



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2020 ANNO V N. 10.

LA TIRANNIA DELLA SALUTE. RIFLESSIONI GIUSFILOSOFICHE SULLA PANDEMIA



2020 ANNO V NUMERO 10

di Claudio Sarteà <https://doi.org/10.13130/2531-6710/14674>



Società e diritti - rivista elettronica anno 2020, V n. 10

LA TIRANNIA DELLA SALUTE. RIFLESSIONI GIUSFILOSOFICHE SULLA PANDEMIA

di Claudio Sartea

The bioethical consequences of the health emergency and the pandemic's biopolitics

Health's Tyranny. Legal-philosophical Considerations about Pandemic

Abstract: during the covid-19 pandemic, we all had to endure important limitations on our fundamental rights, which governments justified starting with the priority of the right to health. This absolutization of the right to health is not only not constitutionally founded, but is the subject of heated discussion in all scientific contexts, including the constitutional and bio-juridical ones. The article presents some considerations regarding this debate and proposes a conclusive reflection on the need to rethink individual rights – included right to health – in a solidarity and community framework.

Keywords: Right to Health; Pandemic Emergency; Individual Rights; Relationship; Solidarity.

Riassunto: nel corso della pandemia da Covid-19, è stato necessario accettare significative limitazioni dei diritti fondamentali, giustificate dai Governi nazionali a partire dalla priorità del diritto alla salute e del diritto alla vita. La Costituzione italiana, secondo l'interpretazione della Consulta, non consente l'assolutizzazione di alcun diritto, a pena di trasformarlo in tiranno e sollevare un intenso dibattito scientifico e biogiuridico. L'articolo presenta alcune considerazioni su questo dibattito e conclude con una riflessione sulla risemantizzazione del diritto alla salute in una prospettiva solidaristica.

Parole chiave: Diritto alla salute; Emergenza pandemica; Diritti individuali; Relazionalità; Solidarietà.

Autore: Claudio Sartea, Professore Aggregato di filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco

Articolo ricevuto il 30 ottobre 2020 approvato il 14 novembre 2020

1. Il diritto (durante e) dopo la catastrofe

“Sanno tutti le condizioni del povero spirito umano, il quale non riesce a mettere in moto le sue forze di riflessione, se l’esperienza con le sue prove non colpisce dolorosamente la vita, privandola di qualche cosa che le è necessaria”. Così nel 1950 Giuseppe Capograssi, uno dei grandi maestri della filosofia giuridica italiana del secolo scorso, inaugurava il suo originale saggio intitolato al *Diritto dopo la catastrofe*. La catastrofe di cui parlava era, ovviamente, quella conseguente al secondo conflitto mondiale, all’Olocausto, ai totalitarismi realizzati: niente a che vedere, dunque, con la catastrofe sanitaria di cui tutti oggi parlano, e che non costituisce invero un fatto nuovo, ma la prosecuzione invincibilmente regolare di fenomeni antichi e permanenti, con l’unica differenza della loro inedita globalità. Ciononostante, le riflessioni del filosofo di Sulmona mantengono un’interessante attualità.

“Il diritto la libertà il valore dell’individuo e delle libere spontaneità della sua vita sono come l’aria e la luce: chi si accorgeva di questi beni quando c’erano? Quando sono tragicamente mancati, è nata nello spirito, preso in mezzo alle necessità e alle negazioni della storia, l’avvertenza pratica e vissuta di queste cose e del loro valore. La privazione come sempre, come dovunque, esercita anche qui la sua provvidenziale funzione. La catastrofe, immergendo l’umanità in un mondo caratterizzato dalla morte e dall’incubo, ha messo in condizioni l’uomo di capire, che cosa è che difende e assicura la vita dalla morte e dall’incubo. Sarebbe preferibile che non vi fosse bisogno delle catastrofi per capire; ma l’uomo è fatto in modo che ha bisogno della terribile pedagogia della storia (il guaio è che, per capire, questa è condizione necessaria, ma non sufficiente!). Se non che, perché l’insegnamento sia utile, bisogna raccogliarlo metterlo in chiaro farne oggetto di meditazione”¹.

2. L’approccio istituzionale all’emergenza sanitaria

Più volte, nei mesi della crisi pandemica acuta (che in molti Paesi sono coincisi con il cosiddetto *lockdown*), i responsabili della cosa pubblica hanno insistito nel presentare il diritto alla salute come un diritto assoluto, in nome del quale era dunque coerente predisporre a sacrificare molti, o al limite tutti, gli altri diritti. All’interno di questa narrazione politico-istituzionale, il bene salute è stato pertanto presentato come un bene primario, anzi, primordiale, preliminare, prodromico al godimento ed all’esistenza stessa di ogni altro bene: ne consegue che il diritto che lo tutela, lo garantisce, lo preserva, lo promuove, non può che essere un diritto dotato di priorità sugli altri diritti, anche su quelli fondamentali. Questi ultimi, di conseguenza, hanno subito limitazioni inedite e gravissime: dai vincoli e divieti alla libera circolazione sul nostro territorio nazionale ed in quello dell’Unione europea, come in generale in ogni altra parte del mondo; alle proibizioni o almeno ai limiti stretti imposti alla possibilità di riunione, associazione, fruizione della natura e dell’arte; al divieto di manifestazioni pubbliche di qualsiasi genere, comprese quelle sportive; al rinvio nell’esercizio tempestivo del diritto politico per eccellenza, quello di voto²; all’impossibilità pratica di esercitare la libertà di culto a causa del divieto di cerimonie religiose,

¹ Capograssi, g. *Il diritto dopo la catastrofe*, in Id., *Incertezze sull’individuo*, Milano, 1969, p. 3.

² Come noto, le elezioni regionali avrebbero dovuto aver luogo alla naturale scadenza dei Consigli, nel mese di maggio del 2020, ed invece sono state celebrate, in concomitanza (*election day*) con il referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari, ad inizio autunno. Lo stesso referendum confermativo, che avrebbe dovuto svolgersi entro termini molto più ravvicinati rispetto all’approvazione parlamentare della riforma, è stato prorogato di sei mesi dal Decreto Legge del 16 marzo 2020.

in un periodo specialmente rilevante per le religioni più rappresentate sul nostro territorio³. Oltre a queste limitazioni, restrizioni, o vere e proprie sospensioni, per così dire di primo livello, abbiamo potuto apprezzare nei mesi successivi al *lockdown* anche ripercussioni di secondo livello⁴, altrettanto rilevanti rispetto al pieno godimento dei diritti fondamentali, da quello all'istruzione (ivi inclusa l'istruzione obbligatoria); a quello di libero esercizio dell'attività economica, ed in generale del diritto al lavoro. La dottrina si è interrogata a fondo sulle numerose implicazioni problematiche che le misure adottate dai responsabili della cosa pubblica presentano, già sul piano della legittimazione formale dell'esercizio della potestà normativa. Come è stato ricordato dai cultori del diritto pubblico⁵, nella nostra Carta fondamentale, a differenza di quel che avviene per esempio in Spagna⁶, non sono espressamente contemplate situazioni di eccezione all'applicazione delle ordinarie regole di convivenza⁷, derivanti da fenomeni epidemici o più in generale da emergenze di tipo sanitario⁸. Alcuni autori hanno cercato di

³ Come noto, si è addivenuti ad un'intesa tra il Governo e la Chiesa Cattolica italiana solo il 7 maggio 2020, dopo alcune settimane di tensioni dovute alla resistenza del governo civile circa la riapertura controllata delle chiese e delle pubbliche cerimonie.

⁴ Secondo livello per modo di dire, stante la piena divisibilità delle seguenti affermazioni di D'Aloia, A. "Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, p. 20: "Non si tratta di mettere a confronto la vita umana, la salute da un lato, e l'economia dall'altro, come se fossero due 'opposti'. È un'alternativa posta in modo sbagliato: dietro l'economia ci sono milioni di vite, le loro speranze di futuro per sé e per i figli, la loro dignità sociale, la possibilità di mantenere un'esistenza libera e dignitosa come recita l'art. 36 della nostra Cost., in fondo la stessa salute in una delle tante manifestazioni sostanziali di questo 'diritto-contenitore'".

⁵ Si veda per esempio De Marco, E. "Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus", in www.consultaonline.it, 2020/2, 6 luglio 2020, pp. 369 e ss.; Comazzetto, G. "Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, pp. 35 e ss., e sempre nella medesima rivista, ma *de jure condendo*, Ceccanti, S. "Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate", pp. 79 e ss.

⁶ La Costituzione spagnola prevede all'art. 116 tre diversi stati di emergenza (allarme, eccezione, assedio), e definisce le corrispondenti modalità di azione anche nel raccordo tra azione del Governo e poteri del Parlamento e dei suoi organi.

⁷ "La Costituzione non prevede strumenti appositi nei casi di emergenza, purtroppo non infrequenti nella storia repubblicana, ma si limita a disciplinare, all'art. 77, la normazione nei casi di urgenza. Anche per questo motivo non è raro che urgenza ed emergenza vengano confuse e, in certi casi, si sovrappongano, siccome 'la disciplina dell'emergenza nel nostro ordinamento è ambigua, debole e frammentata, essendo per lo più costruita intorno ad una logica che privilegia la legislazione di urgenza più che quella, appunto, di emergenza' creando non pochi problemi agli interpreti": così Piro, G.U. "Le limitazioni alla libertà di circolazione durante l'emergenza sanitaria", in www.iusinitinere.it, 28 luglio 2020 (la citazione interna proviene da Licciardello, S. "I poteri necessitati al tempo della pandemia", in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza covid-19, 20 Maggio 2020). Più avanti nel corso del presente contributo vedremo anche un'altra possibile interpretazione di questo silenzio della Carta, ma questa volta un'interpretazione positiva e non critica: fin d'ora comunque si tenga presente il saggio di Onida, V. *Costituzione e Coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, Milano, 2020.

⁸ La normativa inerente lo stato d'emergenza nazionale (peraltro, derivante da "emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo", art. 7) è concentrata nel decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018 (Codice della Protezione Civile), ed è ad esso che rimanda la Delibera

applicare estensivamente le regole dettate dall'articolo 78 sullo stato di guerra (che, si noti bene, a tenore della lettera costituzionale è prima deliberato dalle Camere le quali poi attribuiscono al Governo poteri eccezionali): ma anche senza entrare nel merito di una valutazione sulla pertinenza dell'estensione semantica, abbondantemente discussa già nell'imperversare della retorica guerresca che ha avvolto alcune narrazioni mediatiche della pandemia, il loro tentativo dimostra con efficacia che appunto la nostra Costituzione è priva di previsioni espresse per casi come un'epidemia virale fuori controllo. L'art. 16, è vero, limitatamente al diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio nazionale, introduce la possibilità di restrizioni "per motivi di sanità", ma le affida espressamente alla legge. Da qui derivano i dubbi e le perplessità di un numero considerevole di costituzionalisti⁹, circa la confusione se non proprio il sovvertimento del fisiologico ordine delle fonti normative provocato dal moltiplicarsi di atti sostanzialmente legislativi provenienti da organi amministrativi, con l'intricato intreccio di Decreti Legge e Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sul piano nazionale, e degli atti normativi regionali o degli enti locali, a livello decentrato. Pur nel turbinare dell'emergenza sanitaria, infatti, e nell'inatteso e spaventoso *crecendo* delle notizie circa il numero di contagiati, di ricoverati, di sottoposti a misure di terapia intensiva, e purtroppo di deceduti, in particolare lo strumento a cui il Governo italiano ha fatto ricorso in modo regolare e per un periodo di tempo molto prolungato non si è limitato a specificare o dare attuazione alle norme contenute nei Decreti Legge e nelle altre fonti autorizzate, ma non di rado ha introdotto regole ulteriori e tali da produrre una restrizione maggiorata anche di libertà fondamentali. Più interessante della questione formale ed anche di quella istituzionale, ad ogni modo, è quella sostanziale. Essa induce ad indagare sulla consistenza, il contenuto, la collocazione sistematica del diritto alla salute: dalla individuazione il meno approssimativa possibile di questi profili, è derivabile in un secondo momento il corretto inquadramento delle attuali e recenti misure straordinarie, e del complessivo problema di bilanciamento tra i diritti fondamentali che esse producono.

3. Il problema della collocazione sistematica del diritto alla salute

Il riferimento formale alla salute nel testo costituzionale italiano è quello dell'articolo 32. Giova ricordare che ci troviamo nella prima parte della Costituzione, quella dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini", e più precisamente nel titolo secondo ("rapporti etico-sociali"), di cui quello sul diritto alla salute è il quarto articolo, dopo le norme sulla famiglia, il matrimonio, la filiazione. Non è possibile pertanto, su questo piano formale e sistematico, attribuire al diritto alla salute una speciale priorità: se la sequenza di norme adottata dal Costituente ha (anche, magari non principalmente) un significato regolatorio, il fatto che la salute venga disciplinata dopo numerosi altri beni che formano il contenuto di altrettanti diritti e doveri fondamentali sembra dirigere l'interpretazione ben lontano dall'assolutizzazione di questo bene. Dopo la salute, nel titolo in questione si parla di arte e scienza, e di

del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 (Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili).

⁹ Si vedano tra gli altri di D'Aloia, A. "Poscritto. Costituzione ed emergenza, cit.; V. Baldini, Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio", in www.dirittifondamentali.it, 2/2020, pp. 165 e ss.; Marini, F.S. "Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge", in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza covid-19, 22 Aprile 2020).

formazione scolare. È pertanto lecito ritenere che il diritto alla salute nell'ordinamento giuridico italiano occupa un posto importante tra i diritti fondamentali, e costituisce l'oggetto di un impegno solennemente assunto dallo Stato al momento di dotarsi di una Carta fondamentale: l'attribuzione del carattere di fundamentalità si traduce in questo senso, più che in un'affermazione di assolutezza o priorità o inviolabilità speciale, nella presa in carico istituzionale del bene salute dei cittadini¹⁰. Come noto, tale presa in carico ha una storia complessa nella Repubblica, giacché, qualunque natura si voglia attribuire alla norma costituzionale (precettiva o programmatica¹¹), da un modello prevalentemente mutualistico come quello vigente all'epoca dei Costituenti si è passati, con la legge 833 del 1978 introduttiva del Sistema Sanitario Nazionale (a base regionale, ulteriormente rafforzata dalla riforma costituzionale del 2001), ad un modello solidaristico, con una distribuzione dei costi sanitari nettamente più coerente con la previsione costituzionale delle "cure gratuite agli indigenti" e più in generale con l'affermata "fundamentalità" del diritto¹². Storicamente, anche il nostro Paese è dunque transitato, sebbene dopo tre decenni dall'approvazione della Carta che in qualche modo suggeriva, se non proprio imponeva, questo passaggio, da un concetto di salute fondato sul sistema assicurativo e vincolato alla sfera privata, dunque differenziato, ad un concetto universalistico almeno per quel che riguarda i livelli essenziali di assistenza (LEA, introdotti formalmente nel 2001¹³), garantiti per tutti e stabiliti dalla legge ordinaria vigente su tutto il territorio nazionale, in base alla riserva di legge statale contenuta nella lettera m) del novellato art. 117 Costituzione. L'aziendalizzazione del servizio sanitario pubblico, dettata dalle medesime esigenze di sostenibilità ed efficienza che hanno determinato il legislatore ad introdurre la compartecipazione diretta dei privati, oltre a quella indiretta garantita dal sistema tributario ma su base redistributiva, nei costi da sostenere per le spese sanitarie (Decreto legislativo 502 del 1992, e successivo Decreto legislativo 229 del 1999), non ha comunque messo in discussione i principi ispiratori della riforma: l'uguaglianza, la globalità (dei servizi, che garantiscono non solo la diagnostica e la terapia, ma anche la prevenzione e la riabilitazione), e la base regionale dell'assistenza.

È piuttosto evidente il carattere complesso del diritto alla salute. Esso è certamente, in primo luogo e secondo la tradizione liberale, un diritto "individualistico" di libertà: il cui contenuto, in quest'ottica, è la pretesa ad un *non facere* sia degli altri individui che delle istituzioni pubbliche. L'obiettivo di scoraggiare e per quanto

¹⁰ Si veda sul punto anche Ferrara, R. *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Ferrara, R. (a cura di), *Salute e sanità*, in Rodotà, S., Zatti, P. (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, spec.- pp. 51 e ss.

¹¹ Distinzione importante ma non specialmente incisiva nel presente dibattito, giacché la Corte costituzionale ha sostenuto sin dalle sue prime decisioni (cfr. per esempio la sentenza n. 1 del 5 giugno 1956) che ambedue le categorie di norme costituzionali sono a pari titolo fonte di regole direttamente applicabili. Cfr. in argomento Carlassare, L. "Diritti di prestazione e vincoli di bilancio", in www.costituzionalismo.it, n. 3/2015, nonché, con specifico riguardo al diritto alla salute, Tamburrini, V. "I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute", in *Lanus*, n. 18, 2018.

¹² Per il dibattito che investe il ricorso a questo aggettivo nel disposto dell'art. 32, si veda un'efficace sintesi in Morana, D. *La salute come diritto costituzionale*, cit., pp. 63 e ss. Ne discuteremo poco oltre nel testo.

¹³ Il DPCM 12 gennaio 2017, che ha introdotto anche l'aggiornamento annuale dei L.E.A., ha poi sostituito integralmente il DPCM 29 novembre 2001.

possibile impedire azioni nocive nei confronti dell'integrità psico-fisica della persona era sicuramente avvertito con forza da quanti, come i Costituenti, emergevano dalla drammatica esperienza della seconda guerra mondiale, nonché dalla traumatica scoperta dei campi di concentramento e delle pratiche in esse attuate a deplorabili scopi di ricerca e sperimentazione sui corpi degli internati¹⁴. Seppur con riguardo a situazioni meno estreme, la protezione del soggetto umano come individualità psicosomatica non poteva non costituire un fine centrale nella ricostruzione giuridica e politica liberale che animava gli intenti della nascente Repubblica. Questa prima declinazione del diritto alla salute chiarisce dunque, oltre al tenore dello stesso comma secondo dell'articolo 32 Cost., la successiva espansione per via giurisdizionale delle tutele assicurate al singolo per via risarcitoria, con l'estensione del concetto di danno anche alle sfere psichica ed emotiva, o più in generale esistenziale. Ma vi è anche una seconda declinazione possibile del nostro diritto, che piega verso le dinamiche tipiche dei diritti sociali: esso include infatti senza dubbio un diritto a ricever prestazioni, che avrebbe avuto pieno riconoscimento ed espansione in una prospettiva sociale proprio a partire dalla riforma del 1978¹⁵, in virtù della quale è progressivamente mutato il modo stesso di guardare ad esso, che si è trasformato nel "diritto ad avere cure pagate in prevalenza con il pubblico denaro"¹⁶. Va osservato che, se sulla prima parte del diritto individuale alla salute si può discutere circa l'arbitraria capacità del singolo di stabilirne i contenuti senza alcun vincolo tale da potersi parlare di un "dovere di salute"¹⁷, sulla seconda parte è fuor di dubbio che non siano i singoli bensì le istituzioni pubbliche della salute a deciderne la portata, come oggi avviene nell'ambito della definizione dei LEA. Questo aspetto implica un arduo sforzo di bilanciamento tra le richieste ed

¹⁴ Si veda il volume di Lifton, R.J. *I medici nazisti*, (1986), trad. it., Mondadori, 2003, che attinge ampiamente ai materiali documentali dei Processi di Norimberga.

¹⁵ Conseguita a quella che la dottrina ha presentato come una vera e propria "rivoluzione culturale": cfr. Montuschi, L. *Articolo 32*, in Branca, G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 149.

¹⁶ Così Luciani, M. *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, p. 9.

¹⁷ Decisamente in questa direzione un'autorevole dottrina (Morana, D. *La salute come diritto costituzionale*, cit., p. 39, la quale cita anche Grossi, P. *Introduzione allo studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, p. 59). Qualche perplessità dovrebbe però destare l'innegabile e poco discussa esistenza, nel nostro ordinamento come in tutti quelli simili, di regole sanzionate che impongono l'adozione di condotte o dispositivi funzionali alla miglior preservazione della salute dei singoli o di soggetti da essi dipendenti (si pensi all'obbligo di utilizzare il casco protettivo per i motociclisti, o la cintura di sicurezza per gli automobilisti, o speciali sedute e dispositivi anti-abbandono per i minori trasportati in autovettura). Al di là di fenomeni più macroscopici (come i trattamenti sanitari obbligatori, o l'obbligo di vaccinazione), che possono avere una spiegazione anche in termini diversi da quelli di un "dovere di salute" – per la loro evidente attitudine alla tutela della salute collettiva, o per l'intuitiva validità della presunzione di consenso del paziente eventualmente privo di coscienza, nei riguardi di un trattamento salvavita –, rimane dunque chiarito che il carattere individualistico che si ritenesse di assegnare al diritto *de quo* nel suo versante individuale non esige per forza che esso venga allora ricondotto alla sfera dell'autodeterminazione, specie se considerata priva non solo di limiti legali ma anche di regole di ragionevolezza. In certa misura, questo tipo di criterio evoca il divieto di abuso del diritto come generale proibizione di ricorrere ai diritti soggettivi al di fuori della loro funzione sociale propria (in argomento si veda la monografia di Pompei, M. *L'abuso del diritto. Un approccio tra filosofia e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019). Vedremo che questa impostazione può avere uno sviluppo promettente *de jure condendo*, anche per ripensare il diritto alla salute e le sue articolazioni.

aspettative individuali e familiari, e le possibilità di una “medicina sostenibile”¹⁸, come è stata chiamata perfino in un contesto assai meno solidaristico di quello nostrano.

Il primo comma dell’articolo della norma costituzionale, tuttavia, attribuisce fundamentalità anche all’altro versante della salute, percepita qui come “interesse della collettività”. Più che il ritorno (che sarebbe suonato contraddittorio) ad una visione collettivista del diritto in questione – la stessa che aveva giustificato la penalizzazione dell’aborto, per esempio, in termini di tutela dell’integrità e sanità della stirpe, come si esprimeva il titolo X del Codice Penale –, tale espressione deve far pensare all’intima solidarietà biologica che connette tutti i membri di una comunità (e non solo, come pure va sottolineato in ordine all’universalità del diritto *de quo*, i cittadini), ed alle peculiari esigenze che la protezione della salute pubblica implica. Sebbene tali esigenze dettassero l’agenda degli interventi pubblici in materia *prima* della svolta liberaldemocratica, la loro intrinseca ragionevolezza impediva ai Costituenti di espellerle direttamente dalla nuova agenda politica ed istituzionale: ed infatti essi si affrettarono a richiamarle immediatamente *dopo* la proclamazione della salute come “diritto fondamentale dell’individuo”¹⁹.

Il diritto alla salute mostra dunque, già nella sua fenomenologia costituzionale, un’originale configurazione duale e complessa, irriducibile ad unità senza sacrificio di una sua componente essenziale.

3. Un diritto “fondamentale”

Il diritto alla salute è l’unico che il Costituente aggettiva con l’ingombrante espressione “fondamentale”. È stato scritto che “una possibile rilevanza del carattere della fundamentalità del diritto alla salute pare doversi cogliere [...] nelle ipotesi di contrasto con altri diritti menzionati nel testo della Costituzione, quando il contrasto non possa essere risolto attraverso il criterio di specialità per mancanza di un’esplicita previsione costituzionale in tal senso”²⁰ (ed ovviamente non soccorrono né il criterio cronologico né quello gerarchico, trattandosi di norme appartenenti al medesimo *corpus* normativo). L’ottica in cui si muove questa dottrina è la medesima ove si collocano le espressioni di un autore già Presidente della Consulta, ad avviso del quale la definizione di fondamentale di un diritto costituzionale rappresenta “un ulteriore ed incontestabile strumento che agevola lo studioso e l’operatore pratico” nei casi di tensione tra due diritti costituzionali: essa andrebbe superata “in favore di quello [...] che risulti testualmente – e non secondo la simpatia dell’interprete – chiamato fondamentale rispetto all’altro [...] che, privi di una tale qualificazione, sono evidentemente nei loro confronti da considerarsi secondari”²¹. Siffatta ricostruzione del significato di fundamentalità è specialmente rilevante in un’epoca in cui, nel nome di un’emergenza pandemica e delle crisi sanitarie che essa sembra idonea a produrre, si stanno apponendo limiti tanto ampi ed incisivi a numerosi altri diritti di libertà. Accanto alla prospettiva dottrinale, è doveroso menzionare anche quella istituzionale, ed in particolare quella adottata dall’interprete più autorevole della Costituzione, la Corte costituzionale. Il diritto alla salute, che com’è immaginabile occupa da lungo tempo la riflessione e la giurisprudenza della Consulta, in relazione alle sue possibili tensioni con gli altri diritti

¹⁸ Callahan, D. *La medicina impossibile. Le utopie e gli errori della medicina moderna*, (1998), trad. it., Baldini&Castoldi, Milano, 2009.

¹⁹ Per approfondimenti, oltre alla letteratura costituzionale ampiamente disponibile in argomento, si veda l’interessante dibattito della Commissione dell’Assemblea Costituente incaricata dell’elaborazione delle norme sui rapporti etico-sociali, ed in particolare la seduta del 24 aprile 1947.

²⁰ Si veda nuovamente Morana, D. *La salute come diritto costituzionale*, cit. p. 65.

²¹ Grossi, P. *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in Id., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 2.

costituzionali ha da qualche anno ottenuto un trattamento costante e coerente, che si discosta dall'orientamento appena menzionato²². Ad avviso della Consulta, come si esprime la nota sentenza n. 85 del 2013²³,

[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

Con ciò la Corte pare negare senza esitazione né eccezioni la possibilità di una gerarchizzazione tra i diritti fondamentali espressi in Costituzione, ed a maggior ragione sembra escludere l'esistenza di diritti assolutamente dominanti sugli altri²⁴, implicitamente sostenendo la priorità logica e giuridica di un concetto di 'dignità umana' complesso e certamente integrato, non riducibile ad uno solo o ad alcuni beni personali e correlati diritti. Può essere interessante notare anche che, in una successiva decisione relativa alla medesima, complessa vertenza, la Corte Costituzionale ha assunto un atteggiamento opposto per quel che riguarda la valutazione dell'operato del legislatore, ma coerente con il medesimo orientamento di fondo, sfavorevole alla prevalenza assoluta di un diritto costituzionale su qualsiasi altro. Come leggiamo nella sentenza n. 58 del 2018:

a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi *inscindibilmente connesso* il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.). Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicitare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona²⁵.

La Consulta menziona in proposito le limitazioni imposte da precedenti sentenze al diritto di cui all'art. 41 della Costituzione, in ottemperanza alle esigenze, di pari rango costituzionale, derivanti dalla sicurezza del lavoratore (sentenza n. 405 del 1999) nonché dalla protezione della sua salute ed integrità fisica (sentenza n. 399 del 1996). Nella relazione annuale del Presidente della Corte Costituzionale, che quest'anno è stata pronunciata da Marta

²² Come correttamente riconosce questa Autrice: Morana, D. *La salute come diritto costituzionale*, cit., p. 67.

²³ Agevolmente reperibile sul sito istituzionale della Consulta: www.cortecostituzionale.it.

²⁴ Sul piano della positivizzazione dei diritti umani e del cosiddetto 'diritto internazionale dei diritti umani', va anche rammentata l'insistenza di autorità come l'ONU in ordine all'indivisibilità dei diritti: si veda per esempio l'art. 5 della prima parte della Dichiarazione di Vienna del 1993, a tenore del quale "tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi". Per un'importante elaborazione di questa dimensione dei diritti, e proprio con specifico riferimento ai diritti sociali, si veda Casadei, T. *I diritti sociali: un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2013.

²⁵ Il corsivo è mio e mira a sottolineare che la Consulta non adotta qui il linguaggio della comparazione (superiorità ed inferiorità), né quello della presupposizione, bensì quello dell'interconnessione inscindibile, che rimanda alla già rimarcata caratteristica di indivisibilità dei diritti umani.

Cartabia il 28 maggio 2020, e proprio con espresso riferimento alle circostanze emergenziali nell'ultimo paragrafo, leggiamo ancora:

Il nuovo anno è stato aperto da una contingenza davvero inedita e imprevedibile, contrassegnata dall'emergenza, dall'urgenza di assicurare una tutela prioritaria alla vita, alla integrità fisica e alla salute delle persone anche con il necessario temporaneo sacrificio di altri diritti. La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri²⁶.

La Presidente del garante giurisdizionale della Costituzione nel nostro ordinamento indica dunque una ragione sostanziale a giustificazione dell'assenza di norme sull'emergenza, che potrebbe apparire una lacuna nella Carta. Al contempo, e subito dopo, Cartabia tuttavia osserva:

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, come recita l'articolo 77 della Costituzione, in materia di decreti-legge. La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli più recenti della crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l'ordine costituzionale, 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. Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità – a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare 'per l'alto mare aperto' dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende.

Il riferimento alla tutela "sistemica e frazionata" è cruciale, perché rimanda proprio all'aggettivazione utilizzata nella sentenza 85 del 2013, che a sua volta come abbiamo visto rimanda alla sentenza n. 264 del 2012: l'esplicito richiamo dell'endiadi vuole evidentemente rimarcare la funzione di criterio guida per la giurisprudenza costituzionale e per ogni strategia di protezione e promozione dei diritti fondamentali²⁷. Dal punto di vista più generale, l'impostazione della Consulta sembra in tal modo muovere da uno sguardo olistico sulla persona umana, incompatibile con la gerarchizzazione dei suoi beni e dei relativi diritti. Come già rilevato, questo atteggiamento rimanda alla categoria

²⁶ Questa e le successive citazioni sono tratte dalle pagine 17 e 18 della Relazione 2020, pubblicata anche sul sito istituzionale della Consulta già menzionato.

²⁷ Così lo interpreta anche Buratti, A. "Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte", in www.diritticomparati.it, 1 maggio 2020, p. 6: "Le Costituzioni liberal-democratiche rispecchiano il pluralismo sociale che fa da sfondo al costituzionalismo del Novecento: i cataloghi dei diritti che esse incorporano sono 'tavole di valori' che impostano e guidano il necessario bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti. Al contrario, la difesa unilaterale di beni assoluti e la corrispondente evocazione di un principio costituzionale di sicurezza e prevenzione del rischio – con la sua esaltazione della paura e la pretesa tirannica di sospensione di ogni altro interesse privato e pubblico – sospendono l'impegnativo compito di incessante bilanciamento tra diritti e interessi che le Costituzioni fondano e richiedono ai soggetti chiamati a dare loro sviluppo".

della indivisibilità, predicata dalla dottrina dei diritti umani come essenziale a questi diritti, al pari dell'inviolabilità, dell'imprescrittibilità, dell'indisponibilità, e così via. Secondo tale prospettiva, ogni selezione ed ogni attribuzione di priorità rischiano di diventare forme inconsapevoli o intenzionali di riduzionismo: come sacrificare i beni relazionali o il lavoro alla salute potrebbe ridurre l'essere umano al suo corpo ed al relativo benessere fisiologico, così sacrificare la salute al lavoro – specie se si tratta di lavoro subordinato in favore del profitto altrui – implicherebbe il rischio di un'accentuazione della componente economica sulla cura della vita biopsichica. L'indivisibilità dei diritti umani – e la loro generalizzata, non gerarchizzabile, fondamentale – trova dunque giustificazione all'interno di una logica che mantiene l'essere umano nella sua caratteristica unitarietà complessa: l'affermazione di priorità precipiterebbe inevitabilmente prima o poi lungo il pendio scivoloso del riduzionismo, spiritualistico o materialistico, comunque sempre antiumanistico.

4. La tirannia dei diritti

È di indubbia efficacia il ricorso che la Corte Costituzionale fa all'idea della tirannide del diritto, per prenderne le distanze ed adottare la visione olistica dei diritti (e dell'essere umano che ne è titolare) di cui si è detto. L'espressione utilizzata dalla Consulta non può peraltro non evocare il titolo di un celebre saggio di Carlo Schmitt del 1960, *La tirannia dei valori*. Ad avviso del giurista e filosofo tedesco, la tirannide è l'esito inevitabile di qualunque etica dei valori, e dunque di qualsiasi discorso normativo basato sul riferimento a valori: "In che modo [...] potrebbe diversamente concludersi il conflitto tra valori soggettivi o persino oggettivi? Il valore più alto ha il diritto e il dovere di assoggettare a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annulla giustamente il disvalore in quanto tale"²⁸. Una volta impostato il discorso normativo in termini valoriali, e constatata l'indiscutibile pluralità dei valori stessi, vi sarebbe insomma secondo Schmitt una naturale tendenza di un valore ad imporsi sugli altri valori, e l'espressione "tirannia dei valori" descrive proprio questo fenomeno ineluttabile. Come ha scritto Hartmann, che Schmitt cita come artefice originario dell'immagine della tirannia dei valori,

ogni valore, una volta che ha acquistato potere su di una persona, ha la tendenza ad erigersi a tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano, ed invero alle spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente contrapposti. [...] Vi è allora un fanatismo della giustizia (*fiat iustitia, pereat mundus*) che non offende esclusivamente l'amore, per non dire il solo amore del prossimo, ma assolutamente tutti i valori più elevati²⁹.

Anche i fautori dell'etica dei valori, dunque, sono consapevoli di questo rischio involutivo, sebbene sembrino limitarlo al fanatismo individuale. Schmitt dal canto suo trasferisce dal terreno etico dell'esperienza morale e psicologica del singolo a quello giuridico delle decisioni collettive la riflessione di Hartmann: "Intesa correttamente l'espressione 'tirannia dei valori' può fornire la chiave per comprendere che l'intera teoria dei valori può solo fomentare e alimentare l'antico, perenne conflitto delle convinzioni e degli interessi"³⁰. In tal senso, non è certo di aiuto quando si tratta di comporre o bilanciare esigenze almeno apparentemente contrapposte, o in tensione reciproca. Non gioverebbe, ad avviso di Schmitt, nemmeno il tentativo di classificare i valori secondo una gerarchia logica o di presupposizione ontologica: "Non è un grande vantaggio che vi siano moderni filosofi dei valori che riconoscono 'rapporti fondanti', in forza dei quali il valore inferiore può essere occasionalmente perfino anteposto a quello più alto, perché è il presupposto di quello più alto". Si tratta esattamente del tentativo, affacciato da alcuni autori, di sfuggire alla trappola della tirannia, ipotizzando una strutturale dipendenza – se non altro, logica – di un valore dall'altro: esisterebbe in altri termini la possibilità di individuare dei diritti fondamentali "presupposti"³¹,

²⁸ Schmitt, C. *La tirannia dei valori*, (1960), trad. it., Morcelliana, Brescia, 2008, p. 61.

²⁹ Hartmann, N. *Etica, II. Assiologia dei costumi*, (1926), trad. it., Guida, Napoli, 1970, p. 408.

³⁰ Schmitt, C. *La tirannia dei valori*, cit., p. 63.

³¹ Si veda per esempio D'Aloia, A. "Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio", cit., p. 22: "Il Coronavirus ha portato allo scoperto una netta graduazione gerarchica tra diritti. Su tutti, la salute come bene supremo, visto nella sua doppia

quali il diritto alla vita e quello appunto alla salute, che costituirebbero la premessa fattuale all'esercizio di tutti gli altri, e dunque godrebbero di una sorta di statuto speciale, tale da assicurarne una tutela in qualche modo prevalente. Per questa via, i teorici del valore ammettono che:

la logica del valore deve sempre tenere fermo il principio che per il valore supremo il prezzo più alto non è troppo alto, e deve essere pagato. Questa logica è troppo forte ed evidente per poter essere ridotta o condizionata entro il conflitto dei valori. È sufficiente solo confrontare fra loro l'antiquato rapporto tra fine e mezzo con il moderno rapporto fra valore più alto e più basso o perfino tra valore e disvalore, per comprendere in che modo sfuggano di mano scrupoli e riguardi in conseguenza della logica specifica del valore. Un tempo, quando la dignità non era ancora un valore, ma qualcosa di essenzialmente diverso, il fine non poteva santificare il mezzo. Si riteneva una massima riprovevole che il fine santificasse il mezzo. Nella gerarchia dei valori, al contrario, valgono altre relazioni, che giustificano il fatto che il valore annienti il disvalore e il valore più alto tratti quello più basso come deteriore.

Così però, chiosa Schmitt, si ammette la possibilità “di ricambiare il male con il male e in questo modo di trasformare la nostra terra in un inferno; l'inferno, tuttavia, in paradiso dei valori”³². Sebbene solo accentuando la *vis polemica* si potrebbe pervenire ad assimilare le limitazioni dei diritti fondamentali sofferte durante la fase più acuta della crisi pandemica con una specie di inferno in terra, è al cuore della logica dei valori (anche quelli giuridici, dunque) che mira la critica schmittiana. La conclusione cui egli perviene riporta il discorso all'area giuridica e ne immagina le conseguenze in sede applicativa: “Un giurista che accetti di diventare esecutore diretto di valori dovrebbe sapere quello che fa. Egli sarebbe tenuto a riflettere sull'origine e la struttura dei valori e non dovrebbe sentirsi autorizzato a sottovalutare la questione della tirannia dei valori e della loro attuazione diretta”³³.

5. Vita e salute come diritti “presupposti”, e la questione del loro reciproco rapporto

Nel dibattito provocato in Germania dalla pandemia recente, Jürgen Habermas si è detto “inquietato” dal fatto che i giuristi si uniscano al coro dei politici che:

relativizzano la ‘tutela della vita’, protetta nel secondo paragrafo del secondo articolo della nostra Legge Fondamentale, nei confronti della ‘dignità dell'uomo’, di cui all'articolo 1, la quale, in un certo senso, troneggia su tutti i diritti fondamentali. Così ragionando, in qualche modo si abbandona la tutela della vita al ‘bilanciamento’ con tutti gli altri diritti di libertà e di partecipazione. [...] D'altra parte – prosegue Habermas –, Wolfgang Schäuble³⁴, nel subordinare la tutela della vita alla dignità umana, si appella ad un'intuizione

figurazione di diritto individuale e interesse collettivo. È stato detto, e anche questa opinione ha un fondo di verità, che la salute è in realtà un diritto presupposto. Tutti gli altri diritti presuppongono lo stare bene in salute”.

³² Schmitt, C. *La tirannia dei valori*, cit., rispettivamente p. 63 e p. 64.

³³ Schmitt, C. *La tirannia dei valori*, cit., p. 68.

³⁴ Si tratta del Presidente del Parlamento tedesco, che ha dichiarato in relazione alle limitazioni dei diritti in piena emergenza sanitaria: “Io sento che di fronte alla tutela della vita tutto il resto dovrebbe cedere, allora devo dire: ciò non è giusto in termini così assoluti. I diritti fondamentali si limitano reciprocamente. Ma se nella nostra Legge Fondamentale esiste un valore assoluto, allora questo è la dignità dell'uomo. Questa è inviolabile. Ma essa non esclude che noi dobbiamo morire” (traduzione italiana nella rivista telematica citata alle successive note).

morale a prima vista evidente: ad una vita umana appartiene un qualcosa di più della semplice ‘vita’, che noi attribuiamo agli animali – la ‘buona’ vita, come Aristotele l’ha definita³⁵.

Alle preoccupazioni di Habermas facevano *pendant* le osservazioni del giurista tedesco Klaus Gunther, che suggeriva una soluzione *prima facie* alternativa a quella del conflitto risolto dalla gerarchizzazione, indicando la via del bilanciamento:

La necessità di bilanciare diritti fondamentali deriva dalla circostanza che vi è più di un diritto fondamentale e nessun diritto è privo di limiti. Essi possono collidere l’uno con l’altro. Perciò anche la maggior parte dei diritti fondamentali (come vita e libertà) possono essere espressamente limitati tramite leggi, non solo per evitare prevedibili collisioni, ma anche per realizzare altri scopi legittimi sul piano giuridico-costituzionale. All’effettivo bilanciamento tra due o più diritti, come da un lato vita e salute dall’altro libertà è, però, preliminare la verifica della proporzionalità dell’intervento. Oltre alla legittimità giuridico-costituzionale dello scopo così perseguito – qui tutela di vita e salute – devono essere verificate la sua obbligatorietà per il raggiungimento di tale scopo e la sua necessità rispetto ad alternative che incidano meno intensivamente sul diritto fondamentale – ad esempio la libertà di riunione – senza mettere in pericolo il fine della tutela contro l’infezione”.

Secondo Gunther, la valutazione non è anzitutto giuridica, ma politica, e responsabili ne sono i governanti:

In questi tre passaggi lo Stato – il legislatore, l’amministrazione della sanità – ha una prerogativa di valutazione. L’idea centrale del principio di proporzionalità è che lo Stato possa limitare i diritti fondamentali non arbitrariamente né più di quanto sia assolutamente necessario, al fine di garantire il loro rispettivo contenuto essenziale. Solo al quarto e ultimo gradino si tratta di un apprezzamento esclusivamente giuridico, che certamente può essere pre-strutturato tramite un primato del diritto alla vita o con la tutela della dignità³⁶.

Il nucleo della discussione tra i due studiosi tedeschi sembra essere quindi di nuovo il problema della priorità. Solamente ammettendo, dal punto di vista dei decisori collettivi (politici e giuristi), la priorità dell’esigenza di protezione del diritto alla vita ed alla salute rispetto agli altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (quella tedesca in questo caso, ma le differenze sono di poco peso nel ragionamento che qui cerchiamo di svolgere), è possibile poi pervenire ad una piena giustificazione dei provvedimenti limitativi o addirittura sospensivi di quegli altri diritti. Lo schema di per sé può apparire plausibile, ma, come gli stessi Habermas e Gunther osservano, non è pacificamente applicabile al diritto vivente. I nostri sono tempi, infatti, in cui come i due autori ricordano – sottolineando le evidenti differenze tra le fattispecie e le situazioni – gli stessi tribunali costituzionali attribuiscono:

un alto rango al diritto alla vita. Il Tribunale Federale Costituzionale, nella sua prima decisione sull’interruzione della gravidanza del 1975, condivide un’argomentazione del futuro giudice federale costituzionale Ernst-Wolfgang Böckenförde, che trae dal diritto fondamentale alla vita l’obbligo per lo stato di porsi in termini di ‘protezione e sostegno’ nei confronti della vita stessa e attribuisce a questa ‘un altissimo valore all’interno dell’ordinamento della Legge fondamentale’, non da ultimo con riferimento al passato tedesco. Al riguardo la Corte costruisce anche un rapporto con l’articolo 1, che però non viene spiegato in

³⁵ Habermas, J. “Intervista a Die Zeit del 9 maggio 2020”, traduzione italiana a cui attingiamo in www.giustiziainsieme.it, n. 1125, del 30 maggio 2020, p. 3.

³⁶ Gunther, K. “Intervista a Die Zeit del 9 maggio 2020”, traduzione italiana citata, p. 5.

termini più precisi: il diritto alla vita sarebbe ‘la base vitale della dignità umana e il presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali’ – dunque anche del diritto alla libertà³⁷.

Può essere qui interessante osservare, per inciso, che anche la Corte costituzionale italiana, nella parallela sentenza n. 27 del 1975 con cui si aprì la strada alla depenalizzazione dell’interruzione volontaria della gravidanza, assunse un analogo criterio di classificazione dei diritti fondamentali, ma pervenne – diversamente dall’omologa Corte germanica – a concludere con le celebri e discusse espressioni secondo cui “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare”. Proprio la necessità logica di declassare ontologicamente e giuridicamente l’embrione dipende, con ogni evidenza, dalla difficoltà di accordare protezione prioritaria all’autodeterminazione della gestante nei casi in cui si tratti di decisione abortiva funzionale alla salute, rispetto al diritto alla vita del nascituro. In altre parole, non vi sarebbe stato bisogno di procedere a spericolate definizioni della persona umana, se nello schema dei giudici della Consulta non fosse stata implicita la prevalenza del diritto alla vita su quello alla salute e sugli altri diritti di libertà connessi con la decisione di interruzione della gravidanza. La differenza sostanziale tra le fattispecie abortive e quelle venute in essere durante la pandemia, peraltro, è data dalla dualità dei soggetti titolari dei diritti da bilanciare: è per questo che l’osservazione di Gunther sull’ironia della situazione, sebbene incidentale, non sembra comunque davvero pertinente³⁸. D’altra parte, e concentrandosi sulla giurisprudenza costituzionale nostrana recente, la stessa Consulta³⁹ ha recentemente deliberato in materia di fine vita seguendo un itinerario almeno parzialmente diverso da quello di chi intende tutelare prioritariamente la vita rispetto agli altri diritti fondamentali del soggetto. Sebbene sul punto vi siano differenze e tensioni tra le Corti, ivi inclusa anche la Corte europea dei diritti umani, che a sua volta non ha attuato una strategia uniforme nei primi due decenni del nuovo secolo⁴⁰, con riguardo all’evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di protezione del diritto alla vita rispetto ad altri diritti in conflitto si può osservare che sia la depenalizzazione dell’aborto sia la legalizzazione del suicidio assistito (per quanto per ora in forma vincolata alla sussistenza di numerose e strette circostanze patologiche, scrupolosamente elencate nella sentenza costituzionale n. 242 del 2019), vanno nella direzione di una subordinazione della vita alla salute o anche alla libertà, nel segno di un concetto della dignità sempre più soggettivizzato e dipendente dalle valutazioni individuali⁴¹. Il processo non è univoco né privo di battute d’arresto e riscontri in controtendenza, come – primo fra tutti per il suo ruolo continentale ed il suo prestigio istituzionale – la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, approvata a Nizza nel dicembre del 2000 ed incorporata successivamente ai Trattati dell’Unione: non può non richiamare l’attenzione il fatto che i cinque articoli di tale Carta che compongono il primo Capo siano intitolati non già alla “Libertà”, bensì alla “Dignità”, e contengano norme di tutela della sfera psico-somatica dell’essere umano, come il diritto alla vita (articolo 2) ed il diritto all’integrità della persona (art. 3). Interessante anche rilevare qui che la norma sul diritto alla salute (con un’evidente

³⁷ Gunther, K. “Intervista a Die Zeit del 9 maggio 2020”, cit., p. 8.

³⁸ Gunther, K. “Intervista a Die Zeit del 9 maggio 2020”, cit., p. 10: “Non manca di una certa ironia il fatto che alcuni di coloro che ora vogliono relativizzare il diritto alla vita nei confronti della dignità umana appartengono ad una posizione politica che allora salutò con favore il rifiuto dell’abolizione dei termini nell’interruzione della gravidanza”.

³⁹ Si vedano i noti e discussi provvedimenti della Corte Costituzionale in argomento: Ordinanza 207/2018 e Sentenza 242/2019 (integralmente reperibili presso il sito istituzionale www.cortecostituzionale.it).

⁴⁰ Anch’essa non molto coerente, a dire il vero: basti raffrontare la netta presa di posizione a favore della vita fragile, anche contro la volontà del titolare, nel caso *Pretty v. UK* (ricorso n. 246 del 2002), e le più recenti aperture alla dominanza del principio di autodeterminazione, provata o presunta, nei casi *Gross* (ricorso n. 67810 del 2010) e soprattutto *Lambert* (vicenda lunga e dolorosa che si è conclusa nel 2019 dopo plurimi interventi giurisdizionali, a molteplici livelli).

⁴¹ Prova a farne un’analisi critica in via generale Ruggeri, A. “Dignità versus vita?”, in *Rivista AIC*, 1/2011, pp. 1 e ss.

limitazione a quella che sopra abbiamo considerato la seconda componente di tale diritto fondamentale, quella dell'accesso ai servizi sanitari), è di molto successiva, essendo contenuta nell'art. 35⁴².

6. La dinamica reale: la pandemia ed il rischio di collasso del sistema sanitario

Qualunque cosa si pensi intorno alla natura presupposta dei diritti alla vita ed alla salute, ed alla loro reciproca interazione ed eventuale gerarchizzazione, Gunther richiama nella suddetta intervista anche un ulteriore profilo di complessità della situazione pandemica. In effetti, operativamente il problema non si è mai posto in termini di diritto alla salute individuale – e di suo conflitto con altre libertà fondamentali e la loro limitazione in quanto funzionale al rispetto della salute –, quanto semmai in termini di impegno politico per il contenimento dei contagi in ragione della scarsità di risorse sanitarie. È chiaro che fino al giorno in cui non avremo terapie scientificamente efficaci o, per lo meno e se l'obiettivo di individuare i rimedi certi a questa infezione fosse irrealizzabile, una vaccinazione idonea alla prevenzione (almeno per i soggetti più vulnerabili, per i quali contrarre il morbo può avere conseguenze gravi o persino fatali), il decorso della patologia prevede un crescendo di trattamenti che alla fine includono necessariamente il ricorso alla terapia intensiva (UTI, in inglese ICU). Siccome tali presidi sono scarsi, in ragione del loro costo e dell'ingente impegno di personale specializzato che vi si deve dedicare, accanto ad un problema di politiche sanitarie⁴³ e nonostante il significativo sforzo che in molti Stati si è fatto e si prosegue per potenziare tali servizi essi rimarranno sempre insufficienti dinanzi al proliferare improvviso di virus sconosciuti e similmente aggressivi e gravi.

Con particolare evidenza ed immediatezza in contesti simili, prendono consistenza le osservazioni proposte recentemente per inquadrare la nuova interazione tra una medicina sempre più tecnica e sempre meno umanistica ed un diritto che si autocomprende in termini funzionali:

Condividendo con la scienza l'irresistibile potere dell'evidenza, la medicina appare un sistema coerente e strutturalmente indifferente di diagnosi e terapie, pieno di sintomi e povero di dubbi, in cui le aspirazioni soggettive non hanno un particolare rilievo rispetto al dovere del medico di garantire la miglior terapia possibile. Non è tanto importante il consenso o la volontà del paziente quanto l'efficienza della prestazione erogata. Il quadro normativo delinea più un diritto all'assistenza sociale che un diritto alla salute perché ignora tutte le fratture che si possono determinare tra il diritto a ottenere una terapia come riparazione di una macchina biologica e il diritto alla salute come dimensione esistenziale⁴⁴.

A questo livello il discorso si biforca:

- Da una parte, si pone il problema del cosiddetto *triage*. Come noto, esso ha occupato una parte significativa del dibattito bioetico e biogiuridico di questi mesi: ma per prima cosa è opportuno collocarlo nel suo alveo proprio. L'esigenza di *triage*⁴⁵ infatti non è esclusiva della temperie pandemica ma appartiene al novero delle ordinarie attività

⁴² Articolo 35: Protezione della salute. Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana.

⁴³ Che negli ultimi mesi è stato più volte richiamato come parte significativa del problema e del dibattito: si veda Di Costanzo, C., Zagrebelski, V. "L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, p. 443.

⁴⁴ Amato, S. *Biodiritto 4.0*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 13.

⁴⁵ La parola, derivata dalla lingua francese, esprime il concetto di selezione. Applicata all'ambito medico, indica quelle situazioni in cui è necessario procedere ad una classificazione delle richieste di fronte a disponibilità limitate, per determinare la sequenza di soddisfazione delle stesse nella maniera meno iniqua possibile. Apre dunque un problema etico e giuridico di giustizia.

mediche almeno in due segmenti del servizio clinico⁴⁶: il pronto soccorso ed in genere i reparti di urgenza ed emergenza, da un lato, e dall'altro il settore dei trapianti. Nel primo caso, la necessità di *triage* dipende dalla sproporzione tra risorse e personale disponibili e numero di richieste simultanee di intervento: l'operatore, secondo protocolli ormai consolidati ed indiscussi, procederà alla classificazione dei pazienti secondo codici (di solito individuati da colori), ed i medici disponibili assisteranno i pazienti in base alla gradazione del colore assegnato *prima facie* (con tutti i rischi inevitabilmente legati a questa valutazione, che però non è ulteriormente discussa sul piano etico-giuridico). Nel secondo caso, l'esigenza di *triage* si deve alla rilevante scarsità di organi disponibili, di fronte ad una domanda di solito molto elevata. La differenza rispetto al primo caso consiste, com'è intuitivo, nel diverso scenario temporale: mentre nei reparti di urgenza ed emergenza non è consentito attendere e prendere tempo, se non al prezzo di danni anche gravi o fatali al paziente, nell'ambito trapiantologico in molti casi (anche se non in tutti) il paziente può aspettare, e l'inserimento in una lista, magari in posizione arretrata, non equivale a rischi insostenibili (per esempio, il paziente in attesa di trapianto renale può proseguire con il trattamento dialitico, che ha effetti collaterali comunque non paragonabili al rischio mortale di un ritardo nell'assistenza d'emergenza, per esempio per un trauma cerebrale o un infarto del miocardio). Così ridimensionata la peculiarità dei problemi sollevati dal *triage*, se ci concentriamo sul *triage* eventualmente necessario in una situazione di crisi pandemica è ormai doveroso fare riferimento al documento "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili", pubblicato dal Gruppo di Lavoro competente della Società Italiana di Analgesia, Anestesia e Rianimazione e Terapia Intensiva il 6 marzo 2020. Si è trattato del primo documento ufficiale del genere in relazione ed in reazione alla pandemia da Covid-19⁴⁷, ed ha costituito il punto di riferimento adesivo o polemico di una parte significativa del successivo dibattito, a livello mondiale⁴⁸. Affrontare i profili bioetici e biogiuridici del documento (breve ma densissimo) richiede un lavoro apposito che qui non è possibile svolgere: si rimanda pertanto a future riflessioni, non senza sottolineare l'importanza cruciale che, in situazioni come quella che abbiamo attraversato, ha e continuerà presumibilmente ad avere il dialogo serrato, franco ed aperto con i professionisti della salute⁴⁹.

• Dall'altra parte, e non più nello scenario clinico ma ora in quello politico ed istituzionale, dove i giuristi apportano il proprio più specifico contributo⁵⁰, si pone il problema del controllo di proporzionalità delle misure di contenimento, in favore di vita e salute, ma a scapito di altri diritti fondamentali. Come osserva Gunther nella-intervista citata,

⁴⁶ V. Emanuel E.J. et al. "Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19", in *The New England Journal of Medicine*, 2020 may 21, 382, 21, pp. 2049 e ss.

⁴⁷ Come rimarca opportunamente Razzano, G. "Riflessioni a margine delle Raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?", in *Rivista AIC*, 3/2020, p. 110.

⁴⁸ Cfr. Sulmasy, D.P. "Principled decisions and virtuous care: an ethical assessment of the SIAARTI guidelines for allocating intensive care resources", in *Minerva anesthesiologica*, 2020 august, 86(8), pp. 872 e ss. Per un commento in prospettiva bioetica si veda Palazzani, L. "La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, pp. 359 e ss.; riflessioni ulteriori sono svolte, nella medesima rivista, da d'Avack, L. "CoViD-19: criteri etici", pp. 371 e ss.

⁴⁹ I quali hanno reagito con energia alle critiche, talvolta obiettivamente superficiali, piovute sul documento: si veda Gristina, G.R., Orsi, L., Vergano, M. "Pandemia da CoViD-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l'albero mentre la medicina prova a spegnere l'incendio della foresta", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, pp. 379 e ss..

⁵⁰ Fermo restando che ai giuristi compete la valutazione (in termini di giustizia, o, se si preferisce, di compatibilità con l'ordinamento giuridico ed in particolare dei principi costituzionali) delle linee guida e dei protocolli operativi nell'ambito sanitario: cfr. in argomento Albert, M. "Vulnerabilidad y atención sanitaria: derecho y protocolos médicos", in *Cuadernos de Bioética*, 2020, 31(102), pp. 183 e ss.

l'attuale crisi rende però difficile un tale controllo di proporzionalità, quanto meno con riferimento alle normative generalmente vigenti, e ciò per almeno due ragioni. Non si tratta senz'altro di tutela della vita in senso comprensivo, ma del c.d. mantenersi piatto della curva e dell'abbassamento delle percentuali di contagio sotto l'1%. Deve perciò essere garantito che il sistema della sanità possa reagire in modo adeguato coi mezzi disponibili e non debba confrontarsi con tragiche situazioni decisionali, il che è certamente uno scopo legittimo dal punto di vista giuridico-costituzionale. La risposta alla domanda se le attuali limitazioni di libertà siano anche appropriate e necessarie al raggiungimento di questo scopo è resa più difficile dalla necessità di considerare molteplici fattori di rilevanti insicurezze prognostiche e non può basarsi, anche solo in parte, su una conoscenza sperimentale o comparativa⁵¹.

Si noti sul punto che tale valutazione comparativa costituisce un'attività tipica delle moderne figure del governo, com'è stato puntualizzato con acutezza da un giudice in pensione della Suprema Corte inglese a proposito della pandemia:

La verità è che nelle politiche pubbliche non ci sono valori assoluti, nemmeno la conservazione della vita. Ci sono solo pro e contro. Non permettiamo forse di circolare con le automobili, tra le armi più letali che siano mai state concepite, anche se sappiamo con certezza che ogni anno verranno uccise o mutilate migliaia di persone? Lo facciamo perché riteniamo che sia un prezzo che vale la pena pagare per muoversi in velocità e comodità. Ognuno di noi che guida è una parte tacita di quel patto faustiano. Nella migliore delle ipotesi, le misure di isolamento sono comunque solo un modo per guadagnare tempo⁵².

Tornando al ragionamento di Gunther sul ruolo delle istituzioni pubbliche e dei decisori collettivi in genere, nell'evenienza di una crisi pandemica, troviamo un riferimento importante all'ulteriore difficoltà nell'applicazione del criterio di proporzionalità per il bilanciamento dei valori in conflitto:

Il diritto alla vita dell'art. 2.2 della Legge Fondamentale era originariamente, anzitutto, un diritto di difesa contro uno Stato che spesso, con coazione e violenza, ha inciso arbitrariamente sulla vita dei suoi sudditi. Il dover morire in conseguenza di malattie apparteneva, nei tempi passati, al generale rischio di vita, che solo di rado poteva evitarsi o ridursi. Solo da quando disponiamo di un sistema di assistenza medica altamente complesso e dispendioso si pone fondamentalmente la domanda su cosa e quanto Stato e società possano e debbano fare per impedire o per ridurre decorsi patologici prevedibilmente rischiosi per la vita⁵³.

Com'è chiaro, Gunther conduce in questo passo la discussione ad un alveo diverso, che non è quello di una (ardua, se non proprio impossibile) attribuzione di priorità ad un diritto piuttosto che ad un altro, con l'enorme problema del conflitto tra valori e della deriva tirannica di cui sopra abbiamo detto ampiamente, ma piuttosto rimanda da un lato alle decisioni di politica sanitaria di medio e lungo periodo⁵⁴, dall'altro alla già menzionata

⁵¹ Gunther, K. "Intervista a Die Zeit del 9 maggio 2020", cit., p. 5.

⁵² La traduzione italiana della frase di Jonathan Sumption è reperibile al link <https://www.milanofinanza.it/news/lord-sumption-se-continua-cosi-la-cura-sara-la-minaccia-piu-pericolosa-per-l-umanita-202004062049205118>; l'originale dell'intervista è reperibile all'indirizzo <https://www.thetimes.co.uk/article/coronavirus-lockdown-we-are-so-afraid-of-death-no-one-even-asks-whether-this-cure-is-actually-worse-3t97k66vj> (accessi del 18/09/2020).

⁵³ K. Gunther, "Intervista a Die Zeit del 9 maggio 2020", cit., p. 5.

⁵⁴ Una fonte ufficiale ricca di informazioni interessanti in proposito è il rapporto "Health Data" che ogni anno viene stilato in sede OCSE (OECD), ed è reperibile all'indirizzo internet https://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=HEALTH_STAT. Da esso apprendiamo, per esempio,

problematica della priorità di un diritto fondamentale sull'altro⁵⁵. Come abbiamo ricordato sopra, la prospettiva del conflitto di diritti fondamentali, che traduce in termini giuridici quella del conflitto tra i valori, non è ultimativamente compatibile con una soluzione ottimale: del resto, a questo erano approdati già negli anni Settanta ed in relazione ad un affine problema di allocazione di risorse sanitarie gli autori del celebre studio *Tragic Choices*, Calabresi e Bobbitt. Quest'ultimo, interpellato durante la pandemia, ha dichiarato:

Penso che ancora oggi l'analisi complessiva effettuata in *Tragic Choices* regga: che le società mascherino con vari sotterfugi sia il razionamento che gli scambi che sono inevitabili per preservare un senso di inestimabilità di determinati valori; che poiché le società hanno un eccesso di valori, ad un tale livello che neppure i loro valori più profondi possono essere protetti simultaneamente, le scelte tragiche sono inevitabili; che questo eccesso di valori si riflette nel circuito dei vari metodi di allocazione, con la conseguenza che alcuni valori vengono dapprima esaltati e in seguito scartati o declassati; che non esiste un 'punto di equilibrio' che bilanciando i diversi valori in competizione riesca a massimizzarli tutti contemporaneamente; e forse, soprattutto, che è proprio il modo in cui una società risolve le sue tragiche scelte che definisce quella stessa società. Penso che la nostra esperienza con la crisi del coronavirus conferma questa analisi⁵⁶.

L'accettazione di una "strategia dei cicli" (come veniva chiamata nel saggio originario) appare a questi autori come l'unica possibile alternativa al "rifiuto definitivo di alcuni valori fondamentali; si potrebbero scartare semplicemente quei valori fondamentali che, insieme ad altri, evocano il dilemma tragico"⁵⁷. Ma è proprio il rigetto istintivo e generalizzato di questa possibilità che crea il problema e può determinare la deriva tirannica, come sopra abbiamo visto. Nel complesso, sembra pertanto urgente farsi carico di una accurata ri-semantizzazione della salute e del relativo diritto fondamentale, per la quale nell'ultima parte del presente contributo si cercherà di avviare (niente più di questo, visto i limiti di spazio ed energie di cui disponiamo) una riflessione di stampo teorico.

che la spesa pubblica per la sanità è diminuita tra il 2000 ed il 2019 in modo costante, in Italia come in Germania, Francia e Spagna, per citare esempi di sistemi simili al nostro; così come apprendiamo che il numero di posti letto in ospedale è passato dai 268.057 del 2000 ai 189.753 del 2019.

⁵⁵ Non risolta convincentemente, come notano sia Gunther che Habermas, dalla distinzione introdotta da Ronald Dworkin tra principi e regole, giacché nel caso in questione – come in tutti i casi davvero tragici – il conflitto è tra principi, ovvero tra diritti fondamentali. Cfr. Dworkin, R. *I diritti presi sul serio*, (1977), trad. it. parz., Il Mulino, Bologna, 1982. Del tutto condivisibile a detta dei due studiosi è poi la critica di Dworkin al metodo del bilanciamento: come osserva Habermas citando il filosofo statunitense a p. 6 dell'intervista, "i diritti non si riferiscono a 'beni' che si possano bilanciare in base al peso. I diritti non sono neanche 'valori', che si possono collocare in una sequenza transitiva fondata su una condivisa preferenza politico-culturale. La decisione se un diritto sia adatto ad un caso consente solo un 'sì' o un 'no'. Nel corso del processo di bilanciamento giudiziale i diritti fondamentali possono entrare in concorrenza tra loro. Ma, alla fine – conclude comunque Habermas –, la prevalenza resta di uno, il che significa che questo fa fuori tutti gli altri, ancorché esso debba, in caso di necessità, essere limitato in considerazione del pregiudizio agli altri diritti fondamentali che 'devono arretrare'".

⁵⁶ Bobbitt, P. "Intervista", in *Giustizia insieme*, n. 1049, 17 maggio 2020. Come noto il tema dell'opera degli anni '70 (allora di estrema attualità per l'avvio di un dibattito che evidentemente prosegue tuttora) era quello dell'allocazione dei reni artificiali (macchina per la dialisi), che accanto alla diffusione del pronto soccorso introdusse nel dibattito di etica della salute pubblica il delicato tema del *triage*, cui abbiamo sopra fatto cenno. Espressamente rimandano a questo dibattito Sommaggio P, Marchiori, S. "Tragic choices in the time of pandemics", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, pp. 453 e ss.

⁵⁷ Calabresi, G., Bobbitt, P. *Scelte tragiche*, (1978), trad. it., Giuffrè, Milano, 1986, p. 224.

7. Risemantizzare la salute ed il suo diritto: orientamenti conclusivi

Per quanto drammatiche possano essere le situazioni in cui viene a trovarsi chi sia colpito dal nuovo virus, a causa sia della sua pericolosità sia, e si direbbe specialmente, delle difficoltà del sistema sanitario a fronteggiare un assalto massiccio e generalizzato come quello dovuto alla tempesta epidemica, occorre anzitutto considerare che è proprio il diritto alla salute a dettare un'agenda prudenziale almeno in parte diversa da quella della concentrazione esclusiva sulla patologia da cui scaturisce l'emergenza. Da qualche tempo le diverse società medico-scientifiche hanno cominciato a denunciare i rischi che i pazienti dei propri ambiti di competenza hanno corso e stanno correndo a causa della sistematica pretermissione delle loro esigenze rispetto a quelle dei pazienti Covid: il rinvio dell'ordinaria attività diagnostica, per esempio in campo oncologico⁵⁸ o cardiovascolare⁵⁹, minaccia di provocare conseguenze molto gravi per questi pazienti, per non parlare della sospensione delle terapie presso gli ospedali, ed in generale degli ostacoli talora insormontabili che, durante il *lockdown* ma anche successivamente, hanno incontrato i percorsi ordinari di prevenzione e cura dei pazienti, ospedalizzati e non (non c'è spazio qui per parlare di un altro fronte delicatissimo e candente, quello delle Residenze sanitarie assistenziali, ed ancor meno per riferirsi alle speciali circostanze di detenuti ed altri soggetti privati della libertà personale: ma è evidente che, anche alla luce delle cronache dalla pandemia, si tratta di fronti cruciali e non obliterabili dal punto di vista delle politiche di salute pubblica). Sebbene in alcuni casi l'attuazione delle misure di contenimento adottate contro la diffusione del coronavirus avesse anche un'indicazione specifica (per esempio nell'area oncologica, dove i pazienti sono molto spesso immunodepressi e dunque più a rischio nel caso di contagio), le società scientifiche hanno moltiplicato gli allarmi e le richieste di rafforzamento almeno di strategie preventive e curative alternative, come quelle legate alla telemedicina⁶⁰. La priorità assegnata al diritto alla salute nell'impegno collettivo volto ad opporsi alla diffusione del coronavirus ha avuto dunque, ed in un numero non irrilevante di casi, la capacità di minacciare il diritto alla vita di pazienti diversi da quelli colpiti dalla nuova malattia: la qual cosa implica un paradosso che sembra piuttosto difficile da sciogliere persino accettando la "tirannia" di un valore o di un diritto sugli altri, a meno che non si riconduca la discussione sulla reazione alla pandemia da Covid-19 ad un canale diverso da quello del diritto alla salute e della sua assoluta priorità. È quello che cercherò di fare nelle ultime pagine di questo contributo, accennando a tre linee principali di riflessione che a mio avviso meriterebbero, e forse meritano nel prosieguo della ricerca e della riflessione, uno sviluppo adeguato.

7.1. La prima linea riguarda la *cornice culturale* di riferimento. Come abbiamo visto, Gunther sostiene che il problema del diritto alla salute si presenta in forma nuova a partire dal momento in cui la salute stessa viene assunta tra i compiti fondamentali dello Stato. Non c'è dubbio che questo momento è coinciso con la maturazione del cosiddetto Stato sociale, avvenuta formalmente sin dalla Costituzione di Weimar, del 1919, ma sostanzialmente solo nel secondo dopoguerra, almeno negli Stati sociali di diritto del Vecchio Continente. All'inedito impegno pubblico volto ad assicurare l'assistenza sanitaria, in misura e con efficacia maggiori o minori ma con un impegno solenne sancito dalle Carte dei diritti, è dunque connesso lo sforzo collettivo di sovvenire alle necessità dei meno abbienti (gli "indigenti" cui la stessa Costituzione italiana, all'art. 32, fa cenno⁶¹). Ma la popolarizzazione della salute, l'incremento vertiginoso della sua importanza nell'immaginario collettivo, e la sua ascrizione al novero dei

⁵⁸ <https://www.aiom.it/speciale-covid-19-tumori-un-milione-400mila-screening-in-meno-primi-5-mesi-2020-rischio-diagnosi-avanzate-servono-risorse-per-telemedicina/>

⁵⁹ Sotto gli auspici della SIC è apparso un articolo intitolato "Reduction of hospitalizations for myocardial infarction in Italy in the COVID-19 era", nel numero del 15 maggio 2020 di *European Heart Journal*, 2020, 41, 2083-2088.

⁶⁰ Marandino, L., Necchi, A., Aglietta, M., Di Maio, M. "COVID-19 Emergency and the Need to Speed Up the Adoption of Electronic Patient-Reported Outcomes in Cancer Clinical Practice", in *JCO Oncology Practice*, 2020, 16, 6, 295-299.

⁶¹ Per un'analisi della categoria si veda nuovamente Morana, D. *La salute come diritto costituzionale*, cit., pp. 74 e ss. Ampiamente ne parla anche Ferrara, R. *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, cit.

diritti fondamentali, hanno sicuramente anche una causa socioculturale, che indirettamente alcuni autori fanno risalire alla secolarizzazione. Secondo Illich:

in un mondo impregnato dell'ideale strumentale della scienza, il sistema sanitario crea incessantemente nuovi bisogni terapeutici. E via via che l'offerta di sanità aumenta, la gente risponde adducendo più problemi, bisogni, malattie. Nei paesi sviluppati, dunque, l'ossessione della salute perfetta è divenuta un fattore patogeno predominante. Ciascuno esige che il progresso ponga fine alle sofferenze del corpo, mantenga il più a lungo possibile la freschezza della gioventù e prolunghi la vita all'infinito. È il rifiuto della vecchiaia, del dolore e della morte. Ma si dimentica che questo disgusto dell'arte di soffrire è la negazione stessa della condizione umana⁶².

Per tale via, oggi è diventato inevitabile “comprendere la ricerca della salute come l'opposto di quella della salvezza; comprenderla come una liturgia societaria, al servizio di un idolo che spegne il soggetto”⁶³. Può darsi che la compiuta secolarizzazione del processo culturale che ha generato la nuova scienza e la nuova medicina non abbia del tutto eliminato la dimensione del mistero e della sacralità della vita umana, pur avendoli notevolmente diminuiti: in effetti, l'ideale laico della dignità umana è parso fin dai tempi di Kant il miglior candidato ad occupare il posto lasciato vacante dalla filiazione divina e più in generale dall'*imago Dei* come fondamento dell'inviolabilità della vita umana. Ne abbiamo qualche traccia persino nel citato dialogo tra Habermas e Gunther, ove si nota che per entrambi gli autori se vi è una qualche polarizzazione rispetto al diritto alla vita (biologica) ed al diritto alla salute, essa è nei confronti della dignità (quindi di un'idea di vita umana che trascende i confini della biologia, e va al di là della mera sopravvivenza). In ogni caso, sia che si rimanga vincolati al modello religioso, sia che s'intenda ragionare *etsi Deus non daretur*, è ormai condivisa da molti la necessità di rivedere a fondo il ruolo sociale e psicologico della scienza, ivi inclusa la scienza medica ed i saperi e prassi ad essa ancillari. Se, come ha scritto Gadamer, “la scienza deve operare nei confronti di se stessa una specie di demitizzazione”, la direzione che tale dovere assume oggi è certamente quella di “rammentarsi del suo scopo, poiché, abbandonato a se stesso, il progresso minaccia di diventare sempre meno una via tesa alla promozione dell'umanità”⁶⁴. Del tutto analoga la critica di Callahan: “Troppo spesso si celebra la dimensione del progresso, non il suo effetto sull'umanità”⁶⁵, che costituisce il punto di partenza della sua elaborata proposta di riesame del concetto stesso di progresso scientifico (e specialmente di progresso medico), ed una sua radicale revisione. Charles Taylor, in seno ad una complessa e ricchissima riflessione di storia delle idee in tema di secolarizzazione, propone la tesi della “svolta terapeutica” per inquadrare la medicalizzazione del malessere:

Nella cultura moderna questo desiderio di riabilitare l'ordinario, il corporeo, ha avuto come prevedibile sbocco l'affermazione dell'essenziale bontà, innocenza delle nostre aspirazioni originarie e spontanee. Il male tende ad essere visto, cioè, come qualcosa di esogeno, come un portato della società, della storia, del patriarcato, del capitalismo, del 'sistema', in una forma o nell'altra. [...] Uno dei frutti più evidenti di questo senso dell'innata innocenza umana è stato lo spostamento di numerose questioni tradizionalmente considerate morali entro un registro terapeutico. Ciò che prima era peccato, ora appare spesso come malattia. È il 'trionfo

⁶² Intervento del 1999, reperibile all'indirizzo https://www.alexanderlanger.org/files/Ivan_Illich-curenuovepatologie1999.pdf (accesso del 29 ottobre 2020). Il testo fondamentale in argomento di questo autore è Illich, I. *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori, Milano, 1977.

⁶³ La citazione appartiene al medesimo articolo citato nella nota precedente.

⁶⁴ Gadamer, H.G. *Dove si nasconde la salute*, (1993), trad. it., Raffaello Cortina, Milano, 1994, rispettivamente p. 12 e p. 38.

⁶⁵ Callahan, D. *La medicina impossibile*, cit., p. 85.

del terapeutico' (P. Rief), che ha esiti paradossali, in quanto sembra implicare un accrescimento della dignità umana, ma in realtà può finire per umiliarla⁶⁶.

L'estensione della dialettica salute/malattia alla sfera del benessere sociale, fino a lambire quella dell'autorealizzazione (si veda la celebre nozione di salute proposta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1948, e la critica⁶⁷ che ne ha accompagnato la storia ed i vari tentativi di riproposizione⁶⁸), ha contaminato la prospettiva propriamente medica con le limitrofe prospettive della psicologia individuale e sociale, della morale (come suggerisce Taylor), della filosofia dell'esistenza. Soprattutto, ha favorito istituzionalmente un percorso di sociologia culturale al termine del quale si è prodotta la tendenziale identificazione tra salute e benessere, tra *health* e *wellbeing* o addirittura *fitness*. Questa almeno è la tesi di Zygmunt Bauman: "La cura della salute diventa, contrariamente alla sua natura, un'attività misteriosamente simile al perseguimento della forma fisica: perpetua, destinata a non arrecare mai piena soddisfazione, sempre incerta sulla direzione da seguire e apportatrice, nel suo espletamento, di ansie a non finire. La salute viene sempre più identificata con l'ottimizzazione dei rischi"⁶⁹. Secondo il sociologo polacco, questo processo ha una spiegazione legata alla transizione dalla società dei produttori (tipica del modello protocapitalistico) a quella dei consumatori dilagata nel neocapitalismo: "Nella società dei consumatori, la *fitness* sta al consumatore come la 'salute' stava al produttore nella società dei produttori. Essa certifica il fatto di 'essere in', l'appartenenza, l'inclusione, il diritto di residenza. La *fitness*, come la 'salute', fa riferimento alla condizione del corpo, di cui tuttavia le due nozioni evocano aspetti estremamente diversi"⁷⁰. Potrebbero essere anche di questo genere le cause del sovraccarico del servizio sanitario, e la proliferazione di aspettative insostenibili verso la medicina: quelle stesse aspettative che hanno indotto uno studioso come Daniel Callahan a parlare di "false hopes"⁷¹. Al di là dell'emergenza sanitaria in atto, dunque, appare importante un processo di revisione del concetto stesso di salute che alimenti un approccio più sostenibile, sulle direttrici della "medicina sostenibile" di cui parla il bioeticista statunitense, ma che anche Gadamer, al momento di fornire una definizione essenziale della medicina per farne la *apologia*, indica senza esitazioni: "L'essenza della medicina consiste [...] nel fatto che la sua capacità di produrre è in realtà una capacità di ristabilire"⁷². Una consapevole presa in carico dei profili teorici, propriamente filosofici, della medicina, ed una rimediazione accurata del suo statuto epistemico, mostrano di essere un compito improcrastinabile dell'epoca presente: potrebbe derivarne un approccio almeno in parte differente, sia nei metodi che nelle soluzioni, anche ai problemi e dilemmi pratici che stiamo affrontando in pandemia.

⁶⁶ Taylor, C. *L'età secolare*, (2007), trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009, p. 775.

⁶⁷ Come scrive l'editorialista del *British Medical Journal*, "the currently accepted definition, formulated by WHO in 1948, is no longer helpful and is even counterproductive. Its emphasis on 'complete physical, mental and social wellbeing' was radical in its day for stepping away from defining health as the absence of disease. But it is absolute and therefore unachievable for most people in the world. As Richard Smith, one of the authors of this week's article, pointed out in a BMJ blog, it 'would leave most of us unhealthy most of the time' (<http://bit.ly/ngzpes>). Indeed, the article says that the WHO definition has contributed unintentionally to the medicalization of society, as more and more human characteristics are recruited as risk factors for disease" (Godlee, F. "What is Health?", in *British Medical Journal*, 2011, 343).

⁶⁸ Ma sul sito ufficiale dell'Organizzazione ausiliaria dell'ONU è a tutt'oggi possibile leggere: "Preamble to the Constitution of WHO as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June - 22 July 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of WHO, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948. *The definition has not been amended since 1948*" (accesso del 26 ottobre 2020, mio il corsivo).

⁶⁹ Bauman, Z. *Modernità liquida*, (2000), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 84.

⁷⁰ Bauman, Z. *Vita liquida*, (2005), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 101.

⁷¹ Questo il titolo originale del libro di Callahan, D. *La medicina impossibile*, cit.

⁷² Gadamer, H.G. *Dove si nasconde la salute*, cit., p. 40. Il titolo del saggio da cui la citazione è tratta è appunto: "Apologia dell'arte medica".

7.2. La seconda linea di riflessione mira allo sviluppo di una diffusa *cultura della salute pubblica*. In effetti, forse per reazione agli eccessi totalitari del periodo pre-repubblicano, come abbiamo visto l'interpretazione dominante dell'art. 32 Cost. è andata nella direzione di uno sbilanciamento individualistico del diritto alla salute, di cui si è a lungo difesa ed incrementata la componente soggettiva, isolandola dal contesto sociale: fino all'estremo definito da alcuni autori nei termini di "medicina del desiderio", che aspira ad un riconoscimento giuridico nel nome di un inedito ed impreveduto "neo-giusnaturalismo libertario"⁷³. Il tenore della norma fondamentale, tuttavia, è come abbiamo visto un altro, e non si assiste in essa ad alcuna gerarchizzazione tra salute come "diritto fondamentale dell'individuo" e salute come "interesse della collettività". Sebbene il principio personalista che anima l'intera Carta fondamentale repubblicana induca correttamente ad accentuare il carattere individuale del diritto *de quo* come di tutti gli altri, almeno quando si tratta di decisioni in cui la singolarità rischia di rimanere assorbita o negata dal gruppo di appartenenza, è innegabile che la persona può essere colta e compresa solo nella sua strutturale relazionalità: anzi, è proprio questa caratteristica a giustificare la preferibilità del ricorso al termine *persona* rispetto al termine, più neutrale rispetto all'ambito sociale, di *individuo*. Ciò risulta con evidenza dalle prime norme della Costituzione, a partire da quell'articolo 2 che, come tutti sanno, costituisce il criterio ermeneutico dell'intera parte sui diritti fondamentali, e che appunto coniuga i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", al contempo declinando in forma significativamente sintonica quei diritti con i "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Nessuno dubita della natura personalista, e non individualista, della nostra Carta fondamentale: pur rimarcandone l'affermazione non immediata ma di carattere progressivo, Rodotà considera questa narrazione come la sintesi dell'evoluzione costituzionale dal 1948 ai giorni nostri. "Si avvia la transizione dall'individuo alla persona, dal soggetto di diritto al soggetto 'di carne, che consente di dare progressivamente rilievo al 'destino di socializzazione' della persona e al 'destino di natura' del suo organismo"⁷⁴. Di questa implicita prospettiva relazionale dei diritti la Costituzione parla in numerosi luoghi, ma la esplicita proprio e precipuamente quando parla di diritto alla salute: il bene giuridico in gioco è dunque specialmente inerente a quella sfera sociale che connota la dimensione aperta e relazionale della persona umana. Dunque salute pubblica, e non solo salute privata: le dinamiche individuali di questo diritto vanno declinate in armonia, e non in contrasto, con le sue dinamiche collettive. Si tratta invero di un ramo della riflessione giuridica (ed etica e politica), molto sviluppato in Nord America ma non altrettanto coltivato dalle nostre parti, sia nella ricerca che nella didattica accademica. Eppure la pandemia ne ha, ove necessario, confermato l'importanza decisiva: sia teorica (*pensiero* sulla salute pubblica, *etica* della salute pubblica, *formazione* alla salute pubblica sia degli operatori sanitari che dei giuristi e dei politici), sia pratica. Con riferimento a quest'ultima, si potrebbero evocare problematicamente l'ampia dose di improvvisazione che ha caratterizzato il procedere di molti governanti; gli interventi troppo spesso contraddittori o semplicemente narcisistici di una pletera di esperti la cui legittimazione pubblica e le cui credenziali scientifiche non sempre sono apparse evidenti; il proliferare incontrollato delle nomine dei commissari e dei consulenti; la costituzione di organismi tecnici, collegiali ed anche individuali, cui di fatto veniva riconosciuto o delegato un potere indirettamente politico, con dubbio fondamento democratico; nonché le numerose criticità legate alla comunicazione pubblica. Così facendo, tuttavia, ci si limiterebbe alla *pars destruens*, e ciò che risulta ora più fecondo è una robusta e convincente *pars construens*: preliminarmente in ogni caso ad essa sarà dunque una nuova forma di approccio al diritto fondamentale, tale da svincolarlo dagli schematismi individualistici o addirittura proprietari. Essi rimandavano sì ad un modello fragile e teoreticamente poco interessante di diritto soggettivo, ma esso è giunto nonostante tutto a dominare dove e quando la cultura del benessere e l'ideologia economico-politica del consumismo non hanno avuto veri rivali⁷⁵. Soprattutto, era un modello che calzava a pennello con le aspettative –

⁷³ Così D'Agostino, F. *Il diritto naturale, il diritto positivo e le nuove provocazioni della bioetica*, in Id., *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 189 e ss.

⁷⁴ Rodotà, S. *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 150.

⁷⁵ In un denso saggio della fine del secolo scorso, preconizzava la fine dell'era dei trionfi del liberalismo (nel senso che nel dibattito filosofico-politico statunitense degli Stati Uniti viene normalmente dato a

anzi, le pretese – di quella che già alla fine degli anni '70, e dunque in un'epoca non sospetta di franca dialettica tra oriente socialista ed occidente capitalista, Sergio Cotta definì criticamente “metafisica del soggetto”⁷⁶:

Il diritto del soggetto assume un'ampiezza ed una fundamentalità senza precedenti. Prima era considerato racchiuso entro una zona ben delimitata della vita, sottratta, perché ‘privata’, all'imperio della ‘pubblica’ autorità, la quale peraltro non era contestata nel suo ambito proprio. Ora ciò che era ‘privato’ reclama il diritto illimitato di manifestarsi ‘in pubblico’, di imporsi al ‘pubblico’, di essere soddisfatto a spese del ‘pubblico’⁷⁷.

La realtà della pandemia, o meglio, per dirla con Capograssi, la catastrofe che essa ha prodotto, ci guidano energeticamente a cercare strategie alternative di giustificazione del diritto soggettivo, dei diritti fondamentali e dei diritti umani, a partire dal diritto alla salute. Se l'intuizione di Cotta è corretta, dovremo anzitutto prendere le distanze dalla metafisica del soggetto e dell'idea di diritto soggettivo che ne discende, nella direzione di un'alternativa metafisica (perché di metafisica, piaccia o no, sempre parliamo) dei diritti⁷⁸, o, più radicalmente, del diritto⁷⁹.

7.3. La terza linea di riflessione e sviluppo non può infine che riguardare la *natura relazionale e solidale* del diritto alla salute. Come abbiamo a più riprese ricordato, nell'unica norma riservata espressamente al diritto alla salute, la Carta lo descrive sì come “fondamentale diritto” dell'individuo, ma al tempo stesso ne predica il carattere di “interesse della collettività” indissolubilmente unito al primo. Prima e più di tutti gli altri diritti, nel diritto alla salute sono dunque espressamente previste le dinamiche individuali e sociali tipiche di ogni posizione giuridica soggettiva, evocando peraltro la reciprocità relazionale descritta sin dall'articolo caposaldo di tutto il nostro sistema costituzionale dei diritti, l'art. 2, che pone in necessaria correlazione i “diritti inviolabili” ed i “doveri inderogabili”. In opposizione alla cultura individualistica che si è venuta affermando in larga misura *dopo* l'epoca costituente⁸⁰, per la nostra Carta fondamentale il soggetto di diritto è anche simultaneamente e imprescindibilmente soggetto di dovere: la legittimità delle rivendicazioni poggia espressamente sulla disponibilità e sull'effettività dell'adempimento degli oneri legati alla coesistenza civile, tranne che per quei casi di speciale vulnerabilità che accrescono l'affidamento solidale del soggetto, senza minimamente negarne la dignità, anzi rafforzandola⁸¹. Va

questo termine, molto diverso da quello nostrano), Lasch, C. *Il paradiso in terra. Il progresso e la sua critica*, (1991), trad. it., Neri Pozza, Vicenza, 2016.

76 Cotta, S. *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in Id., *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano, 2004, p. 30: “È proprio la metafisica del soggetto col suo prevalere della prassi sulla verità, che ci ha trascinati e racchiusi nell'universo volontaristico dell'arbitrario e del dominio e quindi della violenza”.

77 *Ivi*, p. 24.

78 Traggo questa espressione pregnante dal recente, coraggioso volume Di Donato, L., Grimi E. (a cura di), *Metafisica dei diritti umani*, Stamen, Roma, 2020.

79 Qualche cenno sull'ampio lavoro che attende gli studiosi in questo ambito può trovarsi in D'Agostino, F. *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 277 e ss., e più recentemente in Id., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, spec. la voce *Autodeterminazione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 11 e ss., e Id., *Bioetica. Questioni di confine*, Studium, Roma, 2019.

80 Nonostante, come ovvio, abbia una genealogia remota e complessa, sia per la sua elaborazione intellettuale sia, più tardi, per la sua popolarizzazione, di cui sinteticamente e suggestivamente parla Sergio Cotta proprio nel saggio sui diritti fondamentali citato poco fa. Si può reperire qualche ulteriore indicazione storiografica, seppur discussa, dalla lettura del libro di Villey, M. *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Cantagalli, Siena, 2009.

81 Del resto, che la fragilità – oltre che caratteristica generale ed ineludibile della nostra specie: cfr. D'Agostino, F. *Fragilità*, in Id., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011 – sia la fonte di speciali diritti di protezione (e dei corrispondenti speciali doveri di solidarietà) nella fisiologia di qualunque comunità *umana*, è il ragionevole argomento difeso da MacIntyre, A. *Animali razionali dipendenti. Perché gli uomini hanno bisogno delle virtù*, (1999), trad. it., Vita&Pensiero, Milano,

nuovamente rammentato, in proposito, che il diritto alla salute è collocato nel Titolo della Costituzione dedicato ai “rapporti etico-sociali”, e non dunque ai rapporti civili, o economici, o politici. Siamo dunque nel cuore della solidarietà come principio costituzionale, e ne scaturiscono le prime fondamentali applicazioni.

7.3.1. La recente esperienza del *lockdown* nella fase acuta della pandemia è una delle più spettacolari di tali applicazioni: ognuno di noi ha percepito che la sostenibilità di un sistema sanitario volto a proteggerci tutti era subordinata – e continua ad esserlo, in verità – al rispetto delle regole che a detta degli esperti avrebbero consentito un contenimento ragionevole del contagio, almeno nei suoi episodi acuti e presso i soggetti più vulnerabili⁸². Possiamo certamente potenziare tali servizi, ma non indefinitamente, né gratis⁸³: può di conseguenza divenire necessario provvedere al blocco o almeno al più drastico ridimensionamento possibile dei meccanismi di contagio, tramite il ricorso ai vari dispositivi di isolamento, ai confinamenti ed alle quarantene, ai metodi di tracciamento dei contatti virali, all’igienizzazione sistematica e frequente, e così via, secondo prassi che sono ormai in via di normalizzazione, ma che all’inizio richiedevano un forte senso civico per potersi diffondere in modo efficace, contro le abitudini generalmente invalse. Senza questa diffusione, sarebbe stato tutto inutile: in un certo senso, la scommessa non è stata sulla salute, ma sulla cooperazione civica, e dunque sulla solidarietà. Non è essenziale, in seno a tale discorso, che tale cooperazione sia stata dettata dalla paura (del contagio, delle sanzioni comminate per la violazione delle norme di contenimento, o di altro): sia perché nella seconda ondata assistiamo prevalentemente a raccomandazioni, e non a obblighi e divieti come nella prima (il che può essere un segnale a favore della lettura solidaristica dell’adesione massiva alle regole), sia perché anche la paura può essere una ragionevole via verso la responsabilità, come ha evidenziato a suo tempo Hans Jonas⁸⁴.

7.3.2. Nella misura e nei limiti in cui il diritto alla salute può venire ricondotto al novero dei diritti sociali, corrispondenti a libertà “positive”⁸⁵, anch’esso richiede prestazioni pubbliche e s’inserisce all’interno di un sistema

2001. La speciale tutela riservata a individui e gruppi più vulnerabili dall’art. 8 della *Dichiarazione Diritti umani e Bioetica* promulgata dal Comitato Internazionale di Bioetica dell’UNESCO nel novembre del 2005 conferma sul piano istituzionale e normativo queste prospettive filosofiche. Ad essa si potrebbero aggiungere analoghi documenti (già approvati o in via di discussione pubblica) sui diritti delle persone con disabilità, i diritti degli anziani, e così via.

82 A cui espressamente allude, nel n. 4, anche la Dichiarazione sottoscritta a Parigi il 26 marzo 2020 da parte dei responsabili dell’UNESCO e del COMEST: *Déclaration sur le Covid-19: Considérations éthiques selon une perspective mondiale - Déclaration du Comité international de bioéthique de l’UNESCO (CIB) et de la Commission mondiale d’éthique des connaissances scientifiques et des technologies de l’UNESCO (COMEST)*. Se ne veda il testo integrale sul sito istituzionale dell’UNESCO: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115_fre (accesso del 18/09/2020).

83 Uno dei migliori saggi di bioetica della sostenibilità (con evidenti ripercussioni anche sulla biogiuridica della sostenibilità) rimane quello di Callahan, D., *La medicina impossibile. Le utopie e gli errori della medicina moderna*, cit.

⁸⁴ Jonas, H. *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, (1979), trad. it., Einaudi, Torino, 2005, dove a più riprese il filosofo tedesco parla di una vera e propria “euristica della paura” da cui scaturisce la comprensione dei problemi e della loro urgenza, e dunque l’energia per l’azione.

85 Si noti che ha ragione da vendere chi osserva che anche i diritti civili classici o di “libertà negativa” (per usare l’espressione cara ad Isaiah Berlin), richiedono, eccome, l’attivazione delle amministrazioni pubbliche: si pensi al diritto di voto, classico diritto politico, o ai tradizionali diritti civili di riunione e associazione, che comunque si esercitano attraverso autorizzazioni e riconoscimenti ove è necessariamente implicato il ricorso a servizi statali. Ne deriva che la tradizionale distinzione tra diritti di libertà negativa e diritti di libertà positiva non va troppo radicalizzata, e ciò conferma l’orientamento suddetto in favore dell’inseparabilità dei diritti umani e dei diritti fondamentali, che vivono della propria integrazione e reciprocità cooperativa (probabilmente a partire dall’unità ontologica della persona umana, ma tale ipotesi filosofica meriterebbe ben altra trattazione). Questo punto, di validità generale, non va mai perso di vista:

e nei suoi incubi), e soprattutto di informazioni univoche e comprensibili relativamente al tipo di virus, alla sua pericolosità, ai meccanismi di trasmissione, all'efficacia delle misure di protezione ed igienizzazione: l'esperienza che abbiamo fatto in questi mesi può, se non altro, istruirci in futuro sugli errori da evitare, sia per quel che riguarda i contenuti della comunicazione, sia per quel che riguarda i canali, l'accreditamento delle fonti, la chiarezza ed efficacia dei messaggi.

7.5. La salute è un diritto personale e sociale che risulta ultimativamente *non separabile dagli altri diritti* individuali e comunitari (quelli inerenti famiglia, lavoro, economia, Stato). Oltre a compromettere, come si è detto sopra, il diritto alla salute stessa (il diritto dei pazienti potenziali, rallentando o vanificando la medicina preventiva; il diritto dei pazienti attuali di altre malattie, sistematicamente procrastinati rispetto ai malati di coronavirus), l'eccessiva o persino esclusiva concentrazione delle istituzioni sulla salute rischia di frammentare indebitamente il discorso sui diritti della persona e sacrifica spesso senza ragionevoli giustificazioni aspetti parimenti primari della sua tutela. Per non dire che anche la perdita del lavoro, un'importante crisi economica familiare, o tensioni domestiche accresciute dalla forzata coabitazione continuativa o al contrario dall'impossibilità di accudire o assistere i propri cari, possono finire con il danneggiare la salute psichica e persino fisica di coloro che ne sono vittime. È dunque del tutto errato dividere discorso sanitario e discorso economico: quasi che il benessere materiale non avesse alcun impatto sulla salute personale, o che non vi fosse una continua ed intensa circolarità tra dinamiche familiari, lavorative, sociali, e salute fisica e psichica di ciascuno⁸⁸. Si tratta di un'altra prospettiva su un tema già incontrato in queste pagine, quello dell'irriducibilità dell'essere umano ad una sola delle sue dimensioni esistenziali, e dunque, nel contesto giuridico, ad uno solo dei suoi diritti fondamentali: per questo la preoccupazione finalizzata a controllare un contagio infettivo si mostra sì sotto forma di sollecitudine sanitaria, ma deve anche accompagnarsi all'attenzione socio-economica, al lavoro, alle relazioni umane, alla qualità della vita in genere, e prevedere un adeguato bilanciamento dei beni e delle tutele in questione. Senza con questo arrivare agli eccessi, già rilevati, della definizione di salute inizialmente elaborata in sede OMS, è necessario inquadrare la salute all'interno della cornice complessiva dei beni essenziali per la fioritura umana (sapendo anche qui distinguere tra le esigenze della salute individuale e quelle di *public health*, come abbiamo detto), per non correre il rischio di soffocare, assieme al virus, anche la vitalità sociale ed economica di una nazione, e l'esistenza dei suoi membri come singoli e dei gruppi intermedi in cui s'intesse la loro esistenza concreta. I medici e gli operatori sanitari in genere hanno senz'altro la loro missione da svolgere, e l'imperativo della cura che la caratterizza (sia in senso terapeutico che in senso preventivo): ma l'autorità politica è, o almeno, aristotelicamente, dovrebbe essere, quella con lo sguardo più ampio, l'arte e la scienza che cura il bene comune, e non soltanto un bene singolo, individuale o specifico, magari indebitamente assolutizzato.

7.6. La salute, infine, può essere meditata non solo come diritto dell'individuo, non solo come interesse della collettività: ma anche come uno dei cosiddetti *beni relazionali*. La solidarietà, ci ricordano gli studi istituzionali del diritto, è anzitutto solidarietà passiva (la *obligatio in solido* dei romani): e questa sua dinamica è certamente apparsa con nitidezza sulla scena delle esperienze recenti, vista l'assunzione collettiva del rischio biologico dovuta alla contagiosità del morbo per la nostra specie. Ma soprattutto è l'aspetto costruttivo della solidarietà che abbiamo profondamente riscoperto e rivalutato in emergenza: la solidarietà morale (e non solo) con gli operatori sanitari, ma anche con tutti gli operatori indirettamente protagonisti (come quelli di pubblica sicurezza, quelli ecologici, gli addetti alle consegne, gli esperti informatici, i commessi dei supermercati, etc.); la solidarietà sociale di tutti coloro che hanno di buon grado accettato limitazioni perduranti e penetranti delle proprie libertà, per cooperare alla riduzione dei rischi ed alla cessazione della fase acuta, talora assumendo volontariamente le pervasive modalità di

88 Lo dice bene D'Aloia nel passo di un suo contributo già menzionato, "Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio", cit., pp. 20 e s. Ma si tratta, è evidente, di una nuova manifestazione di quel carattere di indivisibilità dei diritti che, come abbiamo sopra notato, radica nell'unitarietà della persona umana.

tracciamento, più o meno mediate dalle nuove tecnologie⁸⁹. Sono altrettante manifestazioni puntuali di quello che in via generale aveva compreso a fondo Cotta nel riflettere sull'origine della regola giuridica:

L'origine del diritto-regola è condizionata sì, ma dall'inegabile compresenza esistenziale di esseri ragionevoli, ossia dei vari io-soggetti. Inoltre, è conseguente a un processo di seria e approfondita autocoscienza che, riconoscendo la parità io-altro, permette il trovamento *in comune* della norma da cui vengono regolati i rapporti inter-soggettivi, e quindi salvaguardato il se-stesso di ciascuno. Questo trovamento *in comune*, conseguente al processo riflessivo dell'autocoscienza, non è interpretabile secondo i concetti (né kantiani, né comuni) di autonomia e di eteronomia. Gli è adeguato invece, se mi è consentito di ricorrere a un neologismo, il concetto di *socionomia*: la creazione in comune del *nomos* obbligante le parti⁹⁰.

La considerazione che alla regola giuridica si approdi solo in virtù di un processo di riconoscimento ed apprendimento della relazione tra i soggetti umani legittima l'avvicinamento di questa prospettiva all'interessante linea di ricerca della sociologia relazionale⁹¹, e nel nuovo, complesso contesto in cui come abbiamo avuto modo di appurare esso odiernamente trova attuazione, sposta il baricentro del diritto alla salute in un punto più vicino al centro tra l'orizzonte individuale e quello sociale. È possibile che per questa via si riescano ad armonizzare le numerose tensioni che abbiamo riscontrato nel diritto alla salute: quella rappresentata già nell'art. 32 Cost., tra dinamica individuale e dinamica collettiva; quella tra libertà negativa (*privacy* della salute) e libertà positiva (diritto a prestazioni sanitarie); quella tra bisogno di competenze tecniche ed applicazioni avanzate, e necessità di umanità nella relazione clinica; quella infine tra il bene salute e gli altri beni che la sua tutela in situazioni critiche può richiedere di sacrificare, almeno temporaneamente. Se al termine di questa indagine scopriremo che l'ordinamento giuridico non vive anzitutto dei diritti, ma piuttosto dei doveri⁹², che non soltanto abilitano al godimento di quelli, ma più profondamente lo rendono possibile, ne rendono pensabile l'esistenza⁹³, non sarà poi una sorpresa inattesa: perché i beni giuridici fondamentali di un essere relazionale sono beni relazionali, e si conseguono e godono nella

⁸⁹ È noto il dibattito che sta accompagnando il ricorso a tali metodi di tracciamento, con riguardo alla possibile tensione tra esigenze di salute pubblica e diritto alla riservatezza e tutela dei dati personali. Sul piano europeo, sin dal mese di aprile aveva preso posizione in proposito anche il Comité de Bioéthique (DH-BIO), con la *Déclaration du DH-BIO sur les considérations en matière de droits de l'Homme relatives à la pandémie de COVID-19*, al cui punto 8 leggiamo che "l'article 26 de la Convention d'Oviedo prévoit la possibilité de restrictions à l'exercice des droits et dispositions de protection contenus dans la Convention, y compris le droit à la protection de la vie privée. Ces exceptions visent à protéger des intérêts collectifs parmi lesquels celui de la santé publique. Toutefois, de telles restrictions doivent être prévues par la loi et être nécessaires dans une société démocratique pour la protection de l'intérêt collectif en jeu" (<https://rm.coe.int/inf-2020-2-statement-covid19-f/16809e2789>; accesso del 18/09/2020). Anche in questa prospettiva, dunque, i diritti soggettivi nella loro consistenza individuale soccombono, almeno in linea di massima, dinnanzi alle esigenze comunitarie. È un altro modo per ricordarci che l'essere umano è essere in relazione, dalla relazione coi suoi simili deriva e dipende, ed in essa fiorisce. Nemmeno l'art 8 CEDU ha dunque carattere di diritto assoluto, se mai ne fosse sorto il dubbio.

⁹⁰ Cotta, C. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 63.

⁹¹ Donati, P. *La sociologia relazionale*, La Scuola, Brescia, 2013. Per un approccio generale a questo pensiero si veda: Terenzi, P., Boccacin, L., Prandini, R. (a cura di), *Lessico della sociologia relazionale*, Il Mulino, Bologna, 2016.

⁹² Per uno studio complesso e profondo di questa tesi si v. Incampo, A. *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2012.

⁹³ Per un aggiornamento alla situazione pandemica della classica tesi di Weil, S. *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano*, (1948), trad. it., ES, Milano, 1990, si veda Crocetta, C. "Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una 'prima analisi' antropologico-giuridica", in *Rivista di Biodiritto, special issue*, 1/2020, pp. 249 e ss.

relazione, mediante la relazione ed all'interno di essa, non al di fuori o senza la sua mediazione. Pertanto, al godimento di un bene relazionale come quello della salute si perviene non tanto tramite la rivendicazione di un diritto soggettivo, quanto piuttosto nella realizzazione socioeconomica di una reciprocità, in cui alle legittime spettanze di ognuno corrispondono le sue responsabilità ed i suoi vincoli comunitari. Lo abbiamo constatato in tempi di pandemia da coronavirus non solo in quanto pazienti individuali, destinatari delle cure (che sono sempre relazioni, qualunque forma assumano: anche la più artificiale), ma pure in quanto cittadini solidali con i nostri simili (a partire dai congiunti, i familiari, gli amici, i conoscenti, fino ad arrivare agli sconosciuti), responsabilmente vincolati alle strategie cooperative più o meno sapientemente individuate dai governanti.