzo luogo era necessario dare concreta attuazione a politiche sanitarie orientate prevalentemente alla prevenzione.

La reale innovazione presente nella suddetta relazione è la tanto ampia protezione della salute rispetto al passato, non si riteneva più che si dovesse tutelare la salute nel momento in cui venisse a mancare ma nella quotidianità, in quanto bene assoluto e necessario.

Inizialmente, avrebbe dovuto essere l'art. 26 a riferirsi alla tutela della salute, era contemplato, sin dalla sua primigenia formulazione, nella Parte I, Titolo II della Carta, Diritti e doveri dei cittadini nel novero dunque dei diritti sociali.

Mancava però un chiaro riferimento alla salute come diritto fondamentale, nonostante non vi fosse tale qualificazione, frutto di un emendamento successivo<sup>6</sup>, era indiscutibile l'inclusione della salute nei diritti sociali. La dicitura che si trovava nell'art. 26: "La Repubblica tutela la salute", sottolineava chiaramente il compito che lo Stato assumeva nei confronti del

---

<sup>6</sup> Per l'emendamento relativo alla qualificazione come fondamentale del diritto alla salute si veda Intervento dell'On. Caronia, riunione del 4 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1970, 1215.

bene salute; ciò nondimeno, il principio de quo spiegava un'efficacia solo verticale, postulando un'interazione tra il cittadino - il quale doveva essere preservato da eventuali circostanze idonee a metterne a repentaglio l'integrità fisica e psichica - e l'amministrazione statale, in capo alla quale gravava l'obbligo di mettere a disposizione i mezzi giuridici e materiali onde rendere concreto il suo "interesse".

L'originaria formulazione dell'art. 26 risultò immediatamente riduttiva agli occhi degli stessi costituenti, in quanto la salute assumeva un carattere limitato che causava un'elusione del suo profilo di fondamentale. Gli emendamenti successivi della Costituente consentirono di approdare alla formulazione attuale e quindi all'inquadramento sistematico del nuovo art. 32 Cost. nel Titolo II della parte prima della Costituzione sotto la rubrica "Rapporti etico-sociali".

La formulazione del nuovo articolo 32 fu particolarmente laboriosa a causa dei diversi contrasti<sup>7</sup> sorti durante la stesura. Si arrivò in ogni caso all'affermazione della salute quale diritto fondamentale in modo tale da "rafforzare ed elevare la garanzia data ad essa dalla costituzione<sup>8</sup>"

*Ab origine*, il diritto alla salute, avrebbe dovuto collocarsi nel Titolo Secondo Parte Prima<sup>9</sup> della Carta Costituente. Tale allocazione causò una prima dicotomia, cioè essere un diritto sociale ma allo stesso tempo anche un diritto fondamentale e inviolabile, per cui venne sottovalutata la portata del diritto alla salute.

---

<sup>7</sup> Merita al riguardo rammentare la seduta del 24 aprile 1947 nel corso della quale l'On. Sullo si esprimeva financo a favore della soppressione dell'intero articolo dedicato alla salute perché giudicato superfluo; afferma infatti: "la proposta di soppressione (dell'art. 26) è costituita dal desiderio di venire in concreto incontro a quelle critiche che sono state fatte più volte in quest'aula da molti oratori circa la superfluità di taluni articoli o di talune affermazioni che non debbono trovare posto in una Carta costituzionale. (...). Noi abbiamo interesse che la Carta costituzionale sia formata di articoli che veramente dicano qualche cosa e non che rappresentino dei riempitivi, in Atti A.C. cit., *Contra* intervento On. Meringhi nella stessa seduta per il quale "la pubblica salute deve essere veramente la suprema legge della repubblica; suprema legge per la tutela di quel patrimonio fondamentale della Repubblica che è la salute dei cittadini", *ivi*, 1219.

<sup>8</sup> Luciani., *Salute* (ad vocem), in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 4. 12.

<sup>9</sup> Dedicata ai rapporti sociali.

Inoltre, si accesero dibattiti tra le forze politiche che componevano l'assemblea costituente, su temi riguardanti la dimensione morale della pratica sanitarie. Oggetto dei dibattiti erano l'aborto terapeutico e il rapporto tra medico e paziente, che vedevano la convinta opposizione alla loro approvazione delle forze politiche moderate e cattoliche, essendo portatrici dell'inscindibilità della deontologia clinica dalla prospettiva etica dell'agire umano.

Un altro dibattito certamente da citare, riguarda il secondo comma dell'art. 32 che viene considerato come uno dei punti deboli del compromesso che diede vita alla Repubblica, cioè sulla prospettiva etica delle pratiche sanitarie. Tale dibattito si potrebbe addirittura considerare ancora oggi irrisolto e risultò ai tempi, il tassello mancante di una vera e propria politica laica dello stato.

La relazione definitiva della V commissione si conclude con l'auspicio dell'attuazione di politiche sanitarie tendenti alla prevenzione. Come preannunciato, la tutela della salute assume una dimensione innovativa, il bene salute non è più da tutelare soltanto nel momento in cui viene a mancare ma anche nei casi in cui per qualunque motivo fosse minacciato o minato, deve essere tutelato nella vita quotidiana di ogni individuo.

## **1.2 PROFILI INTERNAZIONALI DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

### **1.2.1 LA TUTELA DELLA SALUTE NEI TRATTATI INTERNAZIONALI**

Risulta necessario stilare una panoramica generale sul piano internazionale. Si trova un primo riferimento al diritto alla salute nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo<sup>10</sup>, siglata, in ambito ONU, nel 1948. In tale testo, che per la prima volta nella storia sancisce i diritti che spettano ad ogni essere umano in quanto tale, a prescindere da ogni differenza di nazionalità, razza, lingua, cultura, religione e sesso, si trova l'art. 25 che al primo comma recita così: "Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia... ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia,

---

<sup>10</sup> Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Dopo questa solenne deliberazione, l'Assemblea delle Nazioni Unite diede istruzioni al Segretario Generale di provvedere a diffondere ampiamente questa Dichiarazione e, a tal fine, di pubblicarne e distribuirne il testo non soltanto nelle cinque lingue ufficiali dell'Organizzazione internazionale, ma anche in quante altre lingue fosse possibile usando ogni mezzo a sua disposizione. Il testo ufficiale della Dichiarazione è disponibile nelle lingue ufficiali delle Nazioni Unite, cioè cinese, francese, inglese, russo e spagnolo.

invalidità, vedovanza, vecchiaia...”.

Sempre in ambito ONU, nel 1966 è stato sottoscritto il Patto sui diritti economici<sup>11</sup>, sociali e culturali, all'interno del quale si fa riferimento al diritto alla salute, l'art. 12 recita infatti: “Gli Stati parte del presente Patto riconoscono il diritto di ogni persona a godere del migliore stato di salute fisica e mentale che sia capace di raggiungere”. Si ha dunque un'ulteriore tutela per i cittadini facenti parte degli stati firmatari del proprio benessere fisico e mentale.

Passando ai riferimenti a livello Europeo, si ricordi la disposizione dell'articolo 11 della Carta Sociale Europea del 1961<sup>12</sup>, in cui si stabilisce che: “ogni individuo ha il diritto di beneficiare di tutti i mezzi che gli permettano di godere del migliore stato di salute che possa raggiungere”.

La Carta Sociale Europea garantisce una struttura sanitaria accessibile ed efficace per l'insieme della popolazione, una politica di prevenzione delle malattie con una particolare attenzione alla tutela dell'ambiente di lavoro per assicurare la salute e la sicurezza e garantire le migliori condizioni possibili durante le prestazioni lavorative ed evitare incidenti.

Per comprendere il valore della Carta Sociale Europea è necessario citare alcune pronunce Costituzionali. Con la sentenza della Corte Costituzionale n.194/18 si dichiara illegittimo l'art. 3 al comma 1, del d.lgs. n.23 del 2015<sup>13</sup>, in quanto viola gli articoli 76 e 117, primo comma Cost., in relazione all'art. 24 della Carta Sociale Europea. Questo, poiché si afferma l'idoneità delle previsioni della Carta Sociale Europea ad integrare il parametro dell'articolo 117, primo comma, Cost.. Invero un'enunciazione era già stata pronunciata dalla Corte Costituzionale nel 2015 con la pronuncia n.178/15 nella quale si era espressamente

---

<sup>11</sup> L'Assemblea generale dell'ONU ha adottato il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali il 16 dicembre 1966. Il Patto è entrato in vigore il 3 gennaio 1976 e a metà del 2001 era stato ratificato da 144 stati. Questo Patto internazionale e il Patto internazionale sui diritti civili e politici sono i primi strumenti internazionali onnicomprensivi e giuridicamente vincolanti nel campo dei diritti umani, e, insieme alla Dichiarazione universale dei diritti umani costituiscono il nucleo della Carta internazionale dei diritti umani.

<sup>12</sup> La Carta sociale europea sancisce dei diritti e delle libertà e stabilisce un sistema di controllo che garantisce il loro rispetto da parte degli stati che l'hanno ratificata. In seguito alla sua revisione, la Carta Sociale Europea Riveduta del 1996, entrata in vigore nel 1999, sta progressivamente sostituendo il trattato precedente del 1961.

<sup>13</sup> Nella parte in cui determina l'indennità in un “importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”.

menzionata la Carta, ma solo quale fonte sovranazionale alla cui stregua leggere le disposizioni costituzionali. Con la sentenza n.120/2018 si ha una vera e propria svolta, per la prima volta una disposizione della Carta Sociale Europea viene assunta fra i parametri interposti di legittimità costituzionale, essendo considerata idonea ad ampliare i diritti.

Con la medesima sentenza la corte ha stabilito che la carta “presenta spiccati elementi di specificità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alle CEDU”<sup>14</sup>, di cui la Carta Sociale Europea costituisce il perfetto complemento sul piano sociale, poiché come scritto nel preambolo della stessa, tutti gli stati del consiglio d’Europa hanno esteso la tutela ai diritti sociali, riaffermando il carattere indivisibile dei diritti dell’uomo. Per queste ragioni la Carta deve considerarsi tra le fonti internazionali ai sensi dell’art.117, primo comma, Cost.. La CSE non ha effetto diretto e la sua applicazione deve avvenire attraverso l’intervento della Consulta, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell’articolo 117 Cost., ovvero per contrasto della norma nazionale con la CSE. La sentenza n.180/18, in definitiva, ha affermato che le norme CSE sono considerate fra i parametri interposti, specificando però che la struttura della Carta prevalentemente si caratterizza come affermazione di principi di attuazione progressiva soffermandosi sui tempi e i modi della loro attuazione. Per cui è necessario puntualizzare che vi sono alcune norme della CSE, come ad esempio l’art. 5 CSE che avendo un contenuto puntuale è stato considerato un parametro interposto e altre norme della CSE, le quali rientrano nel giudizio di costituzionalità ma la loro attuazione è subordinata al principio di progressività.

Facendo riferimento alla pronuncia n.194/2018 si possono stilare delle considerazioni, in primo luogo tale sentenza ha segnato una più accentuata valorizzazione sul piano interno della carta, attraverso l’attribuzione di efficacia alla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, organo non giurisdizionale composto da organi esperti, con il compito di vigilare sulla corretta applicazione della carta servendosi di monitoraggi generali sui rapporti periodici predisposti dai singoli reclami presentati da soggetti collettivi per denunciare la violazione delle norme della CSE.

Facendo una breve ma attenta considerazione delle Costituzioni straniere si può sostenere che la maggior parte, contengono cenni del diritto alla salute

Tuttavia, soltanto pochissime riconoscono una esplicita protezione alla salute. Ad esempio, si possono citare la costituzione portoghese del 1976, la costituzione spagnola del 1978, le costituzioni dei paesi dell’Europa dell’Est in cui si spiega la presenza del diritto alla salute in quanto, durante l’esperienza comunista i diritti sociali venivano messi al primo posto

---

<sup>14</sup> Sent. n.120/2018, Corte Costituzionale

dell'azione politica. E nelle costituzioni di alcuni paesi in via di sviluppo in cui come affermato da M. Luciani<sup>15</sup> la protezione della salute resta più che altro un desiderio.

### 1.2.2 LA TUTELA DELLA SALUTE IN EUROPA

Negli anni Cinquanta nasce la Comunità Europea del carbone e dell'acciaio che unisce i paesi europei sotto il profilo economico e politico, di certo non sociale. L'obiettivo fondamentale di tale organizzazione era istaurare una pace duratura. Per cui né i diritti sociali né tantomeno il diritto alla salute erano oggetto di interesse dell'Unione Europea.

Nei trattati che istituiscono la Comunità economica europea e la Comunità europea per l'energia atomica, firmati da Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, a Roma, con il nome ancora in uso "Trattati di Roma", e fino sostanzialmente al trattato di Maastricht nel 1992 la salute veniva considerata soltanto come possibile deroga all'obbligo imposto agli stati membri di libera circolazione dei cittadini, dei lavoratori e delle merci.

Il 13 dicembre del 2007 viene firmato il Trattato di Lisbona, composto dal Trattato dell'Unione Europea e dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, entra in vigore il primo dicembre 2009 con la finalità di aumentare i poteri del Parlamento Europeo e di mettere in atto diverse novità per adeguare le Istituzioni Europee all'allargamento dell'UE.

Tale Trattato ha rafforzato l'importanza della politica sanitaria, attribuendo all'UE un ruolo rilevante nel miglioramento della sanità pubblica in termini di prevenzione e gestione delle malattie, limitazione delle fonti di pericolo per la salute umana.

All'interno del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, si nota che non si riferisce alla salute esclusivamente come deroga, come appena evidenziato ma assume il valore di bene da tutelare e proteggere. Chiaramente nonostante l'unione Europea riconosca l'inalienabilità e la necessità di riconoscere il diritto alla salute, il ruolo di essa rimane sempre di coordinazione e completamento dell'azione degli stati membri, riguardo a tale materia, come previsto dai trattati, per cui non può emanare disposizioni imponenti o invasive nei confronti dell'azione statale.

Per comprendere in che termini l'Unione Europea è impegnata nella tutela del diritto alla salute è ragionevole enunciare e analizzare rapidamente le disposizioni europee dedicate alla sanità pubblica.

L'articolo 168 del TFUE nel par. 1 enuncia che *"nella definizione e attuazione di tutte*

---

<sup>15</sup> M. Luciani rivista N. 2/2020, 10/04/2020.

*le politiche ed attività dell'unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana*", questa medesima disposizione sarà poi formulata in maniera identica nell'articolo 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea<sup>16</sup>. Inoltre, si aggiunge che "l'azione dell'Unione, che completa le politiche nazionali, si indirizza al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale". È evidente, perciò, che l'unione si impegna a cooperare con gli stati membri per eliminare i rischi per la salute pubblica e tutelare la salute in quanto bene, ciò non significa però che possa intervenire direttamente nella definizione delle politiche nazionali degli stati membri, nell'organizzazione dei servizi sanitari e nell'allocazione delle risorse necessarie per l'erogazione delle relative prestazioni. Sempre nel medesimo articolo è specificato nel p. 7 che "*L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate*".

Per cui, l'Unione europea non può in materia sanitaria sostituirsi o sopperire all'azione statale o ancora attuare azioni o politiche incisive, essendo tale materia competenza degli stati membri. Nella dimensione Europea il diritto alla salute assume importanza sotto il profilo di interesse della collettività.

È interessante riportare il regolamento n. 883/2004 che precisamente riguarda il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, e prevede che i cittadini europei possano beneficiare delle prestazioni sanitarie in ogni altro stato membro alle medesime condizioni garantite ai cittadini appartenenti allo Stato membro ospitante a condizione che lo stato in cui il paziente risiede, rilasci una apposita autorizzazione.

Tornando però all'articolo 168 del TFUE nel paragrafo 5, sino ad ora poco utilizzato, ha trovato attuazione nella decisione 1082/2013, la quale dava una disciplina alle gravi minacce di carattere transfrontaliero dettando misure di coordinamento e monitoraggio da adottare. Inoltre, si attribuisce alla Commissione la possibilità di riconoscere formalmente una situazione di emergenza sanitaria pubblica, nel caso in cui si verificano determinate condizioni tra cui la

---

<sup>16</sup> Parlamento Europeo, *La protezione dei diritti fondamentali.*

dell'UE, <<<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/146/la-protezione-dei-diritti-fondamentali-nell-ue>>>: La Carta è stata proclamata solennemente nel 2000 a Nizza dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione. Fu modificata nel 2007. Tutta via, solo con l'adozione del trattato di Lisbona l'uno dicembre 2009 la Carta acquisì valore giuridico vincolante, come previsto dall'articolo 6, paragrafo 1, del TUE, diventando così una fonte vincolante del diritto primario.

messa in pericolo da parte della minaccia transfrontaliera della sanità pubblica a livello dell'Unione. Il punto 21 di tale decisione precisa che nonostante sia competenza degli Stati membri occuparsi delle crisi di sanità pubblica, se venisse a mancare la coerenza nelle loro azioni o nelle loro valutazioni, il coordinamento dell'Unione dovrebbe garantire la proporzionalità delle misure adottate in contrasto all'emergenza sanitaria e che tali misure siano limitate a rischi per la sanità pubblica, senza che entrino in contrasto con i diritti e i doveri sanciti nel TFUE, riguardanti i viaggi e il commercio.

Vi sono altri due riferimenti normativi da menzionare, in primo luogo ai sensi dell'articolo 196 TFUE conferisce all'Unione l'obiettivo di completare e sostenere l'azione statale negli interventi in caso di calamità naturali o provocate dall'uomo. Durante la pandemia la Commissione ha proposto una modifica al fine di rafforzare tale meccanismo.

In secondo luogo, non si può non fare riferimento alla clausola di solidarietà che sarebbe risultata applicabile alla situazione attuale, considerando che l'articolo 222 TFUE autorizza l'Unione e gli altri Stati membri ad intervenire offrendo assistenza ad uno Stato su richiesta delle sue autorità politiche nei casi di calamità naturale o provocata dall'uomo. Non vi sono vincoli nelle modalità attuazione nei confronti degli Stati membri, invece l'intervento dell'Unione Europea è disciplinato in una decisione del Consiglio, in cui è definita una catastrofe come qualsiasi situazione che colpisce o andrà a colpire gravemente le persone, ciò né lascerebbe dedurre l'applicabilità pandemia.

L'Unione Europea, inoltre, tra il 2014 e il 2020, ha attuato anche una politica globale nuova, mediante la strategia sanitaria "Salute per la crescita" e il suo programma d'azione nonché un *corpus derivato*.

Nell'ultimo periodo la divulgazione dei vaccini per il COVID-19 ha permesso all'Unione Europea di svolgere un ruolo di coordinamento e gestione dell'attività mettendo in pratica il principio di solidarietà, non sempre riconosciuto dagli stati membri.

Infatti, è stata approvata una strategia con il fine di "*accelerare lo sviluppo, la fabbricazione e la diffusione di vaccini*"<sup>17</sup>.

Bisogna puntualizzare che nonostante tali interventi, sulla base della suddivisione delle competenze prevista dai trattati, le decisioni sulla somministrazione del vaccino, facendo parte dell'ambito della tutela alla salute, saranno compito degli Stati membri.

La somministrazione dei vaccini però, potrebbe richiamare sotto un diverso profilo l'attenzione dell'Unione Europea, ovvero per la tutela del diritto alla libera circolazione

---

<sup>17</sup> La strategia è stata proposta nella Comunicazione COM(2020) 245, Strategia dell'Unione Europea per i vaccini contro il COVID-19, 17/6/2020. o

all'interno dell'area Schengen. Alla luce della proposta di creare un green pass che permetterebbe soltanto attraverso l'attestazione della vaccinazione o della negatività al test rapido antigenico di attraversare la suddetta area.

### **1.3 IL DIRITTO ALLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA**

#### **1.3.1 LE DIVERSE DEFINIZIONI DELLA SALUTE**

Risulta doveroso per condurre questa ricerca citare l'articolo 32 del testo costitutivo "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantire cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Il primo comma del suddetto articolo conferisce alla Repubblica Italiana il compito fondamentale, di tutelare il diritto alla salute. In primo luogo, infatti, si desume il carattere sociale del medesimo diritto, il quale permette all'individuo di pretendere che lo stato fornisca alcune prestazioni e servizi al fine di tutelare la salute di ogni cittadino. A questo punto è necessario per procedere dare una definizione della "salute".

Riportando alcune definizioni più interessanti ai fini di questo elaborato, si cercherà di risalire alla definizione più completa. Innanzitutto, la salute viene definita nella maggior parte dei dizionari come l'assenza di malattia, per cui si tratta di un'enunciazione negativa, cioè descrive cosa non è la salute.

Una definizione che si ritiene interessante, è la definizione di G. Prodi: "la salute è uno stato ottimale corrispondente a funzioni filogeneticamente stabilite, che nell'uomo comprendono anche funzioni logiche, affettive, relazionali e implicano sistemi interpersonali e strutture sociali"<sup>18</sup>. Come preannunciato tale definizione si ritiene interessante, poiché introduce una dimensione innovativa, non si considera la salute soltanto come benessere fisico, ma comprende le relazioni sociali e affettive che ogni soggetto instaura con l'ambiente nel quale vive.

Per quanto riguarda il campo giuridico, si può affermare che non vi sia nessun testo legislativo che definisce precisamente come si intenda per salute. L'unica eccezione è costituita dal Preambolo della Costituzione dell'organizzazione Mondiale della sanità, nonché l'Agenzia creata nel 1948 all'interno delle Nazioni Unite al fine di condurre tutti i popoli al più alto livello

---

<sup>18</sup> G. Prodi, *Salute/malattia*, in Enciclopedia Einaudi, Torino, 1981, vol. 12, p.422.

di salute possibile. Si trova nel preambolo la seguente definizione, a cui si allinea anche l'Italia: la salute costituisce lo stato di benessere fisico, mentale e sociale, oggetto di specifica tutela da parte dell'ordinamento, che consente all'individuo di integrarsi nel suo ambiente naturale e sociale, quindi è una situazione soggettiva che deve essere tutelata contro tutti gli elementi nocivi ambientali e da qualsiasi attacco da terzi che possa, in qualche modo, ostacolare il godimento. Tale definizione tende chiaramente ad attribuire non soltanto una tutela oggettiva, cioè della salute in quanto tale, ma anche soggettiva e soggettiva della collettività. Durante la pandemia ha destato maggiore attenzione il carattere della tutela collettiva del diritto alla salute. Ma prima di analizzare tale aspetto che sarà fondamentale per questa ricerca è utile soffermarsi sulle altre, diverse peculiarità del diritto alla salute.

### **1.3.2 ACCENNO DEL CARATTERE FONDAMENTALE DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

Innanzitutto, appare importante sottolineare il carattere fondamentale del diritto alla salute, tale diritto come diritto sociale fondamentale (come enunciato dal costituente nell'articolo 32) viene tutelato anche dall'art. 2 Cost. "La repubblica riconosce e garantisce diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" e inoltre è intrinsecamente connesso alla dignità umana, richiamata nell'ultimo comma dell'articolo 32, dichiarando il diritto ad un'esistenza degna, per cui rientra nella previsione dell'art. 3 Cost. "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali..."

### **1.3.3 DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO ALLA LIBERTÀ E COME DIRITTO ALLE PRESTAZIONI**

Alla luce di quanto detto fino ad ora, è possibile analizzare due delle differenti sfaccettature espresse dall'art. 32 Cost.

In primo luogo, il diritto costituzionale alla salute è espressione del diritto alle prestazioni, come preannunciato la Repubblica Italiana deve garantire la tutela della salute come diritto sociale. Inizialmente con un'interpretazione letterale della costituzione emergeva l'obbligo di garantire cure mediche gratuite a soltanto nei confronti degli indigenti, negli anni la definizione di indigenti è stata oggetto di profondi dibattiti in dottrina ed ha subito diversi

cambiamenti, progressivamente il concetto è stato superato arrivando a una “universalizzazione delle prestazioni”.

Nel 1978 è stato istituito il Sistema Sanitario Nazionale, un sistema di strutture e servizi che nasce al fine di garantire a tutta la popolazione l’accesso alle cure. Tale interpretazione si trasforma in una necessaria gratuità nei confronti dei soggetti indigenti.

Per cui viene riconosciuta una pretesa lecita da parte degli individui nei confronti della Repubblica, risulta importante ribadire tale concetto e delineare precisamente cosa si intende con il termine Repubblica per comprendere su quali soggetti ricade tale compito. Per Repubblica si intende lo stato gli enti pubblici territoriali e non territoriali, si approfondirà più avanti la suddivisione delle competenze.

In secondo luogo, il diritto alla salute è espressione di diritto di libertà, facendo riferimento al secondo comma, è semplice comprendere il significato del medesimo, cioè nessun individuo può essere costretto in alcun modo a ricevere delle cure. Con ciò si intende che si ha, anche in questo caso una pretesa nei confronti dello Stato, ma una pretesa negativa, i pubblici poteri non devono turbare la sfera di interessi riservata al godimento del titolare del diritto. Si tratta quindi di una libertà “da”, di una libertà che impedisce trattamenti sanitari obbligatori.

Si possono stilare delle riflessioni generali riguardo al diritto alla salute inteso come diritto alla libertà e come diritto alle prestazioni che ricomprendo entrambi diritti. Riguardo al diritto alla salute come diritto di libertà, esso presenta tutti i contrassegni tipici delle libertà giuridiche, tra cui l’assolutezza intesa come efficacia *erga omnes*. In generale i diritti di libertà consistono in una pretesa *erga omnes* ad un comportamento negativo, da parte dello Stato e degli enti pubblici come da tutti i soggetti privati, sono da considerarsi come diritti assoluti ad una prestazione negativa. Invece il diritto alla salute come diritto alle prestazioni è una pretesa ad un comportamento positivo da parte di pubblici poteri o di altri soggetti determinati, sono considerati come diritti relativi, che impongono al soggetto passivo l’obbligo di una prestazione. Vi sono altre due differenze particolarmente interessanti, la prima riguardo al carattere finale che appartiene al diritto alla libertà, cioè attua in sé e per sé il fine del soggetto, rispetto al quale il comportamento omissivo dovuto agli altri opera unicamente come una rete di protezione esterna, diversamente nel diritto alle prestazioni, la condotta del soggetto passivo funge da strumento diretto e necessario per la realizzazione dell’interesse del titolare.

Un’ultima considerazione risulta necessaria: il diritto di libertà non ha un oggetto definito e per questo motivo è caratterizzata dall’unicità, nel senso che rimane indipendente dai momenti in cui si articola il suo godimento. Il diritto alle prestazioni invece si struttura in relazione ad una prestazione determinata o determinabile che ne costituisce uno specifico

oggetto.

## **1.4 I TRATTAMENTI SANITARI OBBLIGATORI**

Riguardo ai trattamenti sanitari obbligatori si farà un breve inciso. Sono previsti dall'art. 32 Cost. come eventi residuali, essendo solitamente accertamenti e trattamenti sanitari volontari. Tali trattamenti sono eseguibili esclusivamente se disciplinati dalla legge. Attualmente è in vigore la l. n. 833 del 1978, di cui art. 33, 34 e 35 e sono relativi a: malattia mentale, vaccinazioni obbligatorie, isolamento per malattie infettive, trattamento delle malattie veneree in fase contagiosa e accertamento sanitario obbligatorio per i casi previsti della legge. Comuni però a tali trattamenti sanitari devono essere garantite alcune prerogative<sup>19</sup>; cioè, deve essere comprovata l'effettiva necessità dettata da esigenze di tutela della salute della collettività o dell'incolumità della collettività o dell'incolumità dell'interessato. L'autorità che li dispone rappresentata dal sindaco, su proposta motivata da un medico; vige l'obbligo di rispettare la dignità e la libera scelta del paziente relativamente a medico e luogo di cura.

Vige da parte delle autorità l'impegno per assicurare il consenso informato e la partecipazione al trattamento sanitario di chi ne è obbligato. D'altra parte, all'individuo soggetto al trattamento sarà sempre garantita la possibilità di fare ricorso, nei confronti del provvedimento con cui è disposta l'obbligatorietà del trattamento.

Oltre a quanto appena detto, appare scontato che debbano essere rispettate delle condizioni essenziali. In primo luogo, il trattamento sanitario deve essere di breve durata, ovvero limitata alle necessità che lo hanno reso obbligatorio. In secondo luogo, nel caso in cui tale trattamento sia imposto al fine di preservare la salute collettiva, deve essere garantito che esso non implichi un peggioramento della salute individuale in favore di quella collettiva o per lo meno che tale peggioramento non sia rilevante e soprattutto temporaneo.

## **1.5 LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

In considerazione di quanto affermato fino ad ora, è ragionevole comprendere la complessità del bene giuridico della salute e la necessità della convergenza di una serie molteplice di azioni e strumenti diversi, e non di un unico assorbente meccanismo di garanzia

---

<sup>19</sup> Si rimanda al testo, D. Morana, "La salute come diritto costituzionale", G. Giappichelli Editore, terza edizione, Torino.

per assicurare la tutela della salute. A tal proposito si possono distinguere la garanzia negativa o passiva da quella attiva con la prima si intende che terzi devono astenersi da qualsiasi comportamento pregiudizievole verso la sfera della salute individuale.

Come preannunciato, la dimensione e i caratteri del diritto alla salute sono in continua evoluzione tale evoluzione è segnata da tappe fondamentali che hanno ampliato e rafforzato le garanzie in capo ad esso, si ricorda la sentenza della Corte Costituzionale n. 88/1979 riguardante un risarcimento ai danni del diritto alla salute, nella quale la corte afferma che “la salute, in quanto diritto fondamentale, si configura come diritto primario e assoluto”.

È ragionevole comprendere la complessità del legame tra il diritto alla salute e i restanti diritti presenti in costituzione.

Si può affermare che un diritto di tale rilievo abbia bisogno di una tutela particolarmente ampia che comporta problemi di relazione con gli altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Nei casi si verificano tali problemi la prassi insegna che il legislatore interverrà per primo andando alla ricerca di un punto di concreto bilanciamento tra i diversi valori costituzionali ed in un secondo momento sarà la Corte costituzionale a verificare che il punto d'equilibrio precedentemente individuato dal legislatore sia ragionevolmente giustificabile o meno.

La costituzione italiana, però, non affida questo compito soltanto alla discrezionalità del legislatore e alla giurisprudenza della corte costituzionale ma fissa dei principi attuativi o di attuazione che si possono distinguere in principi attuativi formali, cioè la distribuzione dei poteri legislativi e amministrativi e i principi attuativi di natura sostanziale, ovvero il bilanciamento tra i diversi valori costituzionali.

Riguardo ai principi attuativi formali bisogna far necessariamente riferimento alla riforma costituzionale del 2001 che tra le altre cose comportò una suddivisione differente rispetto ai tempi precedenti dei poteri legislativi e amministrativi riguardanti il diritto alla salute.

### **1.5.1 LA RIFORMA DEL TITOLO V**

Più precisamente, la legge 8 ottobre 2001-n/3, modifica il titolo V della Costituzione. Tale riforma, è scaturita dalla volontà di dare un assetto diverso allo stato, dando piena attuazione e copertura costituzionale alla riforma denominata ‘federalismo a Costituzione invariata’<sup>20</sup>, cioè la legge n.59/1997. Innanzitutto, con tale riforma si specifica che per Repubblica si intende un soggetto istituzionale complesso costituito da i comuni, le province,

---

<sup>20</sup> R. Bifulco, cit. 2006, Torino, p. 670

le città metropolitane, le regioni e lo stato. Modificando il titolo V viene riconosciuto il diritto e l'obbligo ai comuni, alle città metropolitane, alle province e alle regioni di farsi carico dei bisogni della popolazione residente nel territorio in questione. L'azione di governo si svolge a livello più vicino possibile ai cittadini. Prevedendo però tre principi alla base di tale innovazione; il principio di sussidiarietà secondo cui il governo immediatamente superiore al governo più vicino ai cittadini può intervenire in caso di necessità e quindi per operare in aiuto o in alternativa al governo più vicino ai cittadini, qualora questo non sia stato in grado di adempiere al suo compito o di raggiungere un determinato obiettivo (sussidiarietà verticale) ma vi è anche il principio di sussidiarietà orizzontale che vuole appunto modificare i rapporti tra enti che compongono la repubblica e livellarli.

Il secondo principio è l'adeguatezza per cui il livello di governo individuato dalla legge deve essere in grado di raggiungere l'obiettivo in questione.

Il terzo, la differenziazione, invece impone che le funzioni amministrative vengano conferite in modo ragionevole, disciplinando in modo eguale situazioni eguali e in modo differente situazioni differenti.

Inoltre, come preannunciato, si suddividono in maniera differente dal passato i poteri legislativi e amministrativi, tra cui i poteri riguardanti la salute, che vedono protagonisti una pluralità di attori non più soltanto lo stato centrale. Attraverso la riforma non vengono suddivisi tali poteri in modo generale e approssimativo, al contrario in modo abbastanza puntiglioso. Infatti, viene delineata una suddivisione esplicita all'interno dell'articolo 117 in cui nel secondo comma si trovano le materie di legislazione assoluta dello stato, tra cui è necessario sottolineare la lettera m), *la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, lettera p), *la profilassi internazionale*.

Nel terzo comma, le materie di legislazione concorrente tra Stato e regioni. Il diritto alla salute si trova all'interno del terzo comma per cui si tratta una materia di natura concorrente, ne consegue che la legislazione di essa è ripartita tra stato e regioni. Il primo dovrà fissare i principi fondamentali e generali, emanando delle linee direttive, le seconde si occuperanno invece dell'attuazione e applicazione di tali principi. Continuando ad analizzare l'articolo, nel quarto comma vengono elencate le materie di podestà esclusiva delle regioni, particolarmente rilevante la dicitura "assistenza sociale", che ragionevolmente rientra nel campo della tutela della salute.

Il quadro descritto come è possibile osservare è complesso e per quanto dettagliato nella sua descrizione ed elencazione delle materie cercando di non lasciare spazio ai dubbi, rimane evidente che un regime del genere possa funzionare soltanto alla luce dell'attuazione del

principio di leale cooperazione.

## **1.5.2 ALCUNE PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

Oltre a quanto appena enunciato è interessante esaminare parte della giurisprudenza costituzionale. La Corte costituzionale, in generale sembra che abbia inteso salvaguardare la centralità dell'intervento programmatico statale (anche quando non era limitato a dettare i principi fondamentali della materia), muovendo dalla massima che la tutela della salute "non può non darsi in condizioni di fondamentale uguaglianza su tutto il territorio"<sup>21</sup>. Alle regioni sono attribuiti compiti residuali che completano le disposizioni statali.

D'altra parte, è doveroso riportare anche una delle sentenze che ha riconosciuto la competenza regionale in materia di tutela della salute.

Ad esempio, riguardo al finanziamento del Sistema Sanitario Nazionale la Consulta<sup>22</sup> ha affermato che lo Stato non ha titolo per imporre limiti alla finanza pubblica regionale preordinata a sovvenzionare dei settori della spesa sanitaria e se non contribuisce alla sovvenzione della spesa sanitaria, esso non sarà più nella posizione di stabilire norme di coordinamento finanziario.

Oltre al problema di suddivisioni delle competenze tra stato e regioni e alla programmazione e attuazione delle politiche riguardanti la sanità, che come appena esposto non risulta banale è necessario per questa ricerca soffermarsi sul rapporto tra il diritto alla salute e gli altri diritti costituzionalmente garantiti, con una attenzione particolare alla dimensione collettiva del diritto alla salute.

## **1.6 DICOTOMIE INTERNE ED ESTERNE AL DIRITTO ALLA SALUTE**

### **1.6.1 IL CARATTERE INDIVIDUALE E IL CARATTERE COLLETTIVO DEL DIRITTO ALLA SALUTE**

Le due dimensioni, o i due profili come dir si voglia, riguardanti il diritto alla salute sono stati già descritti per forza di cose, ma si ritiene ugualmente necessario approfondirli.

L'idea che esista uno specifico diritto (individuale) alla salute è stata

---

<sup>21</sup> Corte cost., n. 282, 26 giugno 2002.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 133 del 2010.

straordinariamente anticipata nella Costituzione Italiana del 1947, che all'art. 32 Cost. tutela infatti espressamente la salute come fondamentale diritto dell'individuo oltre che come interesse della collettività. Il rapporto tra diritto di ciascuno e interesse di tutti alla salute si sviluppa nei termini negativi rappresentati dal fatto che l'interesse di tutti non può spingersi oltre certi limiti, nell'interferire con il diritto del singolo alla salute.

Si ricorda che l'art. 32 recita così: *“La salute è diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività”*. La sentenza 184/1986 in tema di risarcimento del danno alla salute per fatto illecito ha chiarito: *“La lettera del primo comma dell'art. 32 Cost., che non a caso fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute, all'interesse della collettività alla medesima, ed i precedenti giurisprudenziali, inducono a ritenere sicuramente superata l'originaria lettura in chiave esclusivamente pubblicistica del dettato costituzionale in materia.”*<sup>23</sup> Non è un caso, quindi, secondo parte della dottrina, che il diritto fondamentale sia stato premesso all'interesse della collettività, ma corrisponde a una precisa gerarchia di valori.

Per comprendere come è avvenuto in passato il bilanciamento tra il profilo individuale e il profilo collettivo si pensi alla sentenza numero 118/96 riguardante il tema dei vaccini. Tale sentenza chiarisce che in questi casi il legislatore cercherà di seguire scrupolosamente il diritto, perché sa che, imponendo un trattamento obbligatorio in soggetti sani. Nel caso in cui un soggetto sano subisca un danno alla salute in favore del benessere collettivo, merita che la collettività gli riconosca un equo indennizzo da ciò nasce la legittimazione della legge a favore dei soggetti danneggiati da complicità di tipo irreversibile, causa vaccinazioni obbligatorie o trasfusioni<sup>24</sup>.

Infatti, si ricorre all'imposizione di trattamenti sanitari su soggetti sani (come i vaccini) qualora il pericolo sanitario sia di eccezionale gravità, coinvolga l'intera popolazione e non soltanto una minoranza di essa perché in questo caso si introdurrebbe una competizione tra posizioni sullo stesso piano, cioè tra pretese di singoli individui. Il pericolo a cui è sottoposta la collettività, deve essere di tale gravità da far assurgere il mero interesse a rango di vero e proprio diritto, capace di prevalere con quel diritto fondamentale individuale.

In generale, si può affermare che oltre che quale diritto soggettivo e individuale, la tutela della salute costituisce anche un interesse per la collettività, in quanto strumento di

---

<sup>23</sup> Consulta online, Sentenza n.184 anno 1986, <<<https://www.giurcost.org/decisioni/1986/0184s-86.html>>>, [22\03\2021]

<sup>24</sup> Legge n. 210, 25 febbraio 1992, in Gazzetta Ufficiale, n.55, 6 marzo.

elevazione della dignità individuale. In maniera speculare, lo Stato si impegna “negativamente”, ossia si astiene da azioni che comporterebbero la lesione dei relativi diritti.

A questo punto fatte le dovute premesse, si può analizzare il rapporto tra il diritto alla salute gli altri diritti costituzionalmente garantiti.

### **1.6.2 RAPPORTO TRA IL DIRITTO ALLA SALUTE E GLI ALTRI DIRITTI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI**

Esistono diversi casi in cui si trovano in conflitto due o più diritti costituzionali. Come precedentemente accennato dal sistema costituzionale, è possibile desumere non solo principi formali sulla attribuzione di poteri in materia di tutela della salute, ma anche principi sostanziali sul bilanciamento dei diversi valori costituzionali. In questi casi, in cui quindi si crea un ipotetico conflitto, tra la tutela alla salute e i diversi valori costituzionalmente garantiti, non si risolverà attraverso la composizione in sede politica del legislatore o in sede interpretativa del giudice, ma è indicato dalla stessa Costituzione. Bisogna però differenziare i casi in cui è in rilievo il carattere individuale del diritto alla salute, dai casi in cui lo stesso fungerà da limite di tangibilità rispetto ad atti che potrebbero coinvolgere la persona ovvero da moltiplicatore di posizioni giuridiche di vantaggio già fissate in costituzione.

Nei casi in cui invece sia in rilievo il carattere collettivo del diritto alla salute, esso fungerà da limite o restrittore rispetto ad altre libertà o diritti costituzionalmente garantiti. Per quanto riguarda il primo caso, cioè quando si trova ad essere in rilievo il carattere individuale del diritto alla salute per cui funge da contro-limite o da moltiplicatore, in primo luogo si può far riferimento all’art. 13 Cost. 4° co. sulla libertà personale, il quale enuncia che anche nei confronti di chi si vede privato della libertà personale resta una piena tutela contro qualsiasi violenza fisica o morale, lo stesso riportano il 2° e il 3° comma dell’articolo 36, nei quali si fissano la durata massima della giornata lavorativa ed il diritto al riposo settimanale e il diritto alle ferie annuali. Lo stesso avviene nel 1° e nel 2° co. dell’art. 37, i quali si occupano di tutelare e assicurare la protezione alla madre ed al bambino, affidando alla legge la fissazione di un’età adeguata al lavoro. L’intero articolo 38, in materia di assistenza sociale, in particolare il 2° co. che prevede l’assistenza sociale nei confronti dei lavoratori nei casi di infortuni, malattie e invalidità, che può essere considerato un principio attuativo sostanziale dell’articolo 32, al fine di garantire l’effettività nei confronti dei lavoratori e degli inabili al lavoro, così come il 2° co. dell’articolo 41, che declina la libertà dell’iniziativa economica, puntualizzando che essa non dovrà “recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”

Al contrario nei casi in cui sia in rilievo il carattere collettivo del diritto alla salute, l'articolo 32 funge da limite o restrittore nei confronti delle altre libertà costituzionalmente garantite. Ciò ovviamente avviene nei casi in cui la salute è intesa come un bene giuridico collettivo e l'intera popolazione corre un rischio estremamente grave per la propria salute. Si ricordi ad esempio che proprio per motivi di sanità incolumità pubblica si possono limitare la libertà di riunione art. 17, 3° co., la libertà di domicilio art. 14, 3° co. e la libertà di circolazione art. 16.

## **CAPITOLO 2: LE MISURE RESTRITTIVE DURANTE L'EMERGENZA**

### **2.1 ATTUAZIONE DELLE MISURE RESTRITTIVE**

Dopo aver analizzato nel dettaglio il diritto alla salute e le sue prerogative si può portare avanti questa ricerca, in primo luogo esaminando gli strumenti contingenti e urgenti utilizzati dal governo per regolamentare e dare attuazione alle restrizioni al diritto di iniziativa economica privata, al diritto di riunione e alla libertà di circolazione e soggiorno. In secondo luogo, si analizzeranno nel dettaglio tali diritti.

Si stila quindi un quadro generale delle misure adottate dal governo per limitare la diffusione del COVID-19.

Il 23 febbraio 2020 è stato comunicato il primo intervento normativo, convertito in legge il 5 marzo attraverso il quale sono state emanate delle misure di contenimento per limitare la diffusione del virus soltanto in determinati territori, caratterizzati dall'esistenza di almeno un individuo positivo al COVID-19.

L'8 marzo per la prima volta, l'allora Presidente del Consiglio Giuseppe Conte utilizza, lo strumento contingente e urgente che sarà utilizzato fino alla fine della sua presidenza, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Attraverso il nuovo D.P.C.M. si introducono ulteriori restrizioni, sempre però in aree determinate del paese dove sembrava che il virus corresse più velocemente. In sintesi, tale D.P.C.M. vietava gli spostamenti in entrata e in uscita dai territori, *“salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute”*<sup>25</sup> in questione delle persone fisiche, invitava a limitare al massimo i rapporti sociali, specialmente con persone che presentavano sintomatologie riconducibili al virus. Inoltre, venivano chiuse le scuole di ogni ordine e grado e le università, venivano sospese le competizioni sportive (con alcune eccezioni), i bar e i

---

<sup>25</sup> D.P.C.M. 8 Marzo 2020, art.1 lettera a.

ristoranti sono stati costretti a limitare gli orari di apertura dalle 6 alle 18 e i luoghi di culto hanno subito delle limitazioni alle aperture per evitare assembramenti.

Il 9 marzo 2020, con un ulteriore D.P.C.M. sono state trasmesse su tutto il territorio nazionale, senza alcuna distinzione le medesime misure, con un'aggiuntiva estensione delle limitazioni riguardo le attività motorie.

L'11 marzo 2020 con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri vengono ampliate le limitazioni: l'interruzione delle attività al dettaglio con l'unica eccezione delle attività necessarie, quali la vendita di generi alimentari e le attività relative alla gestione dell'emergenza. La chiusura totale di bar e ristoranti, non più limitata ad una fascia oraria, l'interruzione dei servizi di parrucchieri, barberia e dei centri estetici. Inoltre, vengono introdotti, per le attività che rimanevano aperte, specifici protocolli di sicurezza per contenere la diffusione del virus. L'entrata in vigore di tale D.P.C.M. ha portato alla sospensione del precedente.

Durante il periodo di emergenza causato dalla pandemia di COVID-19, decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono stati utilizzati come strumenti per emanare e adottare misure per limitare la diffusione della pandemia, per cui per proseguire questa ricerca è fondamentale approfondirli.

## **2.1.1 STRUMENTI NORMATIVI UTILIZZATI DURANTE L'EMERGENZA**

C. mezzanotte diversi anni fa affermava *“l'ordine delle fonti riflette sempre l'ordine delle legittimazioni politiche”*<sup>26</sup>, questo sembra rispecchiare la situazione attuale in cui vi è instabilità e incertezza nei rapporti politici che causa la medesima situazione nell'ordine delle fonti. Da ciò ne consegue che il funzionamento della forma di governo dipende dall'atteggiarsi complessivo delle fonti per cui ogni perturbazione nell'ordine delle fonti si rispecchierà nel funzionamento della forma di governo.

In generale, con l'inizio della pandemia si sono verificate nuove questioni e nuovi problemi generati dall'emergenza che si sono incorporati a carenze ricorrenti e strutturali dell'organizzazione pubblica.

La delibera dello Stato di emergenza, adottata dal Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 1/2018 ha determinato un cambiamento nell'azione statale, concentrandosi unicamente su sanità e ordine pubblico, causando una sospensione delle attività parlamentari e

---

<sup>26</sup> C. Mezzanotte, *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni 1991*, p. 50 dd.; *Id. Referendum e legislazione*, paper AIC 1993.

un rallentamento della funzione giurisdizionale. Questo è avvenuto attraverso i rinvii alla eccezionalità della situazione che sospenderebbe il complesso delle attività statali esattamente come la vita sociale, e lo Stato si sarebbe trasformato soltanto in amministrazione.

La prima fase della pandemia ha infatti dimostrato che la legislazione e la giurisdizione possono essere sottoposte a periodi di sospensione ma non l'amministrazione.

Venendo meno l'amministrazione verrebbe meno lo stesso Stato, per il medesimo motivo gli equilibri interni dello stato sono dati proprio dall'accordo tra Stato parlamentare e Stato amministrativo. Questa è la ragione per cui E. Forsthoff affermava che l'amministrazione non può essere definita ma soltanto descritta. L'amministrazione non è parte dello stato ma semmai è lo stato come condizionato dalla prescrizione legislativa e dalla tutela giurisdizionale. Si identifica con l'insieme degli apparati statali e alla luce di ciò diventa ragionevole che il cambiamento repentino degli obiettivi e delle forme dell'azione statale e l'improvviso spostamento a favore dell'amministrazione abbia aperto un cambiamento nello studio delle fonti, creando la necessità compiere uno studio delle fonti a ritroso nel tempo. Alcune acquisizioni sono risultate meno specifiche di quanto si potesse immaginare e sono sembrate richiedere una messa appunto di ciò che fino ad ora era stato dato per scontato nell'ambito delle dottrine dell'eccezione e dell'emergenza con riferimento ai poteri normativi dell'amministrazione.

Sembra ragionevole che ciò abbia creato diversi interrogativi tra gli studiosi riguardo alle riserve di legge, alla tipizzazione e chiusura dell'ordine delle fonti, al principio di legalità e di sindacato del giudice amministrativo e in fine riguardo alla capacità della Costituzione di esprimere un sistema di garanzie delle libertà individuali, indipendentemente dalla situazione di emergenza o normalità in cui il sistema di garanzie si trovasse ad operare.

Per rispondere a tali interrogativi, generati da un apparente ritorno allo stato amministrativo si sono rievocate le categorie di stato d'eccezione e stato d'assedio e si sono sovrapposte all'urgente necessità dell'articolo 77 e allo stato di guerra dell'art. 78 Cost.. Si rammenta che in sede di assemblea costituente, si è consapevolmente evitato di disciplinare lo Stato di emergenza rinviando per ogni interruzione della regolarità sociale al procedimento descritto nell'ex art. 77 Cost.. Inoltre, si è fatto riferimento alla disciplina di situazioni analoghe nella Costituzione francese, tedesca e spagnola, ed è stato tutto sovrapposto alla dichiarazione dello stato di emergenza prevista dall'art. 24 T.U. Protezione Civile, rivelandone l'autonomia rispetto alle situazioni previste negli artt. 77 e 78 Cost.

## 2.1.2 I DECRETI LEGGE

Diversi decreti-legge si sono susseguiti alla dichiarazione di emergenza, la legittimità di essi e delle conseguenti leggi di conversione è data dal rispetto dei dettami previsti dall'articolo 77 della Costituzione.

L'articolo 77 sancisce che un decreto-legge può essere posto in essere con il verificarsi delle condizioni di necessità ed urgenza. La Corte Costituzionale ha affermato con le sentenze n. 99 del 2018 e n. 97 del 2019 che il sindacato di legittimità dell'adozione da parte del governo del decreto-legge deve essere limitato ai casi in cui vengono a mancare i presupposti di necessità ed urgenza, di manifesta irragionevolezza o di arbitrarietà nella loro valutazione. In una situazione emergenziale come quella attualmente in atto dettata dal COVID-19 le condizioni di necessità ed urgenza risultano innegabili.

È utile ricordare però la famosa sentenza della Corte Costituzionale n. 360 del 1996 in cui, per evitare la continua reiterazione dei decreti-legge, si afferma che soltanto “*nuovi presupposti di natura straordinaria*” possano dar vita a una nuova decretazione d'urgenza, in quanto essendo nuovi non rappresenterebbero un elemento di continuità con il precedente decreto non convertito. Nel caso di mancanza dei presupposti nuovi il decreto dovrebbe essere caratterizzato da contenuti normativi sostanzialmente diversi. Soltanto con il rispetto di una delle due condizioni non si tratterebbe di reiterazione.

Un'altra considerazione necessaria riguarda la straordinarietà, ovvero la legittimità della decretazione d'urgenza in Costituzione.

La straordinarietà secondo M. Luciani, non è un presupposto cioè non si inserisce nel singolo decreto-legge ma attiene in generale all'istituto del decreto-legge, basandosi sul fatto che la decretazione di urgenza non può essere considerata la normalità, né diventare uno strumento ordinario di normazione ordinaria. La Costituzione stessa dispone il divieto di trasformare la straordinarietà in ordinarietà, per cui gli atti che determinano ciò diventano conseguentemente illegittimi. Un ulteriore presupposto che può portare la Corte Costituzionale, come ha affermato nelle sentenze n.22 del 2012, n. 247 del 2019 e n.251 del 2014, ad esprimere un giudizio di illegittimità, è il caso di mancata omogeneità tra il decreto-legge e la legge di conversione.

Attualmente sembra evidente che la continua decretazione d'urgenza sia proprio il risultato dell'eccezionalità della situazione e che sia legata ad una contingenza extra-ordinaria, tutto lecito purché non diventi una situazione ordinaria e di conseguenza illegittima. Se si verificasse ciò il parlamento dovrebbe tornare ad avere il ruolo di assemblea rappresentativa, garantendo la pienezza del dibattito e abbandonare il ruolo del mero ufficio di conversione in legge dei

decreti del Governo.

### **2.1.3 I DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**

Il codice di autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia, affida al Presidente del Consiglio “i poteri di ordinanza in materia di protezione civile” stabilendo che salvo una diversa previsione dall’articolo 24<sup>27</sup> del codice, può esercitare tali poteri tramite il capo del dipartimento della protezione civile. Sempre il codice sancisce che il Presidente del Consiglio ha il compito di adottare direttive con cui dettare gli indirizzi per lo svolgimento delle attività di protezione civile. (articolo 2)

Nell’articolo 25 si dispongono i limiti e il contenuto delle ordinanze di protezione civile che sono da considerarsi atti normativi e appartenenti a una categoria caratterizzata dalla novità, generalità ed astrattezza.

L’incipit dell’art. 25 a causa della sua formulazione non estremamente chiara comporta almeno due interpretazioni in dottrina. Tale articolo afferma che le ordinanze di protezione civile sono adottate “per il coordinamento dell’attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale” per cui ci si chiede se siano esse stesse a identificare gli interventi necessari o se debbano esclusivamente dare attuazione ad interventi disposti da altra fonte.

Una prima interpretazione, afferma che è poco ragionevole che le ordinanze debbano limitarsi al coordinamento dell’attuazione, poiché se così fosse non sussisterebbe alcuna necessità di prevederle in quanto sarebbe sempre necessaria l’intermediazione della fonte primaria. Inoltre, non sarebbe chiaro perché sarebbe riconosciuta la possibilità che esse dispongano “in deroga ad ogni disposizione vigente” esclusivamente DI coordinare l’attuazione delle disposizioni. Si tratterebbe di una copertura eccessiva.

D’altra parte, una seconda ipotesi interpretativa che trova riscontri nella giurisprudenza, ritiene adatta una copertura così estesa di attuazione poiché la Corte Costituzionale, a seguito della dichiarazione di emergenza, con riferimento alla legge n. 225 del 1992, ha affermato che il Presidente del Consiglio o su sua delega il Ministro dell’Interno possono adottare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico. Oltre a ciò, è previsto che in caso di calamità naturale gli interventi da realizzare possano derogare le disposizioni vigenti, nel rispetto delle prescrizioni stabilite dalle ordinanze

---

<sup>27</sup> Art. 24 del codice di autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia, delibera lo stato di emergenza.

di protezione civile e con le modalità e i limiti previsti dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri dello stato di emergenza e delle norme dell'Unione Europea. Alla luce dell'abrogato art. 5 della legge n. 225 del 1992 e adesso dell'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018 e di tale interpretazione si potrebbe affermare che le norme generali sulla protezione civile, conferiscono senza bisogno di altra fonte intermediaria un potere derogatorio, pur sempre limitato, della normativa vigente.

La dichiarazione dello stato di emergenza al punto due prevedrebbe che le ordinanze fossero emanate dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile, ma in realtà le prescrizioni di maggiore importanza sono state adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Sono allora le norme generali del Codice e le norme speciali dei decreti-legge succedutesi a dare legittimazione a tali decreti, cui i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri danno attuazione. Infatti, i diversi D.P.C.M, già il primo, adottato il 23 febbraio 2020 dettava disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020 n.6(contenente misure di contrasto alla diffusione del COVID-19), ed è proprio il decreto-legge a prevedere l'attuazione delle misure attraverso Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

I D.P.C.M, occorre precisare, che possono derogare alle leggi vigenti ma non possono, in qualità di fonte legittimata, derogare la fonte legittimante. Per cui devono essere sempre conformi ai decreti-legge.

La giurisprudenza ritiene il potere di ordinanza un potere <<atipico>>, in quanto deroga in parte al principio di legalità sostanziale, ovvero il legislatore determina il provvedimento da adottare precisandone i presupposti che lo legittimano, nonché i motivi di necessità ed urgenza, e delega la definizione del suo contenuto al potere dell'amministrazione. La legittimazione di ciò si riconduce nella Costituzione alla necessità di assicurare la tutela di alcuni interessi che vengono ritenuti prevalenti, a seguito di un bilanciamento tra diversi interessi e valori, e richiedono un intervento immediato. Ciò a causa della situazione attualmente in atto, che essendo totalmente imprevedibile e in continua evoluzione, non permette di definire contorni precisi. Chiaramente una disciplina generale è necessaria, anche se vi è sempre un margine di discrezionalità amministrativa anche nelle materie coperte da riserva di legge assoluta.

Nel caso in esame di questa ricerca è presente la normativa generale negli art. 7 e 4 del Codice della protezione civile per la dichiarazione dello stato di emergenza, e nell'art. 25 per i contenuti delle ordinanze che la seguono.

A questo punto il presupposto immancabile è che le fonti primarie debbano adeguatamente limitare la discrezionalità delle norme secondarie. Trattandosi, come già accennato, di un'emergenza differente dalle usuali cioè in continuo cambiamento si deve necessariamente far uso di strumenti flessibili per potersi adeguare e rispondere all'evoluzione

dell'emergenza e non soltanto dei decreti-legge.

Il sindacato giurisdizionale, in ogni caso, ha affermato la legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio. Essendo rispettata la condizione prevista dall'art. 25 comma 1 del codice che prevede che le ordinanze di protezione civile nel caso in cui derogano leggi vigenti debbano contenere la specificazione delle norme a cui si intende derogare e la precisa motivazione; la giurisprudenza ha affermato che esse rientrano nell'ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza per cui devono rispettarne i parametri previsti: la deroga deve essere il più possibile circoscritta, deve essere motivata e deve essere limitata nello spazio e nel tempo alla risoluzione dell'emergenza. Inoltre, sempre la Corte afferma che a livello interpretativo bisogna che venga attuata la massima cautela, infatti invita ad una interpretazione *secundum ordinem* per evitare una possibile alterazione del sistema delle fonti.

Riguardo al principio di legalità si può concludere che trattandosi di fonti secondarie emergenziali nel rispetto dei principi di temporalità, proporzionalità e tollerabilità delle limitazioni imposte, possono derogare alle norme primarie ma soltanto se disposto e nelle modalità disposte dalla fonte primaria legittimante, la quale in forza del suo carattere non potrà a sua volta essere derogata.

## **2.2 I DIRITTI LIMITATI DURANTE LA PANDEMIA DI COVID-19**

### **2.2.1 DIRITTO DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE**

Il diritto di iniziativa economica privata è sancito nella Costituzione Italiana nell'art. 41 ed è stato colpito pesantemente e negativamente dalle restrizioni emanate tramite i D.P.C.M. Tale articolo è uno dei fondamenti sui quali si basa la "costituzione economica" ed è il risultato del bilanciamento tra la tutela della libertà individuale, la dignità della persona umana e la tutela della libertà della collettività.

Innanzitutto, dalla lettura del medesimo articolo ne evince che tale diritto-libertà può essere compreso nei casi in cui ostacoli la sicurezza o l'utilità sociale.

L'iniziativa economica privata in Italia è libera tale caratteristica è sancita da una norma generale immediatamente vigente e prescrittiva nei confronti di ogni individuo e anche nei confronti dello Stato. Conferisce uno *status*, una posizione giuridica statica che attribuisce ad ognuno la possibilità di intraprendere ogni tipo di attività economica e il diritto di accesso al mercato. Non è una libertà illimitata ma deve essere garantita nel rispetto dei diritti fondamentali e seguendo i limiti costituzionalmente previsti. La libertà di iniziativa economica

privata non può in alcun modo ledere le libertà e la dignità umana. Per far sì che tali limiti siano rispettati risulta necessaria la formazione di regolamentazioni della materia da parte del legislatore, il quale deve sempre tener conto oltre alle libertà e alla sicurezza anche della privacy e quindi dei dati personali.

La regolamentazione deve essere preventiva all'iniziativa economica privata in modo tale da poter eludere in precedenza gli ostacoli oggettivi e soggettivi a cui si potrebbe andare in contro e a far attenzione alle possibili esternalità negative. In questo modo si rende possibile anche un'analisi costi\benefici precedentemente all'investimento.

Le circostanze per le quali può essere limitata l'iniziativa economica privata, ovvero la minaccia alla sicurezza e all'utilità sociale, devono dimostrare di essere effettivamente in contrasto con essa nel suo stesso svolgersi, e quindi in qualche modo vi deve essere prova che tale determinata attività rechi un danno alla società.

Nel caso in cui l'iniziativa economica abbia i requisiti adatti e sia in regola con le normative vigenti diviene un'attività. Ragionevolmente, sono disposti, successivamente, controlli per valutare il rispetto degli obblighi previsti dalla legge.

I limiti descritti si trovano nell'art.41 co. 2, nel co.3 si trova invece la disposizione secondo cui è la legge che si occupa della determinazione dei *programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*<sup>28</sup>.

La legge deve coordinare come sancisce l'art. 41 anche l'attività economica pubblica, ma risulta necessario riporre l'attenzione sul fatto che invece l'iniziativa economica è tutelata dalla Costituzione soltanto nel caso in cui è privata, non esiste copertura costituzionale dell'iniziativa economica pubblica. Risulta evidente che lo stato non gode della medesima libertà di un privato di iniziativa economica e di accesso al mercato, ne consegue che può essere elusa senza che si verifichino le condizioni, che sono invece necessarie per vietare l'iniziativa economica privata. Per limitare l'iniziativa economica pubblica è sufficiente una disposizione di legge ordinaria.

È evincibile, che alla norma costituzionale riguardo l'attività economica pubblica e privata può essere attribuito il fine di voler porre allo stesso livello l'attività pubblica rispetto a quella privata, in modo tale da evitare possibili agevolazioni per il pubblico. Inoltre, è doveroso specificare che un'attività economica che nasce per fini sociali non è prerogativa esclusiva dell'attività economica pubblica ma potrà essere contesa tra la pubblica e la privata. L'attività economica pubblica non è in alcun modo agevolata in termini competitivi per alcun tipo di

---

<sup>28</sup> Art. 41 co.3

attività economica.

### 2.2.2 I LIMITI E LE GARANZIE PREFIGURATI IN COSTITUZIONE DEL DIRITTO DI INIZIATIVA ECONOMICA

I limiti posti a livello costituzionale per il godimento del diritto di iniziativa economica, che innanzitutto è opportuno ricordare ancora una volta, l'utilità sociale e la sicurezza, si pongono come presupposti essenziali del contesto che ha permesso la formazione della normativa emergenziale.

Il limite dato dalla sicurezza solitamente fa riferimento ai diritti fondamentali e all'incolumità pubblica, ricomprendendo nella sua nozione la tutela del diritto dell'integrità fisica e del diritto alla vita di un numero indeterminato di persone.

In secondo luogo, più complesso è il limite posto dalla nozione di utilità sociale, in quanto la sua definizione, data la sua generalità, risulta indeterminata e si presta a svariate interpretazioni. Si può tener in considerazione la definizione enunciata da M. Luciani *“sono di utilità sociale quei beni che non solo non sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione”*<sup>29</sup>, per cui la tutela di determinati diritti imporrà necessariamente una limitazione del diritto all'iniziativa economica privata.

Tale libertà è stata perciò limitata dal governo in tutela dell'incolumità pubblica e del diritto alla salute, con la clausola però di dover mantenere un equilibrio tra di essi.

Il diritto all'iniziativa economica privata è stato quindi oggetto di misure limitative introdotte da decreti-legge e messe in atto da decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, in favore della tutela di altri diritti che permettevano la compressione di esso. I limiti evincibili dal secondo e terzo comma dell'articolo 41 costituiscono il bilanciamento con gli altri diritti-interessi costituzionalmente rilevanti, oltre ai limiti sopra richiamati e inoltre la Corte costituzionale, ha così sentenziato affermando che sia presente un riserva di legge nel secondo comma dell'articolo 41 *“..come è appunto il caso per la regola della riserva di legge nel campo delle private libertà nella materia economica, comprensive della libertà di iniziativa e quella di disporre e godere di proprietà... della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione.”*<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> M. Luciani, La produzione economica privata nel sistema costituzionale, cit., 138.

<sup>30</sup> Sent. N. 40/1964, par 2 del Cons. in dir.: *“ciò tanto più ha da valere allorquando venga in questione una regola costituzionale comune a tutta una materia ordinata nella carta fondamentale in sistema*

Le valutazioni che si possono ricavare da tale sentenza sono perciò che vi è una riserva di legge implicita a tutela delle citate libertà economiche ma avendo affermato che essa sia “*modulabile*”, si tratterebbe di una riserva di legge relativa. Diversa è invece la riserva di legge sancita nel terzo comma dell’art. 41<sup>31</sup>, la quale è rinforzata per contenuto.

Le limitazioni poste al diritto di iniziativa economica privata sembrano essere giustificate ampiamente dal pericolo per la sicurezza pubblica, per cui secondo questa ricerca sono ritenute legittime.

### **2.3 LA LIBERTÀ DI RIUNIONE: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE**

La libertà di riunione è un diritto che riguarda la sfera pubblica dei cittadini ed è sancita in favore delle strutture sociali.

La possibilità di riunirsi, come previsto dalla costituzione, è una delle massime espressioni della libertà, proprio per questo vi è l’articolo 17. La possibilità di riunione è l’unico sistema per riuscire a concentrare riunire e sommare le volontà e le forze di più individui che abbiano scopi comuni, che siano leciti e conformi ai pensieri e attività da cittadini liberi. L’articolo in questione afferma appunto che “*tutti i cittadini hanno il diritto di riunirsi pacificamente senz’armi...delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso...possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica.*”<sup>32</sup>

Partendo dai concetti di riunione e assembramento, estremamente legati tra loro in questo periodo storico a causa della pandemia di COVID-19. La lotta alla diffusione del virus ha reso noto il termine assembramento, in realtà però tale termine era già noto per la pubblica sicurezza.

È stata proprio la stretta correlazione tra i concetti di riunione e assembramento che ha portato il governo a vietare ogni forma di riunione tra individui, in quanto gli assembramenti, nonché la aggregazione di persone, sono considerati uno dei maggiori canali di diffusione del virus.

---

*unitario, per quanto distribuita in più articoli...tali libertà sono infatti disciplinate negli art. 41-44 della Costituzione secondo una chiara ispirazione unitaria...rappresenta sicuramente una costante.”*

<sup>31</sup> Art. 41 co. 3 Cost. “*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”

<sup>32</sup> Art. 17 Cost.: “*...per le riunioni anche in luogo aperto al pubblico non è richiesto preavviso...alle autorità.*”

Con il termine riunione si intende un incontro tra più persone che decidono di riunirsi in un luogo determinato per uno scopo specifico, persone perciò che decidono preventivamente quando incontrarsi per assolvere un'attività a loro comune; l'assembramento invece è la presenza di più soggetti nello stesso posto in modo casuale, senza un motivo specifico. Per cui la riunione è qualcosa di determinato prevedibile e in qualche modo controllabile, l'assembramento è assolutamente casuale.

L'articolo 17 della Costituzione sancisce che la riunione può svolgersi in un luogo pubblico e per questo è necessario fare una distinzione tra luogo privato, luogo pubblico e luogo aperto al pubblico.

Un luogo privato è un luogo in cui l'accesso è concesso per volere di chi detiene quel luogo, per essi le riunioni in tale luogo sono libere, qualsiasi sia lo scopo previsto a meno che chiaramente non sia di compiere un reato e ci si può riunire senza alcuna preventiva autorizzazione o limite. Il luogo pubblico è invece il luogo dove tutti possono accedere senza alcun vincolo, si pensi ad una piazza o ad un giardino pubblico. Il luogo aperto al pubblico sostanzialmente si trova in mezzo a queste due categorie, è un luogo privato ma a causa di regole amministrative assume qualità che lo assimilano quasi un luogo pubblico, ovvero è un luogo privato dove chiunque può accedere rispettando determinate condizioni, si pensi ad esempio al cinema, è di proprietà privata e può accedervi chiunque paghi il biglietto di ingresso.

### **2.3.1 LIMITI ALLA LIBERTÀ DI RIUNIONE**

Fatte queste precisazioni si analizzano il secondo e il terzo comma dell'articolo 17. Il secondo comma prevede che per le riunioni in luogo aperto al pubblico o privato non è necessario alcun preavviso alle autorità. Nel caso di riunioni in un luogo pubblico, come sancisce il terzo comma del medesimo articolo, compare un limite trattandosi di un luogo in cui gli individui transitano e quindi l'organizzazione di una riunione potrebbe costituire o comportare disagio o un ostacolo a qualcuno, in questo caso deve essere dato preavviso alle autorità competenti, ma non deve essere autorizzata da esse, bisogna soltanto che venga data comunicazione della riunione che si intende organizzare, con un certo anticipo ovvero conforme ai tempi necessari per l'organizzazione del tutto. Le autorità in questione possono vietare le riunioni soltanto *“per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica”*<sup>33</sup>, cioè quando quel tipo di riunione per il luogo, il tempo o il tipo di situazione in cui viene indetta può oggettivamente e in maniera provata determinare rischi alla sicurezza o incolumità degli altri

---

<sup>33</sup> Art. 17 co. 3 Cost.

cittadini. Questo avviene molto di rado, è più frequente invece che l'autorità, nel caso in cui ritenga che una riunione organizzata in determinato modo o in un determinato luogo potrebbe essere un pericolo per la sicurezza o l'incolumità pubblica ne indichi le modalità o il luogo in cui debba svolgersi una riunione per evitare ciò.

Sembra del tutto accertata la conformità delle disposizioni limitative della libertà di riunione ai comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica, visto che per contrastare la diffusione COVID-19 è risaputo che debbano evitarsi i contatti sociali, ed è molto difficile che ciò avvenga durante una riunione.

### **2.3.2 LA LIBERTÀ DI CULTO: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE**

Un'ulteriore libertà che è stata compressa, in alcuni periodi durante la pandemia, è stata la libertà di professare la propria fede, diritto previsto dalla Costituzione Italiana.

L'Italia per le sue origini multiethniche è espressione di diverse religioni, oltre al Cristianesimo, come il Protestantismo l'Ebraismo e tante altre. Da qui si rinviene nella Costituzione la trattazione ed il riconoscimento della libertà di professare la propria fede.

Durante i lavori dell'assemblea costituente avvenne uno scontro aspro tra la chiesa cattolica e gli atei, in quanto gli illuministi volevano confinare le attività della chiesa nel loro ambito strettamente religioso.

Si decise per cui in sede della costituente, sia per le minoranze religiose, da tutelare, che per i fatti avvenuti durante la Seconda guerra mondiale, di dare una descrizione precisa nella Costituzione delle tutele affidate alle libertà delle diverse religioni. I principi cardine da sancire erano in primo luogo garantire una libertà religiosa anche alle minoranze, in secondo luogo separare l'ambito religioso dall'ambito civile. La costituzione, infatti, sancisce che *“tutti hanno il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma...in privato o in pubblico...”*<sup>34</sup> così riconoscendo sia la libertà di culto in forma individuale che in forma collettiva, per cui si garantisce anche di libertà di creare un luogo in cui poter professare la propria fede e di fare propaganda.

### **2.3.4 LIMITI ALLA LIBERTÀ DI CULTO**

L'unico limite che appare evidente essendo espressamente sancito dalla Costituzione è

---

<sup>34</sup> Art. 19 Cost.: *“...individuale o associate, di farne propaganda e di esercitarne...il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.*

che “*non si tratti di riti contrari al buon costume.*”<sup>35</sup>, con “*buon costume*” solitamente si intende “morale sessuale” o “pudore”.

Provvedimenti limitativi della libertà di culto sono possibili soltanto nei casi in cui si verificano determinate situazioni, ovvero esistono dei limiti impliciti in favore della tutela di altri interessi o diritti presenti in costituzione. Tali provvedimenti che limitano la libertà di professare la propria fede possono adottarsi nei casi in cui vi sia la comprovata necessità di tutelare un altro diritto o dei principi appartenenti a privati o a gruppi sociali, o valori pubblicistici espressamente previsti dalla costituzione.

Questo può avvenire però, soltanto nel caso in cui tali valori o diritti siano del tutto stravolti e ne sarebbe inibito l’esercizio senza una limitazione della libertà di culto, per cui tale compressione deve rispondere ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

La libertà di culto rispetto alle altre libertà limitate nel periodo emergenziale, è stata la meno compressa.

Questa ricerca anche in codesto caso ritiene legittime tali limitazioni, essendo prevista dalla Costituzione la possibilità di limitare tale diritto in caso di pericolo per la sicurezza collettiva.

### **2.3.5 LA LIBERTÀ PERSONALE: CARATTERISTICHE, PREROGATIVE E LIMITI**

In questi ultimi tempi più che mai il confine tra la libertà di circolazione e libertà individuale è diventato quasi impercettibile e per questa ragione al fine di analizzare con chiarezza il dibattito attualmente in vigore in dottrina, si ritiene necessario riportare un quadro generale dei caratteri principali e le prerogative di entrambi i diritti.

La Costituzione Italiana disciplina i diritti della sfera individuale negli articoli che vanno dal 13 al 16 e si enumerano quindi i diritti che riguardano l’individuo dalla sua sfera più intima partendo dall’articolo 13 per poi passare all’articolo 14 con la libertà di domicilio, il 15 con la corrispondenza e circolazione e il 16 con la libertà di circolazione e soggiorno.

L’articolo 13 è il diritto più vicino alla sfera individuale essendo l’*habeas corpus*, infatti è il primo enunciato dalla Costituzione.

L’articolo 13 sancisce che: “*la libertà personale è inviolabile.*”

Ha innanzitutto valore emblematico e rappresentativo che sia la libertà personale ad aprire la prima parte della Costituzione dedicata ai diritti e ai doveri dei cittadini. La possibilità, infatti, di disporre della propria persona e della sua inviolabilità è storicamente una condizione

---

<sup>35</sup> Art. 19 Cost.

indispensabile che consente quindi al singolo di godere di qualsiasi altra libertà. Invero, un individuo privo della libertà personale non potrebbe liberamente riunirsi o esprimere il proprio pensiero.

La libertà personale, come tutti i diritti di libertà, è un diritto naturale ed è intangibile che fa capo all'individuo e quindi nasce con la persona. Per questo motivo la Costituzione italiana non concede tale diritto ma afferma che lo Stato debba soltanto riconoscerlo e tutelarlo. Questo diritto gode di una lunga tradizione storica, risalente alla *magna charta libertatum* emanata in Inghilterra nel 1215 e che va inteso come il diritto di ogni persona a non subire coazioni o imposizioni che impongano limiti alle sue azioni o ad i suoi movimenti, costituisce anche una libertà morale sancendo anche il diritto del singolo all'integrità della propria coscienza che non può essere sottoposta ad alcun tipo di minaccia o ad alcuna forma di limitazione. Dal momento che il regime fascista aveva annullato il rispetto della libertà personale dei cittadini, l'assemblea costituente non si è fermata a una generica enunciazione di tale principio ma ha elencato nel dettaglio i singoli diritti i singoli casi e i singoli modi nei casi in cui può essere limitato. E ciò per impedire una futura interpretazione della norma contrastante con gli intenti originari del legislatore. Nel secondo comma, infatti, si afferma che *“non è ammessa alcuna forma di detenzione...né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria.”*<sup>36</sup>

Con ciò non si vuole intendere che la libertà sia assoluta, in ogni ordinamento esistono dei limiti ad essa, ma devono essere specificati e garantiti dalla Costituzione. Infatti, essa prevede sia i casi sia i modi in cui è consentito procedere per limitare la libertà personale, e precisa che devono essere indicati in apposite leggi. Si tratta quindi di riserva di legge assoluta e rinforzata, ovvero: soltanto le leggi del parlamento, rappresentando l'organo che rappresenta il popolo possono limitare la libertà personale e le stesse devono chiaramente rispettare i dettami Costituzionali. Successivamente, solo i giudici che svolgono la loro funzione liberi da qualsiasi forma di influenza politica, sono chiamati a giudicare il fatto con imparzialità e obiettività e hanno il potere di adottare misure restrittive della libertà personale.

Per cui nessun altro soggetto e nessun altro organo dello stato può ordinare l'arresto di una persona. In questo caso, a differenza di prima, si trova una riserva di giurisdizione.

I giudici sono disposti anche all'obbligo di motivazione dei provvedimenti che emettono, cioè nelle singole sentenze dovranno essere spiegate e motivate le ragioni che hanno portato a valutare i fatti in tale maniera e ad applicare una legge anziché un'altra. La stessa Costituzione afferma però che *“in casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati*

---

<sup>36</sup> Art. 13 co.2 Cost.: *“...di ispezione o perquisizione personale...”*

*tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori.*"<sup>37</sup>. Per essere più chiari, nel caso in cui un individuo viene colto in flagrante da un organo della polizia nel tentativo di compiere un reato, non vi è la possibilità di attendere un giudice, ma sarà l'autorità di pubblica sicurezza che dovrà porre fine all'intento di tale individuo nell'immediatezza. I provvedimenti sono però provvisori e devono essere convalidati dai giudici, nel caso in cui l'autorità giudiziaria non si pronunci o neghi la convalida i provvedimenti restrittivi non hanno alcun effetto nei confronti dell'individuo che deve essere immediatamente rilasciato.

Inoltre, vige il divieto di utilizzare la violenza nei confronti di coloro i quali sono sottoposti a restrizioni della propria libertà.<sup>38</sup> questo poiché i costituenti hanno voluto assicurare il rispetto della dignità individuale dei soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale. Si è vietato in questo modo l'uso della violenza fisica ma anche ogni forma di violenza psichica, minacce e ricatti, che ne mortifichino lo spirito o che ne annullino o limitino la volontà.

Infine, l'ultimo comma regolamenta la carcerazione preventiva, il medesimo comma infatti rappresenta un corollario della libertà personale, per rendere impossibile le carcerazioni ingiuste si pone un limite massimo alla durata della carcerazione preventiva, cioè del periodo della restrizione della libertà dell'individuo, prima che venga svolto il processo. Anche tale un provvedimento provvisorio può essere emanato esclusivamente dal giudice.

La riserva di legge che opera per il secondo comma dell'articolo 13 opera anche per l'individuazione del tipo di restrizione a cui può essere sottoposta la libertà personale.

### **2.3.6 LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO: CARATTERISTICHE E PREROGATIVE**

La libertà di circolazione e soggiorno fa parte dei diritti della sfera individuale, come preannunciato, è sancito dalla Costituzione nell'articolo 16.

In virtù di tale diritto ogni cittadino può circolare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di

---

<sup>37</sup> Art 13 co.3 Cost.: "...che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, e se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto."

<sup>38</sup> Art. 13 co.4 Cost. "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà."

sanità o sicurezza. Tale articolo nasce in un contesto politico particolare, ovvero alla fine del ventennio fascista in cui il potere esecutivo aveva emesso serie limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno, come ad esempio il confino per gli oppositori politici.

Per questo motivo la stessa Costituzione vieta restrizioni della libertà in questione per motivi politici.

Ogni cittadino, in quanto alcuni diritti sono garantiti dalla Costituzione nei confronti di ogni individuo, in questo caso invece viene specificato che tale diritto è riservato ai soli cittadini, quindi il problema che si pone è che i diritti che la Costituzione riserva solo ai cittadini come in questo caso possano poi essere estesi anche agli stranieri. Questa estensione non può essere considerata automatica sulla base del principio di eguaglianza. Va preso innanzitutto in considerazione l'articolo 10 comma 2 che afferma che per lo status giuridico dello straniero si pone una riserva di legge rinforzata per contenuto, ovvero la posizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme dei trattati internazionali e sulla base di tale disposizione che si possono estendere i diritti nei confronti degli stranieri, anche nei casi in cui la Costituzione sembrerebbe riservarli ai soli cittadini. Inoltre, è necessario fare un altro riferimento, all'articolo 2 della Costituzione che si ricollega agli articoli dal 13 al 16 definendoli inviolabili con la conseguenza che quindi tali diritti appartengono all'uomo senza discriminazione nei confronti degli stranieri. Quindi attraverso un doppio meccanismo cioè l'interpretazione dell'articolo due sui diritti inviolabili e quindi come diritti dell'uomo e non del cittadino e inoltre l'applicazione delle garanzie riconosciute agli stranieri attraverso i trattati internazionali a cui le leggi sono vincolate in forza, come detto, dell'articolo 10, la Corte Costituzionale ha affermato il principio secondo cui la garanzia dei diritti inviolabili si estende allo straniero. Bisogna però aggiungere due precisazioni, in primo luogo riguardo l'applicazione, la quale generalmente viene affidata ai giudici ordinari, l'estensione opera per soli diritti definiti inviolabili sulla base della Costituzione mentre per gli altri continua ad avere applicazione l'articolo 16 delle preleggi, che ammette che lo straniero goda dei diritti civili attribuiti ai cittadini a condizione però di reciprocità, cioè il Paese di provenienza dello straniero deve riconoscere i medesimi diritti al cittadino Italiano.

In secondo luogo, l'equiparazione dello straniero per il godimento dei diritti inviolabili è un principio non è una regola tassativa, per cui non è vietato al legislatore prevedere degli oneri o delle limitazioni particolari a carico degli stranieri, purché essi siano giustificabili dalla loro particolare condizione di straniero.

### 2.3.7 LIMITI E LA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO

*“Ogni cittadino può soggiornare e circolare liberamente”*, tale concetto è molto vicino alla libertà personale, infatti la prima libertà personale comprende in qualche modo anche la seconda, ovvero la libertà di disporre della propria persona fisica comprende anche la libertà di circolare, di spostamento della propria persona fisica e di scegliere la propria dimora. La differenza tra le due libertà che prelude a una diversa strumentazione giuridica sta nel carattere coercitivo e degradante della persona che caratterizza le limitazioni della libertà personale che invece è assente nella limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno. Infatti, la legge può disporre delle limitazioni alla libertà di circolazione soltanto in via generale e per motivi di sanità o sicurezza. La libertà di circolazione comprende la libertà di espatrio e la libertà di scelta dell'esercizio delle proprie attività economiche e anche la libertà di emigrazione. La libertà di espatrio è la libertà di entrare ed uscire nel territorio della repubblica, invece per quanto riguarda la libertà di stabilimento è la libertà lasciata ad ogni cittadino europeo di stabilire liberamente in tutto il territorio la propria attività economica, professionale o imprenditoriale.

Per quanto riguarda gli strumenti di tutela, la libertà di circolazione è tutelata da una riserva di legge rinforzata per contenuto, ma non c'è la riserva di giurisdizione. Le limitazioni alla libertà di circolazione devono essere stabilite dalla legge, in via generale per sicurezza o sanità. La corte Costituzionale in alcune antiche sentenze ha affermato che la locuzione in via generale sta ad affermare il principio di eguaglianza e cioè non comporta che tali limitazioni siano disposte per categorie di cittadini né per i singoli. Inoltre, viene data anche un'interpretazione estensiva al termine sicurezza, cioè non sta ad indicare la sola incolumità fisica delle persone ma è comprensivo dell'ordinato vivere civile e della pubblica moralità, quindi non un ordine pubblico in senso materiale ma un ordine pubblico in senso ideale.

Val la pena aggiungere ancora alcune considerazioni circa le possibili restrizioni applicabili alla libertà di circolazione e soggiorno, in particolare è presente una riserva di legge per cui tali restrizioni dovrebbero essere imposte attraverso atti aventi forza di legge. Per meglio inquadrare la fattispecie è opportuno soffermarsi sulla distinzione tra Costituzione formale e Costituzione materiale.

Con la prima, si intende quel complesso di norme adottate dai padri costituenti, il primo gennaio del 1948, promulgate e poi modificate dalle leggi costituzionali che via via si sono succedute, essa è una Costituzione di carattere rigido, per molto tempo si è creduto che tale rigidità fosse da sola sufficiente a garantirne l'applicazione e le libertà dei cittadini. In realtà non è sempre così, la Costituzione materiale è la Costituzione così come applicata e ritenuta

tale dalle classi dominanti che si susseguono e così come viene letta, si può avere una modifica della Costituzione materiale, indipendentemente da quella che è la vigenza della Costituzione formale. L'articolo 16 è uno dei casi enigmatici e paradigmatici, già nel 1956 la Corte Costituzionale allargò i motivi di sicurezza anche alla moralità, cioè si disse che comportamenti di carattere censurabili moralmente, cioè che potessero incidere su quella che era la moralità pubblica dovevano rientrare nei motivi di sicurezza. Benché quindi la norma non venisse modificata si introduceva un criterio pericoloso, cioè la moralità violata veniva assimilata alla sicurezza. Nel 1965 fu fatta un'ulteriore deroga perché si stabilì che in materia di viabilità e di utilizzo dei veicoli si potesse intervenire con provvedimenti amministrativi che restringessero la facoltà dei cittadini. Nelle città vi sono diversi provvedimenti di carattere amministrativo.

### **2.3.8 LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E LE SUE LIMITAZIONI NELL'UNIONE EUROPEA**

Il processo di integrazione europea si è sviluppato intorno all'idea di consentire la libera circolazione in un'area comune, pur basandosi su un collante di tipo economico vi è sempre stata l'ambizione di creare un territorio di Unione con finalità anche tipo politico.

La libertà di circolazione interessava principalmente le merci le persone i servizi e i capitali, ed è stata accompagnata per quanto riguarda le persone da diverse e significative decisioni, tra cui la decisione di includere tale diritto tra quelli concernenti lo status dei cittadini europei, artt. 20.a e 21 TFUE e art. 45 CDFUE e inoltre dalla decisione adottata nel quadro degli accordi Schengen di eliminare i controlli alle frontiere dell'area. Quindi se inizialmente la libertà di circolazione era finalizzata ad interessi economici con l'evoluzione dell'Unione e conseguentemente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale è divenuta il primo pilastro della cittadinanza europea. Infatti, è presente nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Nonostante ciò, però, la competenza sulla gestione dei confini statali esterni è rimasta una competenza statale. Facendo riferimento ai trattati la prima disposizione riguardante la libertà di circolazione si trova nell'art. 3.2. del TUE che conferisce il compito all'Unione di offrire ai suoi cittadini *“uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a controlli appropriati per quanto concerne le frontiere esterne..”*. nel Titolo V del TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si specifica il fine di garantire l'assenza di controlli interni e una gestione comune dei confini esterni, attribuendo la competenza all'Unione di definire i diritti dei cittadini di Stati terzi, soggiornanti all'interno del territorio europeo. Il titolo IV del TFUE è invece

intitolato proprio alla libertà di circolazione e tramite l'art. 45 si stabilisce la libera circolazione per i lavoratori all'interno dell'Unione, nel art. 15.2 del CDFUE viene garantita la possibilità di cercare lavoro, lavorare prestare servizi e stabilirsi in ogni Stato membro. In fine nel Titolo I del TFUE, intitolato al mercato interno, l'art. 26.2 prevede uno spazio senza frontiere interne in cui deve essere assicurata la libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Per quanto riguarda le possibili limitazioni di tale libertà bisogna far riferimento innanzitutto all'art. 21 del TFUE che dichiara la possibilità di assoggettare a restrizioni la libertà di circolazione in casi specifici<sup>39</sup> e all'art. 45. 3 che prevede la possibilità che tale libertà e diritti ad essa connessi siano limitati per motivi ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

Inoltre, alla direttiva 2004/38 CE la quale ha il fine di tutelare i diritti dei cittadini europei e dei loro familiari, non necessariamente europei, e consente la libera circolazione in tutto il territorio europeo.

Come specificato da tale norma la libertà di circolazione può essere limitata per motivi di sanità pubblica, in particolare l'applicazione è prevista dall'art. 29 della direttiva: *“alle malattie con potenziale pandemico quali definite dai pertinenti strumenti dell'organizzazione mondiale della sanità..”*.

Riguardo la gestione dei confini vi è l'arti. 4.2 TUE il quale garantisce il rispetto delle funzioni essenziali dello stato e delle identità nazionali, l'art. 77. 4 del TFUE sottolinea che rimane impregiudicata la competenza degli Stati membri sulla delimitazione delle loro frontiere e inoltre l'art. 72 ne salvaguarda le prerogative per il mantenimento dell'ordine pubblico e la sicurezza interna.

Anche negli accordi Schengen viene considerata la possibilità di reintrodurre i controlli alle frontiere, specificando però che ciò inciderebbe sulla libertà di circolazione, quindi può avvenire in ipotesi specifiche di minaccia alla sicurezza pubblica.

Più nello specifico l'articolo 25 individua le ragioni giustificatrici che possono far attuare tali misure, tra cui la minaccia grave per l'ordine pubblico, la sicurezza interna di uno Stato interno e inoltre puntualizza che devono essere la soluzione di estrema *ratio*. Dall'articolo 26 in poi vengono enunciati i criteri da seguire per il ripristino dei controlli e la procedura da seguire, distinguendo una procedura ordinaria (art. 27) da una disciplina per i casi d'urgenza (art. 28) e una per i casi in cui sia messo a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controlli alle frontiere interne.

La pandemia ha fatto sorgere l'ipotesi di creare una procedura ad *hoc* per i casi di

---

<sup>39</sup> Art. 21 TFUE: *“fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi”*

minaccia alla salute pubblica. Chiaramente la diffusione del COVID-19 ha creato una chiusura interna da parte degli Stati europei e al reinserimento di controlli e in alcuni casi accertamenti sanitari ai confini, e in molti casi anche al divieto di valicare i confini nazionali, al di là di specifiche eccezioni.

### **CAPITOLO 3 : IL DIBATTITO TRA I COSTITUZIONALISTI**

La pandemia da COVID-19 ha fornito diversi spunti di discussione ai costituzionalisti, tra cui di massima importanza è stata la problematica riguardante gli strumenti contingenti e urgenti utilizzati dal Governo per limitare la libertà di circolazione e soggiorno.

Il sistema costituzionale italiano, durante i periodi ordinari, più facilmente riesce a garantire il giusto equilibrio tra la tutela dei diritti e l'azione del potere, diversamente in un periodo emergenziale a causa del peso degli avvenimenti anomali, diventa maggiormente difficoltoso mantenere gli equilibri tra i diritti e gli interessi in questione senza la compressione di alcuni a favore degli altri. È necessario considerare anche, che in circostanze emergenziali serve celerità nelle decisioni e nella loro attuazione.

Appare evidente che, come è avvenuto in diversi Paesi, la compressione di alcuni diritti, e in particolare della libertà di circolazione e soggiorno deve essere giustificata dalla salvaguardia del profilo collettivo del diritto alla salute e del diritto alla vita. Proprio la compressione del diritto di circolazione e soggiorno ha destato particolari dibattiti in dottrina.

#### **3.1 LA DELIMITAZIONE TRA LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E LA LIBERTÀ PERSONALE**

Come è stato preannunciato, durante la pandemia il confine tra la libertà di circolazione e la libertà personale è apparso, secondo parte della dottrina, quasi impercettibile.

Una prima considerazione rilevante può essere fatta sulle origini di ambe le libertà. La libertà di circolazione e soggiorno nasce come diritto autonomo nel 1215, viene sancita negli articoli 41 e 42 della *Magna Charta*, al fine di garantire l'entrata e l'uscita dai territori ai mercanti, anche stranieri per tutelare il commercio e i propri interessi economici, principalmente negli stati caratterizzati da un alto livello di decentramento.

Al contrario negli Stati sostanzialmente unitari tale libertà era incorporata alla libertà personale, fu così anche nella prima Costituzione Italiana durante lo Statuto Albertino. Successivamente, come già esplicito si configura come un diritto autonomo, sancito

dall'articolo 16 della Costituzione, ma nonostante cotanta chiarezza del Costituente, la libertà di circolazione continua a causare dubbi riguardo ai confini con la libertà personale.

Secondo una prima interpretazione la libertà personale, distaccata dalla libertà di circolazione deve includere oltre ad un profilo negativo per l'individuo, ovvero la tutela da coercizioni fisiche, anche un profilo positivo secondo cui sarebbe il: "potere della volontà di determinarsi liberamente in ordine alle manifestazioni fisiche della persona"<sup>40</sup>.

In secondo luogo, vi è una differenza tra le due libertà che può rendere relativamente semplice distinguerle, ovvero la libertà personale deve considerarsi violata non soltanto attraverso la coercizione fisica ma anche attraverso la coercizione morale. Diversamente la libertà di circolazione viene violata soltanto attraverso la coercizione fisica essendo espressione del legame tra individuo e dimensione territoriale.

Un'altra interpretazione da ricordare è di Vezio Crisafulli che ritiene l'art. 16 per diversi aspetti limitativo della libertà personale, innanzitutto per la locuzione "ai soli cittadini" e inoltre per il rimando alla libertà di espatrio agli obblighi della legge.

Ancora vi è un interessante interpretazione, secondo cui il criterio di distinzione è dato dalla natura dei provvedimenti emessi. Nel caso in cui si tratti di provvedimenti positivi di circolare o soggiornare soltanto in una circoscritta porzione del territorio rappresenterebbe un limite della libertà personale; nel caso in cui invece si tratti di un provvedimento negativo di non circolare e soggiornare in una porzione del territorio limiterebbe la libertà di circolazione.

Riguardo alla libertà di circolazione, quindi si può definire come una libertà residenziale o spaziale. Oggi è intesa come una libertà inscindibile dagli ordinamenti liberal democratici anche per il suo stretto legame con gli interessi economici e ancora come una libertà che crea un collegamento tra la l'individuo e il territorio. Per cui il significato evidente di tale diritto appare essere la tutela del territorio da circostanze che potrebbero ostacolare il rapporto tra esso e la collettività<sup>41</sup>.

Una differenza particolarmente utile per questa ricerca è che a tutela della libertà personale si trova una riserva di legge assoluta, a tutela invece della libertà di circolazione e soggiorno si trova una riserva rinforzata. Come è sancito dalla Costituzione, possono essere posti dei limiti alla libertà di circolazione e soggiorno soltanto dal legislatore per motivi di pericolo per la sanità e per la pubblica sicurezza, tali limiti devono essere generali. Nel caso di esistenza di limiti particolari affiorano dei problemi riguardo al tipo di riserva di legge che

---

<sup>40</sup> S. Galeotti, *La libertà personale: studio di diritto Costituzionale italiano e comparato*, Milano, 1953, 10 e

<sup>41</sup> I. Nicotra, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, 1995

presidia l'art. 16.

Al contrario, Mazziotti afferma che la locuzione “in via generale” stia ad indicare una riserva di legge rinforzata di carattere relativo dato che sembra che voglia far valere la legge per un insieme di persone indefinite e che essendo libero il legislatore di indicare i limiti leciti per comprimere la libertà di circolare e soggiornare dei cittadini, possa liberamente dare il compito all'autorità amministrativa di specificare ciò con atti normativi secondari. Seguendo questa linea di pensiero sarebbe scorretto affermare che le limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno possano essere stabilite solo dalla legge, ma avrebbero la facoltà di farlo autorità amministrative tramite atti secondari. Tali provvedimenti sarebbero ritenuti legittimi purché coerenti alle seguenti condizioni: non derogare leggi formali, essere adeguatamente motivati e pubblicati per ragioni di necessità e urgenza, ed essere limitati alla loro efficacia. Un'ulteriore condizione necessaria all'istituzione di tali provvedimenti da parte di un'autorità amministrativa è l'attribuzione di tale potere da parte del legislatore.

Attualmente il dubbio sorto in dottrina è se durante la quarantena sia stata limitata la libertà personale o la libertà di circolazione e soggiorno. Nel caso della limitazione della prima, è presente oltre alla riserva di legge anche la riserva di giurisdizione, inoltre ne conseguirebbe la possibilità di ricorso in Cassazione, come previsto dall'articolo 111<sup>42</sup> della Costituzione per violazione di legge.

Affermando una limitazione della libertà di circolazione e soggiorno si troverebbe a tutela di essa soltanto una riserva di legge rinforzata, presente nell'articolo 16.

Con riferimento agli atti internazionali a cui ha aderito l'Italia in tutela dei diritti fondamentali vengono ricondotti l'arresto e la detenzione a limitazioni della libertà personale, e invece le compressioni per la tutela della sicurezza pubblica e la protezione della salute pubblica a limitazione della libertà di circolazione.

Diversi anni fa, con la sentenza n/68 del 1964, la Corte Costituzionale aveva delineato marcatamente il confine tra le due libertà, affermando che per ritenere una limitazione riconducibile alla libertà personale e non alla libertà di circolazione: “..*occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio di tale potere tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere..*”<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 111 Cost.. co. 7: “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.”

<sup>43</sup> Sent. n/ 68 del 1964, Corte Cost.: “...*in cui si concreta la violazione dell'habeas corpus*”

Appare quindi evidente che non si riscontri tale danno per gli individui soggetti a quarantena e per cui si può affermare che limitazioni attuate per limitare la diffusione della pandemia siano riconducibili alla libertà di circolazione e soggiorno articolo 16 della Costituzione.

### **3.1.1 LE CRITICITÀ RISCONTRATE NELL'ADOZIONE DELLE MISURE LIMITATIVE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE PER CONTRASTARE LA PANDEMIA**

Gli atti che hanno limitato ultimamente la libertà di circolazione possono essere collocati ad un doppio binario di produzione normativa, innanzitutto la deliberazione dello stato di emergenza sanitaria che è avvenuta tramite la Delibera del Consiglio dei Ministri, in attuazione del d.lgs. n/2 gennaio 2018, ovvero il Codice della protezione civile, e inoltre i decreti-legge che istituiscono il presupposto necessario all'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Appare opportuno esplicitare le materie trattate dal Codice della protezione civile. Esso volto a tutelare le attività relative alla protezione “..dell'integrità fisica, della vita, dei beni, degli insediamenti, e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o dall'attività dell'uomo..”<sup>44</sup>. nell'articolo 3 del D. lgs. n/1 del 2018 viene prescritto che fanno parte del Servizio nazionale, seguendo i principi di adeguatezza, sussidiarietà e adeguatezza e garantendo, in base ai rispettivi ambiti di governo, le autorità di protezione civile e svolgono le funzioni di indirizzo politico in materia di “protezione civile”. Le autorità in questione sono il Presidente del Consiglio dei Ministri, essendo il titolare delle politiche di indirizzo in materia ed l'autorità nazionale di protezione civile, in funzione di autorità territoriali di protezione civile i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome i quali devono agire nel rispetto della potestà legislativa da loro attribuita e limitatamente alle rispettive amministrazioni di rispettiva competenza e in fine in qualità di autorità territoriali di protezione civile, limitatamente alle articolazioni competenti i Sindaci e i Sindaci metropolitani.

È evidente dal quadro appena stilato che vi sia un'importanza anche del ruolo degli enti locali per contrastare le calamità naturali in cui rientrano le epidemie.

La delibera dello stato di emergenza è avvenuta in base all'art. 24 del d. Lgs. n/1 del 2018 del Consiglio dei Ministri che sancisce la qualità e la durata degli interventi, non esplicitando la precisa imputazione normativa e il procedimento di formazione delle ordinanze

---

<sup>44</sup> Art. 1 D. lgs. n/1 del 2018

ma esclusivamente che debbano essere trasmessi dagli organi autorizzati, e inoltre affidando il compito di determinare i limiti e le modalità alla Delibera che dichiara lo stato di emergenza.

Essendosi verificata una situazione d'emergenza come previsto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n/15 del 1982: “..Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza..”.

Per cui risulta legittima la delibera del 31 gennaio 2020, che attribuisce essa stessa, dichiarando lo stato di emergenza, il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della Protezione Civile, e conseguentemente all'articolo 5 del Codice della protezione civile viene data facoltà al Presidente del Consiglio dei Ministri di svolgere poteri di ordinanza tramite il Capo del Dipartimento della Protezione Civile.

Il punto 2 della medesima ordinanza sancisce che il potere di ordinanza dato al Capo del Dipartimento della protezione civile è: “in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento”.

La Corte Costituzionale alla luce della legge n.225 del 1992 ha specificato che le misure derogatorie adottabili possono interrompere la suddivisione delle competenze tra Stato e regioni ma per essere lecite devono rappresentare un accentramento organizzativo circoscritto, giustificate dalla necessità data dall'emergenza, rispettando i limiti di tempo, contenuto e modalità di esercizio e devono sempre essere rispettati i principi generali dell'ordinamento italiano, tra cui il principio di leale cooperazione<sup>45</sup>.

Il decreto-legge n.6 del 2020 ha dato il compito alle autorità amministrative di adottare ogni misura ritenuta necessaria per limitare il contagio da COVID-19, nelle aree e nei comuni in cui almeno una persona risultava positiva al virus e non vi era possibilità di tracciare la rete di contagi.<sup>46</sup> Nell'articolo 2 si attribuisce alle medesime autorità la possibilità di adottare ulteriori misure per la prevenzione del contagio dal virus anche nei casi non risalenti all'art. 1., inoltre veniva specificato che le misure per essere lecite sarebbero dovute essere adottate dal Ministro della salute, ascoltati i Presidenti delle Regioni in questione, e nel caso in cui si trattasse di misure nazionali il Presidente della Conferenza delle Regioni. L'articolo 3 prevedeva che fossero i Presidenti delle Regioni ed i Sindaci a adottare le misure contingenti nei casi di necessità e urgenza dettati dalla pandemia. L'adozione di tali misure però era riferita alle così dette “zone rosse”, ovvero quindi a base locale.

Secondo parte della dottrina, tra cui l'emerito giudice della Corte Costituzionale Sabino

---

<sup>45</sup> Sent. n/56 del 2020

<sup>46</sup> Art. 1 decreto-legge n.6 del 2020

Cassese, si trova già una prima criticità, seguendo questa possibile interpretazione l'estensione delle misure sopracitate sarebbe stata estesa all'intero territorio non in sede di conversione del decreto-legge, né attraverso una diversa fonte primaria per cui le consecutive misure adottate tramite i Dpcm sarebbero prive di un fondamento legislativo e ci sarebbe stata una violazione della riserva di legge dell'art. 16 Cost.

Secondo invece una seconda interpretazione contrastante, di cui esponente anche Massimo Luciani, l'estensione delle misure è avvenuta attraverso una fonte di rango primario, lo stesso articolo 2 del decreto-legge, il quale prescrive la possibilità di adottare "ulteriori misure". Ma anche in questo caso non si riuscirebbe a superare un'ulteriore criticità, ovvero la previsione, dell'articolo 2 di un carattere generale che facendo riferimento ad "ulteriori misure" e non specificando il procedimento di adozione e la tipologia, eluderebbe la riserva di legge dell'art. 16 della Cost., in quanto non sarebbe la legge ad individuare le ipotesi limitative per poi delegare a fonti secondarie per la loro attuazione; per cui, sempre secondo questa interpretazione verrebbe meno la *ratio*, ovvero di affidare determinate decisioni alla legge e quindi attraverso il procedimento legislativo all'interno del Parlamento.

Gli atti secondari chiaramente non nutrono della stessa legittimazione, non essendo frutto della volontà del Parlamento che permette di dare voce anche alle minoranze, ma esclusivamente da una parte di esso, dal Governo. Un'importante differenza, infatti, tra i decreti-legge e i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri è il coinvolgimento delle forze di opposizione, tale coinvolgimento permette di dar voce alle minoranze, e ciò è una garanzia per tutti i cittadini, durante la presa di decisioni, a maggior ragione nei casi in cui si tratti di decisioni estremamente importanti come la compressione di diritti costituzionalmente riconosciuti. Un'ulteriore possibile dubbio è l'incostituzionalità che potrebbe provocare una clausola così ampia in questa situazione di urgenza.

Come è stato ampiamente descritto, i decreti legge possono essere adottati per motivi straordinari di necessità e urgenza e una pandemia è un caso di estrema urgenza, però la parte della dottrina che contrasta la decisione di attuazione delle misure restrittive attraverso i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e non direttamente attraverso i decreti legge afferma che affidare la loro specificazione ad un atto futuro può essere interpretato come una non urgenza delle misure e la conseguente illegittimità del D.L.

Alla luce di ciò bisogna però concludere che le misure erano effettivamente urgenti, e si può semplicemente affermare che avrebbero potuto essere adottate direttamente attraverso un decreto-legge.

### 3.1.2 SUPERAMENTO DELLE CRITICITÀ

Attraverso il decreto-legge n.19 del 2020, precisamente con l'articolo 2, si specificano le misure che possono essere adottate, risolvendo così l'assenza di un elenco specifico delle misure adottabili. Tale aspetto riconduce le misure adottate ad essere in conformità alla riserva di legge prevista dalla costituzione.

Nuovamente però viene affidata l'attuazione delle misure a futuri decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri adottabili dal Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta di ministri competenti per materia (Ministro della salute, Ministro della difesa, Ministro dell'economia e delle finanze), dei Presidenti delle Regioni interessate, e nel caso in cui si tratti di misure aa livello nazionale del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

Un aggiuntivo aspetto positivo è caratterizzato dall'esplicita affermazione dei criteri di adeguatezza e proporzionalità che devono essere rispettati nell'adozione delle misure. Nello stesso articolo 2, al quinto comma, viene previsto, per dare maggior voce alle opposizioni nonché alle minoranze, che i provvedimenti riguardanti le misure di contenimento da adottare debbano essere riferiti mensilmente alle commissioni Parlamentari, competenti per materia, dal Presidente del Consiglio o da un Ministro delegato.

Questo però non è sufficiente a placare le opposizioni di parte della dottrina, in quanto nonostante tali cambiamenti il Parlamento non riprende ad avere un ruolo centrale nella decisione delle misure da adottare.

Nell'articolo 3 del decreto-legge viene posta una sorta di scala gerarchica dei provvedimenti, a livello centrale e locale, adottati, prevedendo che, in casi di aggravamento del rischio sanitario all'interno del territorio di appartenenza, possano essere introdotte misure ancor più restrittive, tra quelle specificate nell'art. 1, comma 2, senza che esse intacchino le attività produttive regionali e gli interessi economici nazionali.

Anche ai sindaci sono stati posti dei limiti ben definiti, ovvero il divieto di adottare ordinanze urgenti in contrasto con le misure statali o i limiti posti per le regioni.

Attraverso questo nuovo decreto-legge si dà in qualche modo un ordine al sistema delle fonti e si cercano di superare le criticità precedentemente illustrate riguardo alle ordinanze adottabili da Presidenti delle Regioni e Sindaci. Tali criticità sono fondamentalmente causate dalla questione della legittimazione di fonti diverse dalla legge o da atti aventi il medesimo valore di adottare misure che comprimevano libertà costituzionalmente garantite.

È utile ricordare che la riserva di legge presente all'art. 16 della Cost. è posta in essere in tutela delle possibili limitazioni ai diritti fondamentali, assicurando l'intervento dell'intero

Parlamento, organo di espressione della sovranità popolare e proprio per questo situato al centro del sistema italiano, dalla Costituzione stessa.

La Costituzione sancisce che tali diritti possano essere compressi soltanto dalla legge, la *ratio* di ciò è che l'iter legislativo costringe al confronto tra maggioranza e opposizione e in questo modo si garantisce la tutela di tutti i cittadini. In questo caso l'attuazione delle limitazioni alle libertà fondamentali è avvenuta tramite decreto del Presidente Del Consiglio dei Ministri, che come esplicito non necessita per essere adottato del controllo del Parlamento.

Chiaramente, parte delle critiche anche dei cittadini stessi, sono state causate da ciò, che ha prodotto un forte accentramento di potere politico nelle mani del Presidente del Consiglio e ha ridimensionato il potere del Parlamento, secondo parte della dottrina stravolgendo la forma di governo parlamentare.

Bisogna però riconoscere che tali critiche non sono del tutto fondate, in quanto trattandosi di un caso straordinario di emergenza, non si può affermare che la riserva di legge sia stata sacrificata del tutto. Grazie all'eccezionalità e all'unicità si giustifica l'adozione delle misure *extra ordinem* dovendo contrastare la crisi pandemica con prontezza ed efficacia immediata. E inoltre come già affermato le misure compressive della libertà di circolazione sono state soltanto attuate dai Decreti del Presidente del Consiglio ma basati e giustificati dal precedente decreto-legge n.6 del 2020.

La Corte Costituzionale ha affermato chiaramente che l'eccezionalità di tale *modus operandi* è motivata dallo stato di emergenza e necessità, imponendo soltanto che l'autorizzazione dell'esercizio di tale potere derogatorio sia determinato nel contenuto e nelle modalità come afferma la sentenza Cost. n/115 del 2011.

Anche in questo caso la *ratio* risulta particolarmente evidente, ovvero vengono posti limiti nel contenuto e nelle modalità del potere derogatorio per evitare che si possa attuare un'espansione incontrollata e soprattutto incontrollabile dei poteri degli organi pubblici. Ciò che probabilmente avvenne all'inizio della gestione dell'emergenza attraverso l'art. 2 del decreto-legge, il quale autorizzava le autorità competenti ad "...adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza...", in questo caso non erano posti limiti né di contenuto né riguardo le modalità di attuazione, né di tempo dell'esercizio dei poteri delegati e autorizzati.

Questo è il motivo per cui da Cassese è stata considerata la normativa eccessivamente indeterminata e ha comportato l'entrata in vigore del nuovo decreto-legge n.19 del 2020.

Il Governo, conformemente alla citata giurisprudenza, ha delimitato il cerchio dei diritti e delle libertà dallo stesso compressi, specificando i limiti nell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Questa ricerca appoggia la parte della dottrina che sostiene la legittimità delle misure adottate dal Governo, la quale afferma che essi siano stati autorizzati inizialmente dal decreto-legge n.6 del 2020 e successivamente dal decreto-legge n.19 del 2020 per cui trovano in tali D.P.C.M la fonte di legittimazione e la valenza democratica che la restante parte della dottrina reclama.

Una fonte primaria legittima il Presidente del Consiglio alla attuazione di misure che comportano la limitazione o sospensione dei diritti fondamentali tramite fonti secondarie, in casi di estrema necessità. Per cui in questo caso le fonti primarie sarebbero i decreti-legge convertiti in legge dal Parlamento, che permetterebbero di attuare un controllo da parte del parlamento anche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; questo porterebbe alla conclusione che non è stata davvero sacrificata la centralità della legge e il ruolo fondamentale del parlamento o per lo meno non del tutto. Rimane il fatto che in situazioni emergenziali è ovvio che vi sia il pericolo di uno sbilanciamento dei normali meccanismi che legano il governo e la comunità e gli equilibri istituzionali.

Ciò che risulta certo è che la legittimità di tali misure si può affermare, soltanto se esse rispondano alla necessità causata dall'emergenza e quindi siano temporanee e cessare al termine della crisi.

### **3.2 LA LIMITAZIONE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DA PARTE DELLE REGIONI**

Risulta utile per completare al meglio questa ricerca fare delle brevi precisazioni riguardo al ruolo delle regioni in emergenza.

Risulta di massima importanza citare l'articolo 120 della Costituzione, il quale al primo comma vieta alle regioni di adottare limitazioni alla circolazione delle persone e delle merci.

Il medesimo articolo è qualificato sia come una norma di proibizione, per i divieti espressamente citati sia un rafforzamento di beni giuridici già protetti in diverse disposizioni costituzionali.<sup>47</sup>

L'articolo 120 rafforza il rapporto tra territorio e popolo ed è strettamente collegato alla collettività nazionale, all'interesse della comunità regionale e alla libertà individuale.

Attraverso la sentenza n/51 del 1991 la Corte Costituzionale ha però specificato che tale articolo non rappresenta un divieto assoluto nei confronti delle regioni di limitare la libera circolazione, essendo compreso nel potere di disciplina delle regioni l'autonomia politica e

---

<sup>47</sup> Nicotra, Territorio e circolazione, cit.

amministrativa. Gli ostacoli invece a cui fa riferimento l'articolo 120 sono i limiti che senza fondamento costituzionale restringono la libertà di movimento.<sup>48</sup>

La Consulta ha affermato che per affermare la violazione dell'art. 120 Cost. occorre che si verificano tre passaggi logici, in primo luogo si deve verificare di essere in presenza di un valore costituzionale per il quale possa essere limitata la libera circolazione di cose o animali, in secondo luogo la regione deve possedere la competenza che la autorizzi a stabilire una disciplina differenziata in favore della tutela dei diritti costituzionalmente affidati alla sua cura. In terzo luogo, il provvedimento adottato deve essere emanato nel rispetto della legge e dei suoi requisiti e adeguato al raggiungimento delle finalità dell'intervento limitativo.

Successivamente alla riforma del titolo V nel 2001, la giurisprudenza Costituzionale ha sostanzialmente ribadito quanto già affermato, ovvero che la necessità di porre una disciplina differenziale per la circolazione deve basarsi su una competenza regionale, deve sempre essere giustificata e non può condurre verso impedimenti arbitrari o immotivati.

Recentemente la Corte ha affermato la sussistenza sia della necessità che le regioni, rispettando le loro competenze, non introducano divieti o limiti che possano mettere in pericolo interessi di natura nazionale e d'altro canto il valore che assume l'articolo 120 al comma 1 per la garanzia di interessi e libertà che hanno una dimensione nazionale, come ad esempio ad oggi con il diritto alla salute la cui corrispondente competenza è transitata alle regioni.

In fine, con la sentenza n/37 del 2021 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11 del 2020, affermando che il legislatore regionale pur se dotato di autonomia speciale non può invadere con una propria disciplina una materia riguardante la pandemia da COVID-19 essendo diffusa a livello globale e perciò affidata unicamente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, a titolo di profilassi internazionale.

La legge regionale, infatti, prevedeva delle misure di contrasto alla diffusione del contagio diverse rispetto a quelle statali, per cui è stata impugnata ed è stato accolto il ricorso del Governo nei confronti della Valle d'Aosta, limitatamente alle disposizioni che differivano da quelle statali. La Corte ha affermato che *"...è infatti pacifico che la competenza statale esclusiva in materia di "profilassi internazionale" si imponga anche nella regione autonoma Valle d'Aosta.."*<sup>49</sup>. Tale sentenza pone fine ai dubbi riguardo il ruolo delle regioni durante l'emergenza.

---

<sup>48</sup> Sent. n/51 del 1991, Corte Cost.

<sup>49</sup> Sent. Corte Costituzionale n/37 del 2021: *"...atteso che essa non può vantare alcuna attribuzione statutaria avente simile oggetto.."*

### **3.3 IL RUOLO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DURANTE LA PANDEMIA**

La prima fase dell'emergenza essendo inaspettata ha trovato da una parte i Paesi preoccupati per la tutela del diritto alla salute più che per la tenuta del sistema Schengen e quindi ad agire in modo isolato, ma dall'altra parte al profilarsi di un ruolo più attivo dell'Unione Europea, la quale nel rispetto delle competenze attribuite dai trattati ad intervenire sul fronte finanziario per dare sostentamento al blocco forzato dei sistemi di produzione, ma anche su fronte sanitario incoraggiando gli Stati membri a muoversi verso una direzione comune incoraggiare la ricerca farmacologica e velocizzare l'acquisto e la diffusione dei vaccini.

La Commissione europea con una serie di atti di soft law tra cui comunicazioni e orientamenti, lasciando discrezionalità agli Stati ha cercato di assumere un ruolo di coordinamento.

La commissione all'inizio dell'emergenza condivideva la necessità di chiusura dei confini, sia interni che esterni ma è intervenuta tentando di favorire l'equilibrio tra la necessità di effettuare controlli sanitari e quella di consentire la libera circolazione delle persone e delle merci, ed in particolare di alcune categorie.

Per quanto riguarda le frontiere esterne l'Unione ha consigliato una restrizione dei viaggi non essenziali verso l'unione e dall'Unione e ha richiesto coesione riguardo a ciò da parte degli Stati membri, onde evitare che gli sforzi fatti potessero risultare vanificati da decisioni differenti di uno degli Stati. Le proposte della commissione sono state approvate dal Consiglio e prorogate nel tempo, accompagnate da una serie di linee guida volte a dettare indicazioni comuni per gli stati membri. Si è così affermata la possibilità degli Stati membri di effettuare controlli sanitari alle frontiere esterne e di vietare con decisioni proporzionate e non discriminatorie l'accesso a cittadini di Paesi terzi che presentassero sintomi riconducibili al COVID-19 e quindi che potessero rappresentare un pericolo per la salute pubblica e la possibilità di applicare misure alternative quali l'isolamento o la quarantena.

Riguardo invece alle frontiere interne a causa della laconicità delle disposizioni del Titolo III del Codice Schengen sono risultati più consistenti.

Il 16 marzo 2020 l'Unione ha adottato un primo documento contenente alcuni orientamenti per gli Stati membri al fine di conciliare la tutela del mercato unico e della libertà di circolazione con la necessità preservare la salute pubblica, facendo capo al principio di solidarietà e sottolineando la necessità di attuare un'azione coordinata.

Negli accordi Schengen è prevista la possibilità di ripristinare i controlli alle frontiere per ordine pubblico o sicurezza interna, ma, nonostante ciò, nel documento viene specificato che in *“situazioni estremamente critiche”* uno stato membro può ritenere necessario effettuare dei controlli per far fronte al rischio di contagio da COVID-19 pur sempre rispettando i criteri di proporzionalità e non discriminazione.

La commissione ha sempre posto particolare attenzione ad alcuni tipi di viaggiatori, tra cui coloro che rientrano al proprio domicilio e coloro che viaggiano per motivi di lavoro, tra cui i trasportatori di merci e i lavoratori itineranti. Per questo ha proposto in un apposito documento le modalità di attraversamento delle frontiere che se pur con adeguati controlli permettano alle suddette categorie di spostarsi.

Dopo la prima fase della pandemia con il calo dei contagi, l'Unione è stata indotta a ridimensionare le prime misure drastiche, cercando di mantenere le limitazioni della libertà di circolazione, nella misura meno restrittiva possibile, e contemporaneamente alla delineazione di un percorso comune da seguire per permettere quanto prima la fine di tali restrizioni e l'espansione della libertà di circolazione.

L'Unione Europea ha infatti, inviato delle raccomandazioni di chiusura dell'area Schengen fissando la data del 30 giugno 2020 come data in cui sarebbe stata predisposta una lista dei Paesi per le quali sarebbero state revocate le restrizioni grazie al rispetto di determinati parametri, ancora una volta cercando di dare un indirizzo coordinato agli Stati e di evitare azioni autonome.

Riguardo al tentativo di eliminazione delle restrizioni al diritto alla circolazione è stata prevista la *“tabella di marcia comune europea”* attraverso la quale si raccomanda una graduale abolizione delle restrizioni, l'abolizione dei controlli alle frontiere dell'Unione e successivamente la riapertura dei viaggi non essenziali verso l'Unione attraverso le frontiere esterne. La tabella stabilisce che ciò avvenga nel rispetto di tre aspetti, i criteri epidemiologici, la capacità dei sistemi sanitari e la capacità di monitoraggio.

In una comunicazione successiva è stato sottolineato dalla Commissione che le restrizioni poste alla libertà di circolazione danneggiano non soltanto il mercato unico ma anche lo stile di vita europeo dei cittadini.

La tutela della libertà di circolazione è considerata uno dei più grandi successi dell'Unione Europea ed è ritenuta da essa fondamentale per la ripresa economica dopo la pandemia e anche il Parlamento europeo convinto di ciò ha esortato la Commissione ad assumere un ruolo di maggior coordinamento.

L'espansione della libertà di circolazione all'interno dell'area Schengen nell'estate del 2020 non fu però definitiva, infatti qualche settimana dopo si è verificato un nuovo aumento

dei contagi è ciò ha comportato l'imposizione di terminati adempimenti per chi rientrava da alcuni Paesi anche Europei considerati ad alto rischio epidemiologico.

Queste decisioni sono state prese dagli Stati in autonomia, non sotto indicazioni comunitarie, alla luce del riparto delle competenze e delle oggettive differenze della diffusione dei contagi negli Stati. Per cui sono nuovamente intervenute le istituzioni europee richiamando all'omogeneità le azioni statali e richiedendo un approccio coordinato in base a quattro punti chiave: l'applicazione di criteri comuni del decidere se introdurre restrizioni alla libera circolazione, la mappatura delle zone di rischio, l'individuazione di soglie comuni nella valutazione di restrizioni alla libera di circolazione per motivi di salute pubblica e la fornitura al pubblico di informazioni chiare complete e tempestive. Nel capo sanitario l'Unione ha richiesto il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri della validità dei test COVID-19.

Con l'autunno si sono rese veritiere le previsioni degli studiosi di un nuovo aumento dei contagi, rendendo necessaria la disposizione di nuove restrizioni alla libertà di circolazione. Le Istituzioni europee hanno continuato a sottolineare l'importanza della libertà di circolazione nelle dinamiche dell'Unione Europea e la possibilità di sostituire i controlli con strumenti che ne permettano l'attraversamento in sicurezza.

Nonostante ancora oggi sussistano diverse difficoltà a causa anche della diffusione delle varianti di COVID-19 la diffusione del vaccino fa riaffiorare la speranza di un ritorno alla normalità se pur non imminente e in ogni caso mutata.

## CONCLUSIONI

L'analisi compiuta porta innanzitutto ad affermare che il Governo italiano non abbia deciso di ottemperare all'emergenza sanitaria con comportamenti tipici di una democrazia autoritaria e che non si sia verificata una rottura della legalità Costituzionale.

Come è stato dimostrato, nonostante inizialmente siano sorte alcune criticità, del tutto normali e prevedibili vista la difficoltà di rispondere ad un'emergenza pandemica in un mondo estremamente interconnesso, e sarebbe stato necessario un coordinamento maggiormente efficace tra Stato e regioni, secondo questa ricerca le procedure seguite sono corrette e lecite.

Inoltre, si deve ammettere che nonostante non vi siano previsioni puntuali riguardo lo stato di emergenza in Costituzione, essa è riuscita ad affermare, anche in questa situazione, l'attuazione di un quadro normativo efficace.

Alla luce della ricerca effettuata si vuole affermare che essendo provato l'effettivo verificarsi di una situazione emergenziale e di necessità non emergono elementi di illegittimità delle misure adottate, infatti attraverso gli elementi raccolti sembra chiaro che le limitazioni al

diritto alla circolazione siano del tutto giustificate dalla tutela del diritto alla salute e conseguenzialmente del diritto alla vita.

Bisogna tener a mente che, nonostante siano stati limitati dei diritti fondamentali per l'individuo, l'economia italiana sia stata colpita da una grave crisi e probabilmente si subiranno le conseguenze di ciò per il successivo decennio, è stata salvaguardata la salute individuale e soprattutto collettiva che se fosse venuta a mancare non avrebbe permesso, nemmeno alla fine del periodo emergenziale, di godere dei diritti che sono stati temporaneamente compressi.

Con le conclusioni appena stilate non si vuole sottovalutare l'importanza della tutela dei diritti dei cittadini, ciò deve sempre essere garantito dalle istituzioni, dalla Corte Costituzionale e dai giudici comuni.

La tutela della salute rende legittimi strumenti di tutela contingibili ed urgenti non precisamente definiti ma nel rispetto della legge: *“il nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la qualità e natura degli eventi”* deve essere rispettato puntigliosamente.

Infine, ricordando che tutto ciò è straordinario essendo conseguenza di eventi straordinari non deve diventare l'ordinarietà; non può in alcun modo accadere che ad emergenza conclusa rimangano compresse le libertà e i diritti dei cittadini.

Si vuole però concludere con un'ultima considerazione, le circostanze emergenziali e questo periodo distruttivo sotto il punto di vista economico sanitario e sociale si spera che comportino una rinascita individuale e dell'intero Paese, trasformando la necessità di cambiamenti in opportunità di progresso, un cambio di passo nell'Unione Europea riaffermando e facendo valere i valori su cui si fonda, tra cui la solidarietà<sup>2</sup> tra i popoli. E la stessa solidarietà ci si aspetta che compaia tra le singole persone e che venga abbandonato definitivamente l'individualismo.

## ABSTRACT

This thesis aims to examine the complex balance between freedom of movement and the right to health at the time of the pandemic from COVID-19. For almost a year the whole world has been faced with an international health emergency: the pandemic from COVID-19. Governments are currently committed to guaranteeing the right to health for the entire population, with the difficult task of having to reconcile the protection of this right with respect for civil and social liberties.

On 21 February 2020, in Italy was recorded the first death caused by the disease resulting from the new coronavirus, of which the scientific name is SARS-Cov-2, also known as COVID-19. It is an infectious disease belonging to the coronavirus family, the transmission of this virus is mainly by air, so it has been particularly difficult to avoid its spread. Giuseppe Conte, then President of the Council of Ministers, immediately resorted to the urgent decree, as well as numerous Decrees of the President of the Council of Ministers and Ministerial Decrees to address the exceptional nature of the emergency and the need to intervene in a timely manner.

As was to be expected, the health crisis, in addition to having virtually destroyed social balances, has had incredibly severe economic repercussions throughout the world and in countries where the economy is extremely fragile, as in Italy. This figure was recorded in the annual report ISTAT 2020, which was an anticipation of the forecasts of the European Commission, which subsequently stated that Italy was one of the European countries most affected by the economic consequences of the virus.

In fact, for the first half of this year, the same Commission had predicted a decrease of 11,2 % of GDP, while ISTAT data for the first half of 2020, the focal period of the crisis, recorded a contraction of GDP of 5,3% over the previous year where the situation was already stagnant.

The first chapter will aim to express the character and prerogatives of the right to health, recalling its inalienability and the guarantees placed to protect it at national and international level. This right is declined by the Charter of 1948 as an individual right but also as an interest of the community. This double protection of the right in question became particularly evident during the current pandemic. In the face of the outbreak of a particularly contagious disease, it has become necessary to resort to measures restricting multiple freedoms by reason of the protection of the health not only of individuals but also of the entire population.

More specifically, the second chapter will analyze the rights affected by the restrictions imposed on individuals to avoid the spread of COVID-19. In Italy, the government, as well as

the regional and local executives, have restored to contingent and urgent measures to provide limitations to the enjoyment of the following freedoms: of religion, of private economic initiative, meeting and, especially for what we are most interested in, circulation and stay.

On 23 February 2020, the first regulatory intervention was announced, which was converted into law on 5 March, through which containment measures were adopted to limit the spread of the virus only in certain territories, characterized by the existence of at least one positive individual at COVID-19.

On 8 March for the first time, the then Prime Minister Giuseppe Conte uses, the contingent and urgent instrument that will be used until the end of his presidency, the Decree of the President of the Council of Ministers. Through the new D.P.C.M. further restrictions are introduced, however, always in certain areas of the country where it seemed that the virus ran faster

Particular attention will also be paid to the contingent and urgent instrument used to issue such limitations and to its place in relation to the system of sources of law. At the State level, these freedoms have been curtailed using the decrees of the President of the Council of Ministers whose place in the system of sources is anything but peaceful and whose administrative nature is ill-suited to the reservations of the safeguard the rights of freedom.

The European union has a particularly important role regarding the protection of the freedom of circulation. The process of European integration has developed around the idea of allowing free movement in a common area, while relying on an economic glue, there has always been the ambition to create a Union territory with political aims, too.

The freedom of movement concerned mainly goods, persons, services and capital, and was accompanied in the case of persons by several significant decisions, including the decision to include this right among those concerning the status of European citizens, art. 20.a and 21 TFEU and Art. 45 CDFUE and also the decision taken in the framework of the Schengen agreements to eliminate border controls in the area Therefore, if initially freedom of movement was aimed at economic interests with the evolution of the Union and consequently the legislative and jurisprudential developments became the first pillar of European citizenship. Indeed, it is present in Art. 52 of the Charter of Fundamental Rights of the Union.

Despite this, however, responsibility for the management of external state borders remained a state competence. Referring to the Treaties, the first provision concerning freedom of movement is found in art. 3.2. of the TEU, which gives the Union the task of offering its citizens "an area of freedom, security and justice, without internal borders, in which the free movement of persons is ensured together with appropriate controls as regards external borders..". Title V of the TFEU, which deals with the area of freedom, security and justice, specifies the aim of

ensuring the absence of internal controls and common management of external borders, by conferring on the Union the competence to define the rights of third-country nationals, residents within the European territory.

Title IV of the TFEU, on the other hand, is entitled precisely to freedom of movement and through art. 45 establishes freedom of movement for workers within the Union, in art. 15.2 of the CDFUE is guaranteed the possibility of seeking employment, working to provide services and settling in each Member State. Finally, in Title I of the TFEU, entitled to the internal market, art. 26.2 provides for an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is to be ensured.

In the third chapter this research will focus more specifically on the right to freedom of movement and residence, analyzing the debate in doctrine, regarding the configuration of this right.

Freedom of movement and residence is enshrined in the Constitution in article 16, where it is guarded by a reserve of law reinforced but whose absolute or relative reinforced but whose absolute or relative character is the subject of different opinions in doctrine. More generally, the configuration of this right is the subject of heated debate between the constitutionalists, as the boundary between freedom of movement and individual freedom seems to have become almost imperceptible in this period.

The COVID-19 pandemic provided several points for discussion among constitutionalists, including the most important of which was the issue of the urgent and contingent instruments used by the government to restrict freedom of movement and residence. The Italian constitutional system, during ordinary periods, more easily manages to ensure the right balance between the protection of rights and the action of power, otherwise in an emergency period due to the weight of abnormal events, it becomes more difficult to maintain the balance between the rights and interests in question without the squeeze of some in favor of others.

It is also necessary to consider that in emergency circumstances, decisions and their implementation need speed. As has been the case in several countries, the restriction of certain rights, in particular freedom of movement and residence, must be justified by safeguarding the collective profile of the right to health and the right to life.

Part of the doctrine states that the right to freedom of movement should be regarded as incorporated into personal freedom and for this reason it would take on the same guarantees provided for the protection of the fundamental right in question. Following this line of thinking, therefore, during the pandemic there would have been an imbalance between restrictions on freedom of movement and the right to health, especially because of the particularly invasive

nature of the restrictive measures of freedom referred to in art. 16 Constitution that would have become, in fact, restrictions on the freedom referred to in art. 13 Constitution Adopted in the absence of the guarantees required by that constitutional provision.

Among the rest, some commentators have said, however, that the boundary between the two freedoms is well delineated by the Fundamental Charter, so that in the present case, through measures to combat the spread of the virus, not only would not have been no encroachment on personal freedom, but there would not have been an excessive squeeze on freedom of movement in order to protect health as a collective good.

Ultimately, the research to be carried out will focus on the distinction between personal freedom and freedom of movement and the complex balance between the latter and the right to health in the exceptional context of the COVID-19 pandemic. The purpose of the investigation is to ascertain whether, in view of the current emergency, the restrictions on the freedom in question have been made in accordance with the principles of proportionality and reasonableness, having regard, in addition to doctrine the extensive administrative case law on the subject.

Similarly, the examination in question cannot be disregarded, so to speak in advance, by a careful analysis of the complex problems underlying the use of decrees of the President of the Council of Ministers, which has already been mentioned, with respect to the guarantee of the legal reserve referred to in art. 16 Constitution.

The analysis carried out leads first of all to affirm that the Italian Government has not decided to comply with the health emergency with typical behavior of an authoritarian democracy and that there has been no breach of Constitutional legality.

What we want to affirm in this research is that the protection of health makes legitimate instruments of continental protection and urgent not precisely defined but in compliance with the law: "the link of congruity and proportion between the measures taken and the quality and nature of the events" must be adhered to.

In addition, that all this is extraordinary as result of extraordinary as a result of extraordinary events must not become commonplace; it can in no way happen that when the emergency is over the freedom and rights of citizens remain compressed.

the emergent circumstances and this destructive period from an economic, health and social point of view are expected to bring about a revival of the individual and the entire country, transforming the need for change into opportunities for progress, a change of pace in the European Union reaffirming and asserting the values on which it is based, including solidarity between peoples. And the same solidarity is expected to appear among individual people and that individualism is definitively abandoned.

## BIBLIOGRAFIA

R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti Commentario alla costituzione, Utet Giuridica, gennaio 2006.

A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, "Diritti comparati." 1/05/2020.

T. Cerruti, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-covid per attraversare i confini dell'Unione Europea?*, rivista AIC, N: 2/2021, 28/03/2021

G. D'Amico, *La libertà "capovolta" circolazione e soggiorno nello stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

S. Galeotti, *la libertà personale: studio di diritto Costituzionale italiano e comparato*, Milano, 1953.

M. Luciani, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 2011

M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, 1/01/1900.

M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, rivista AIC, N: 2/2020, 10/04/2020.

M. Luciani., *Salute (ad vocem)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991.

A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, rivista AIC, N: 2/2021, 08/04/2021

D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, 2018, Terza edizione, Giappichelli, 2018, Terza edizione.

D. Morana, *Sulla fonda mentalità perduta del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale dal caso Ilva ai tempi della pandemia*, Liber amicorum per Pasquale Costanzo, periodico telematico ISSN 1971-9892, 30 aprile 2020.

I. Nicotra, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 1995.

M. Olivetti, *così le norme contro il virus possono rievocare il <<dictator>>*, in *avvenire*, 11 marzo 2020.

C. Pinelli, *il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra stato e regioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 3.

G. Prodi, *Salute/malattia*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1981, vol. 12.

G. Tropea, *Il Covid-19, lo stato di diritto, la pietas di Enea*, 18 Marzo 2020, in <<<https://www.federalismi.it>>>

## RINGRAZIAMENTI

Questi tre anni sono stati un percorso fantastico e pieno di soddisfazioni, non sono mancate le difficoltà, ma sono state fondamentali per la mia crescita.

Ringrazio la mia famiglia per avermi per avermi sostenuta ed appoggiata in ogni momento, e in particolare mia madre che mi ha insegnato a non arrendermi mai e ad affrontare la vita sempre con grinta e soprattutto che ha sempre creduto in me, a lei in particolar modo dedico tutti i miei traguardi.

Ringrazio il mio fidanzato Vincenzo, il quale, soprattutto, durante quest'ultimo difficile anno è stato fondamentale e molto spesso la mia fonte di energia.

Ringrazio i miei colleghi e soprattutto amici con i quali ho vissuto questo percorso e senza i quali non sarebbe mai stato lo stesso, in particolare le mie migliori amiche Camilla e Lucrezia.

Infine ,ringrazio il mio relatore, il professor Giovanni Piccirilli per la sua professionalità e puntualità nel seguirmi durante la stesura della tesi, nonostante le difficoltà dovute al periodo emergenziale, e per la passione travolgente con cui svolge la sua professione.