

Due anni di pandemia in Italia. Libertà e autorità

di Felice Blando

Sommario: 1. Premessa. – 2. La limitazione dei diritti fondamentali: un *unicum* nella storia della Costituzione repubblicana del 1948. – 3. Una catastrofe dal volto inedito. I limiti della critica alle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19. – 4. Obbligo della vaccinazione e tutela della salute. Criticità del certificato verde. – 5. “Diritto costituzionale dell'emergenza”. L'emergenza secondo una versione esplicativa ed attuativa della Costituzione: le indicazioni ricavabili dalla dottrina tedesca. Un falso problema: il ritorno dello Stato autoritario.

1. *Premessa*

Con l'ordinanza n. 38 del 17 gennaio 2022, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana è intervenuto sulla questione inerente la vaccinazione obbligatoria per il Covid-19, imposta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario¹.

Il CGARS, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma in oggetto, ordina al Ministero della Salute di compiere una complessa istruttoria relativa ad una serie di profili tecnico-scientifici e di produrre una relazione al fine di fornire al Collegio gli elementi necessari per un'eventuale rimessione al giudice delle leggi.

L'ordinanza istruttoria, venendo senza indugi alla questione che qui si vuole esaminare, è meritevole di critica perché – come rilevato anche da Guido Corso e Marco Mazzamuto² – presta il fianco a un difetto di una visione di insieme della vicenda pandemica. Come si vedrà, misconoscerlo equivale, infatti, in buona sostanza, a obliterare il dato di fondo che la Costituzione garantisca un solidissimo fondamento normativo all'obbligo vaccinale e a tutti gli interventi politico-amministrativi di regolazione della vicenda pandemica.

2. *La limitazione dei diritti fondamentali: un unicum nella storia della Costituzione repubblicana del 1948*

L'Italia si è inizialmente mossa con cautela nell'adottare misure di contenimento della pandemia, forse anche perché – come in molti altri Paesi – il rischio effettivo di diffusione del virus non è stato subito percepito. Si è quindi agito per

¹ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giur., 17 gennaio 2022, n. 38, in www.federalismi.it, *Focus – Osservatorio di diritto sanitario*, n.5/2022, con osservazioni di A. CAUDURO.

² Interventi al webinar su Pandemia e obbligo vaccinale. Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022.

aggiustamenti progressivi e in un crescendo di divieti man mano che si acquisiva consapevolezza della criticità della situazione e la definizione della fattispecie è diventata progressivamente più precisa. Un ruolo da protagonista nella strategia di contenimento da contagio è stato, ed è tuttora, svolto dal Governo, che già a febbraio-marzo 2020 aveva predisposto la «catena normativa»³ *dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24 del Codice della Protezione Civile - decreto legge - provvedimenti amministrativi attuativi* (con la preponderanza dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri), da allora costantemente aggiornata.

La fine del Governo Conte II ha comportato, sul piano della risposta giuridica, l'attenuazione nella disciplina della pandemia dell'uso dei decreti del Presidente del Consiglio, nonostante che la soluzione tecnica sia stata ritenuta dalla Corte costituzionale conforme ad alcuni principi immanenti all'ordinamento giuridico⁴. Il Governo Draghi, al momento, ha concentrato la sua azione politica di contrasto alla pandemia con l'introduzione della certificazione verde (c.d. *green pass*) (decisa dal d.l. n. 52/2021, poi modificato dai dd.ll. nn. 127/2021, 172/2021, 229/2021); l'estensione dell'obbligo vaccinale (d.l. n. 172/2021); la rimodulazione del meccanismo di classificazione delle zone bianche, gialle, arancioni e rosse (effettuata dal d.l. n. 105/2021).

Nessuna delle situazioni soggettive costituzionalmente garantite è rimasta estranea alla vicenda emergenziale sanitaria (artt. 13-54 Cost.). Una simile massiccia limitazione dei diritti e delle libertà costituzionali costituisce un *unicum* nella storia italiana del secondo dopoguerra ed era ritenuta fino ad oggi inammissibile dalla dottrina⁵. Non sorprende quindi che essa abbia comportato immediatamente diverse manifestazioni di protesta e un acceso dibattito dottrinale, al quale si sono contrapposti molti giuristi, invocando con toni molto decisi la sostenibilità delle misure di contenimento nel loro complesso e il rispetto del sistema delle fonti e dei principi dello Stato di diritto⁶.

Il prolungarsi nel tempo delle misure limitative dei diritti e delle libertà costi-

³ Per la nozione di catena normativa dell'emergenza e per la sua legittimità con il sistema delle fonti del diritto si v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in www.giurcost.org, p. 3 ss. L'anomalia del sistema delle fonti emergenziali è all'opposto sostenuta da S. STALANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in www.rivistaic, n. 2/2020, p. 536 ss., che rileva frammentazione, asistematicità, conflitto. Per una sintesi efficace sulle caratteristiche ed i meccanismi delle fonti di governo della pandemia si v. M. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in www.questionegiustizia.it, 6 dicembre 2021, p. 1 ss.

⁴ Corte Cost., sent. n. 198 del 2021 (su cui v. M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza Covid. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in www.federalismi.it, n. 25, 2021).

⁵ Cfr., in modo esemplare, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.it.

⁶ In una letteratura, manco a dirlo, sterminata segnalò, per la sua illuminante essenzialità, un breve scritto di U. DE SIERVO, *Il contenimento di covid-19: interpretazioni e costituzione*, Modena, 2021, *passim*. Per una sintesi delle diverse posizioni sia consentito il rinvio a F. BLANDO, *Stato, emergenza e diritto alla vita*, in corso di pubblicazione presso questa *Rivista*, fasc. 3/2021.

tuzionali, invero, incide sull'esito della ponderazione con gli interessi contrapposti e con i diritti fondamentali coinvolti; inoltre, le conoscenze tecnico-scientifiche sempre maggiori sui rischi e sui possibili rimedi limitano l'esercizio della discrezionalità delle scelte. Il giudizio sulla compatibilità delle misure, pertanto, non viene cristallizzato una volta per tutte, ma implica un elemento dinamico, che si ripercuote sull'ampiezza della discrezionalità normativa e amministrativa.

Dopo due anni di pandemia occorre procedere con obiettività e distacco, perché nel campo delle scienze umano-sociali, quando si affrontano problemi complessi e nuovi, nel proporre soluzioni efficaci, non vi è possibilità di avvalersi di una previa sperimentazione. La consapevolezza critica delle soluzioni accompagna sempre il giurista, che non scambia le mete precarie con verità esaustive e intangibili. Solo l'esperienza dirà a posteriori se le misure hanno prodotto benefici o danni.

3. *Una catastrofe dal volto inedito. I limiti della critica alle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19*

La pandemia del Coronavirus presenta un volto inedito rispetto alle tradizionali calamità naturali come terremoti, inondazioni, eruzioni vulcaniche; perché essa non è più solo un fatto esogeno alla natura; diventa un fatto politico, in quanto i danni e le rotture che provoca possono e devono essere attribuiti alle discipline dettate dai Governi⁷ (in luogo dei Parlamenti) e alle loro risposte tempestive o comunque adeguate.

All'inizio della pandemia molte misure di contenimento pesantemente restrittive, come l'ordine di restare a casa, si sono rilevate condivise, accettate e rispettate dalla totalità della popolazione. Esse non hanno solo limitato la libertà personale, di circolazione e soggiorno, di riunione e così via. Hanno anche accresciuto e comunque reso più visibili i conflitti di interessi e di ragioni tra vari tipi e categorie di persone. Milioni di lavoratori dipendenti (delle botteghe, dei ristoranti, di aziende private, etc.) e di piccoli imprenditori autonomi sono stati messi fuori mercato, mentre i lavoratori statali o chi godeva del privilegio di lavorare da casa non hanno corso alcun rischio economico. Nella loro attuale forma, le politiche pubbliche legate al PNRR sono ben lungi dall'essere in grado

⁷ Cfr. A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost. n. 198 del 2021*, in www.giurcost.org, fasc. III/2021, p. 848, laddove afferma la capacità dell'emergenza di «provocare la manifestazione di nuove forme del potere del Governo, da fondare e da circoscrivere al contempo, però, nel quadro esistente delle attribuzioni costituzionali ex art. 77 Cost., facendo in ogni caso salve le garanzie – politiche, istituzionali e giuridico-costituzionali – apprestate dalla Costituzione: si tratta di un equilibrio tra i poteri prezioso, del quale dovremmo tenere salda memoria».

di compensare queste e altre gravi disuguaglianze in materia di occupazione e di reddito⁸. Per il momento, le politiche pubbliche rispondono alla crisi producendo enormi volumi di finanziamenti di emergenza, per sussidi, prestiti e trasferimenti.

Più la pandemia si è prolungata, e più sono stati i danni e le sofferenze di ogni ordine che ha inflitto, più questo è stato attribuito alle politiche adottate e alle misure normative, piuttosto che ai fatti riconducibili alla natura, che hanno innescato il processo. Le contestazioni per la negazione della libertà – dalla libertà di iniziativa economica privata al diritto al lavoro e alla libertà di religione – sono divenute sempre più manifeste, e in molti cercano di convincere l'opinione pubblica che il diritto alla vita e all'accesso alle strutture mediche di rianimazione non meritano la priorità assoluta su tutti gli altri diritti. Emergono rivendicazioni secondo cui la prevenzione attraverso i vaccini porti a risultati peggiori della stessa malattia. Il discorso viene riformulato in modo da evidenziare tutti i tipi di danni associati ai vaccini e in modo da diffondere dubbi sui loro benefici universali. Un numero crescente di giuristi e di giudici sembrano concordare sul fatto che i vaccini non siano indispensabili alla sopravvivenza della popolazione; anche se così fosse e se essi fornissero protezione aggiuntiva, ciò si applicherebbe comunque solo in base ad una sperimentazione non sicura e non garantita dai protocolli tradizionali adottati per gli altri vaccini⁹.

Intorno al rapporto tra diffusione della malattia e contrasto alla stessa attraverso i vaccini si sta diffondendo una curiosa amnesia tra molti commentatori, che si sono abbandonati a ipotesi allarmate, perché sarebbe in corso un allontanamento dalla situazione precedente, dipinta come socialmente molto più pregevole di quella caratterizzata dalla presenza dell'attuale politica di vaccinazione. Dopo il simbolico "Vaccine Day" del 27 dicembre 2020, in Italia inizia la campagna vaccinale. Nel solo anno solare 2021 verranno somministrate oltre 110 milioni di dosi. Riduzioni nel numero di nuovi casi, diminuzione dei ricoveri e blocco della trasmissione virale sono tra i principali effetti dovuti alla vaccinazione. Nonostante le varianti sempre più contagiose i vaccini cominciano a far cambiare la traiettoria della pandemia. I risultati che arrivano dal nostro Paese e da tutte le nazioni con elevata copertura vaccinale mostrano come all'aumentare dei casi non corrisponde più la stessa proporzione di ricoveri e decessi. I vaccini funzionano ed evitano migliaia di decessi¹⁰. Quel che in realtà i più recenti critici del ricorso alla vaccinazione, quale mezzo privilegiato per far fronte all'emergen-

⁸ Così, fra i molti, M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, www.costituzionalismo.it, parte I, fasc. 2/2021.

⁹ Di particolare interesse perché oltre ad affermazioni generali affronta la concreta e complessa problematica A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2021, p. 432 ss.

¹⁰ Cfr. D. BANFI, *Covid-19: i fatti da ricordare nel secondo anno di pandemia*, in www.fondazioneveronesi.it, 31 dicembre 2021.

za sanitaria, e del connesso strumento della c.d. certificazione verde lamentano è che «scienza e diritto non abbiano ancora inventato la macchina del tempo, così da fare un balzo nel futuro per valutare scientificamente, con esattezza, gli effetti del virus»¹¹.

Importante è sul punto la traccia aperta in Spagna dal Tribunale Supremo, IV, del 14 settembre 2021, n. 1112, in tema di *pasaporte Covid*: «non si può chiedere che, secondo l'attuale stato della scienza, un intervento normativo ai fini del contenimento della pandemia sia infallibile nell'impedire in modo assoluto qualunque tipo di contagio, dovendosi, invece, ritenere idoneo un intervento efficace, appropriato e proporzionato alla finalità della protezione della vita e della salute»¹². A proposito del quale primato, deve ricordarsi come, in modo del tutto speculare, la decisione del Consiglio di Stato (2 dicembre 2021), relativa all'obbligo di vaccinazione del personale sanitario, affermi che di fronte a «dubbi individuali o di gruppi di cittadini sulla base di ragioni mai scientificamente provate», deve opporsi che, «soltanto la massiva vaccinazione anche e anzitutto di coloro che entrano in servizio ordinariamente in contatto con altri cittadini specie in situazione di vulnerabilità, rappresenta una delle misure indispensabili per ridurre, anche nei giorni correnti, la nuova emergente moltiplicazione dei contagi, dei ricoveri, delle vittime e di potenzialmente assai pericolose nuove varianti; quanto ora sottolineato, anche sotto il profilo del danno irreparabile, indica che, semmai, esso sarebbe incomparabilmente più grave per la collettività dei pazienti e per la salute generale, rispetto a quello lamentato dall'operatore sanitario sulla base dei dubbi scientifici certo non dimostrati a fronte delle amplissimamente superiori prove con l'erogazione di decine di milioni di vaccini solo nel nostro Paese, degli effetti positivi delle vaccinazioni sul contrasto alla pandemia e alla sue devastati conseguenze umane, sociali e di privazione della solidarietà quale principio cardine della nostra Costituzione»¹³.

La circostanza che principi costituzionali (vita, salute, solidarietà) vengano invocati come fonte di legittimazione etico-politica assume un significato particolare se posto accanto all'indubbio *deficit* di plausibilità scientifica di cui il fronte dei critici del vaccino soffre, lasciando chiaramente intravedere un filone giurisprudenziale di gestione della pandemia conforme a quanto propugnato dalla maggioranza della comunità scientifica. Nondimeno, come si accennerà più avanti, la lotta al virus non può accontentarsi delle aule dei tribunali (anche costituzionali) ma è necessario che passi attraverso le aule parlamentari.

¹¹ Incisivamente continua I. MASSA PINTO (*Volete la libertà? Eccola*, in www.questionegiustizia.it, 30 luglio 2021, p. 4) che «Solo una – ovviamente impossibile – valutazione scientifica giustificerebbe, a parer loro, l'imposizione degli obblighi. Ma oggi quegli effetti sul lungo periodo non sono evidentemente valutabili, se non – legittimamente – dal punto di vista politico». In una valutazione di natura politica, invero, incorre proprio l'ordinanza n. 38 del 2022 del CGARS.

¹² La sentenza del Tribunale spagnola è richiamata al punto n. 8.1 dall'ordinanza n. 38 del 2022 del CGARS.

¹³ Cons. Stato, Sez. III, decreto, 2 dicembre 2021, n. 6401, in www.federalismi.it, *Focus – Osservatorio di diritto sanitario*, n.5/2022, con osservazioni di A. COLANTE.

4. *Obbligo della vaccinazione e tutela della salute. Criticità del certificato verde*

L'introduzione dell'obbligo vaccinale per gli esercenti professioni sanitarie si deve, come già detto sopra, all'art. 4 del citato d.l. n. 44/2021. Di seguito, l'art. 2 del d.l. n. 122/2021 ha esteso tale misura al personale delle rsa e, successivamente, l'art. 2 del d.l. n. 172/2021 ha allargato le maglie del vincolo sino a includervi il personale della scuola e di tutte le strutture di istruzione e formazione, del comparto difesa, della sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, dei servizi di sicurezza, di tutte le strutture sanitarie e sociosanitarie, degli istituti penitenziari. Il d.l. n. 52/2021, ha subordinato l'accesso ai mezzi di trasporto pubblico e il loro utilizzo al possesso delle certificazioni verdi (c.d. green pass), i successivi dd.ll.nn. 172/2021 e 229/2021 sono intervenuti nuovamente sulla disciplina della certificazione verde, allargando le restrizioni a carico di coloro che sono sprovvisti delle certificazioni in questione (c.d. *super green pass*).

Delicati problemi solleva l'interpretazione di queste disposizioni, legati in parte ad un problema di *finium regundorum* tra le norme costituzionali, provocato ed acuito da discipline in cui finalità e procedimenti non sono ben chiari e che muovono da nuove consapevolezze e problemi solo recentemente emersi dal contesto pandemico in cui tutti ci troviamo coinvolti¹⁴.

In primo luogo, va ribadito che il problema dei trattamenti sanitari deve essere affrontato in *primis* alla luce dell'art. 32 Cost., tenendo in conto che: *a*) dalla lettura coordinata del primo e del secondo comma dell'art. 32, la maggior parte della dottrina ricava l'esistenza di una situazione individuale di libertà negativa, cioè un diritto di libertà avente ad oggetto la non ingerenza della autorità nella sfera della propria salute; *b*) la nozione di trattamento sanitario unanimemente accolta è latissima, ricomprendendosi ogni attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione ed in modo da assicurare il consenso e la partecipazione degli obbligati¹⁵.

A fianco di questi principi, su cui da tempo si ritrova un ampio accordo, un ulteriore punto fermo che si ricava dalla norma costituzionale è la necessità della espressa previsione legislativa per i trattamenti sanitari obbligatori (una riserva di legge unanimemente ritenuta relativa), e che vi sia la sussistenza contempora-

¹⁴ Esemplare e di grande interesse Cons. Stato, Sez. III, sentenza, 20 ottobre 2021, n. 7045, che è da considerare la vera svolta in tema di vaccinazione obbligatoria a difesa del Covid-19, anche perché inquadra in una forte prospettiva costituzionale profili inerenti scienza e trattamenti sanitari, discrezionalità tecnica, carattere qualitativo e individuale della pratica medica, v. il commento di V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in www.osservatoriocostituzionale.it, fasc. 6/2021, p. 286.

¹⁵ Si rinvia per un quadro dei vari e contrastanti orientamenti, nell'ambito di una letteratura assai vasta, ai fondamentali saggi di V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 561 ss. e di S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *ivi.*, 1979, p. 900 ss.

nea dei due requisiti della finalizzazione del trattamento sanitario alla salute del singolo sottoposto e alla salute collettiva: solo in questo caso la legge potrebbe imporre trattamenti sanitari¹⁶.

Alla luce di quanto finora esposto è da escludere che l'attuale disciplina sulla vaccinazione anti-covid eluda gli obblighi che l'art. 32 della Costituzione impone al legislatore. Ma, a ben vedere, questo modello riveste ormai la dignità di un paradigma generale là dove anche un tipo di obbligo vaccinale generalizzato farebbe escludere la possibilità di invocare la violazione dell'art. 32 Cost., avendo la giurisprudenza della Corte costituzionale mantenuto ferma la premessa che la pratica in oggetto deve essere letta alla luce del contesto storico-concreto nel quale s'inserisce: benché si tratti di vaccini autorizzati con la regolata procedura d'emergenza – c.d. autorizzazione all'immissione in commercio condizionata –, la situazione pandemica in atto, che giorno dopo giorno ci fa assistere a uno stillicidio di morti, non getterebbe ombre della legittimità costituzionale di un ipotetico obbligo giuridico in luogo delle cangianti forme di persuasione messe in atto. Per la Corte, in quanto «strumento di flessibilizzazione», «la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso»¹⁷. Ovviamente, chiariti questi punti essenziali, la esatta delimitazione delle prestazioni ammissibili rispetto a quelle lesive del diritto alla salute può essere effettuata solo in concreto, caso per caso, e resta quindi affidata alla Corte costituzionale nell'esercizio del sindacato esclusivo sulla costituzionalità delle leggi.

Tuttavia, sul punto è necessario intendersi: mi sembra, invero, difficile negare che dal punto di vista politico sarebbe opportuno imporre, con una legge approvata ad ampia maggioranza dal Parlamento, la vaccinazione a tutti. Uno Stato democratico deve sapersi assumere la responsabilità di limitare la libertà dei cittadini quando le circostanze lo impongono: ma lo fa in modo limpido, diretto e nel rispetto delle procedure costituzionali. Dal punto di vista dei principi dello Stato di diritto è pericoloso affrontare il problema così come si è fatto, e cioè attraverso misure surrettizie che limitano le libertà fondamentali del cittadino, pur preservando in astratto la libertà di non vaccinarsi: di pericoloso c'è tutta la distanza che separa il limitare in via di fatto una libertà giuridica (certificazione verde)¹⁸ dal limitare una libertà giuridica in forma legale (obbligo vaccinale)¹⁹.

¹⁶ Tutt'ora attuale B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, spec. p. 52 ss.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 5 del 2018 (ma v. anche la sent. n. 268 del 2017).

¹⁸ Resta probante, invece, il riferimento all'art. 3 Cost. e che, la distinzione tra chi è in possesso della certificazione e chi no, è indubbiamente esente da profili discriminatori (così, esattamente, A.M. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in www.federalismi.it, n. 21/2021, p. ix).

¹⁹ V. Corte cost., ord. n. 15 del 2022, che ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzione promosso da alcuni membri del Parlamento, sprovvisti di certificazione verde, nei confronti del Governo, in riferimento al citato d.l. n. 229/2021. I Ricorrenti lamentavano che la previsione

5. *“Diritto costituzionale dell'emergenza”. L'emergenza secondo una versione esplicativa ed attuativa della Costituzione: le indicazioni ricavabili dalla dottrina tedesca. Un falso problema: il ritorno dello Stato autoritario*

L'impatto della vicenda pandemica sulla nostra Costituzione è stato molto duro: e sebbene, alla fine, abbia prevalso l'idea secondo cui la recente disciplina adottata per far fronte all'emergenza sarebbe perfettamente compatibile con i valori fondamentali della Costituzione, non vi è dubbio che dobbiamo essere messi in guardia contro gli usi dispotici che i Governi possono essere tentati di fare delle misure che adottano in nome della protezione della nostra salute e della nostra vita.

Abbiamo già detto come in una prima fase le misure di contenimento sono state molto «efficaci» e accettate dalla maggioranza della popolazione ma che, come molteplici fatti di cronaca mostrano, anche in Italia, nel bene e nel male, si sia acuito il conflitto sociale sulla gestione della pandemia²⁰. La teatrale manifestazione dei negazionisti nella capitale, conclusasi con l'assalto alla sede della Cgil da parte di esponenti del movimento Forza Nuova, ha riaperto il dibattito sulla disciplina di associazioni o partiti incompatibili con l'ordinamento costituzionale²¹. Dopo i fatti di “Trieste”, dove la protesta di portuali e no vax ha determinato gravi disordini e rialzo dei contagi, il Ministro dell'interno ha emanato una direttiva (10 novembre 2021, cd. direttiva Lamorgese), con cui, è stata attribuita alle autorità di pubblica sicurezza il potere di limitare le manifestazioni contro l'emergenza sanitaria a tutela dello «svolgimento delle attività lavorative» e della «mobilità dei cittadini», estendendo tale potere in modo forse eccessivo

del *super green pass* impediva loro di recarsi a Roma per svolgere le proprie funzioni, fra le altre la partecipazione alle prossime elezioni del Presidente della Repubblica (ma v. anche l'ord. n. 256 del 2021).

²⁰ Giustamente sottolinea, ad. es., A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto. Considerazioni intorno alla “direttiva Lamorgese”*, in www.questionegiustizia.it, 30 dicembre 2021, p. 7, essere evidente «sul retroterra delle manifestazioni “no vax” e “no green pass” [...] la necessità di ripartire dall'emancipazione, insieme personale e sociale, dalla ricostruzione del legame sociale, dalla lotta alle disuguaglianze, da una partecipazione che dia anima alla democrazia attraverso l'espressione dei conflitti, dai principi del costituzionalismo».

In generale, «occorre guardare alla possibilità di interpretare l'evento pandemico nella prospettiva del potenziale ri-adattamento della Costituzione, rinunciando, al contempo, ad identificare il collasso dell'ordine economico, sociale e ambientale del progetto di emancipazione penato dai Costituenti», cosicché, «attuare la Costituzione significa oggi recuperare il pluralismo ed il conflitto sociale che costituiscono le forze motrici di ogni processo democratico», osservano G. BUCCI e M. DELLA MORTE, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria costituzionale*, www.osservatoriocostituzionale.it, fasc. 1/2022, p. 72; p. 76.

²¹ V. le convergenti riflessioni di B. CARAVITA, *La legge Scelba? Non va usata per tentati golpe*, in «Il Riformista», del 13 ottobre 2021; e di S. CURRERI, *Sullo scioglimento di Forza Nuova e, più in generale, delle forze politiche che agiscono con metodo non democratico*, in www.lacostituzioneinfo.it, 19 ottobre 2021.

anche «per manifestazioni pubbliche attinenti ad ogni altra tematica»²². Anche in questi contesti sarebbe buona regola che qualsiasi autorità democratica evitasse l'imposizione come tecnica di governo e puntasse sul convincimento e il coinvolgimento.

Abbiamo letto in questi due anni diverse interpretazioni secondo cui l'emergenza è stata usata strumentalmente dal Governo per sottomettere i cittadini e agire con mezzi *extra ordinem* non previsti dalla Costituzione. Sono interpretazioni tutt'altro che prive di fondamento, nel senso che molte forze politiche hanno creato allarmismo laddove non era giustificato, ma anche eccessive: i casi in cui concretamente si è deciso con atti *extra ordinem*²³ sono stati, almeno nel nostro ordinamento e finora, pressoché inesistenti e confinati nella sola ipotesi dell'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 («Le autorità competenti, con le modalità previste dall'art. 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1»), abrogato, dopo un breve lasso di tempo, dal d.l. n. 19 del 2020, che poneva così rimedio al grave difetto di determinatezza della norma abrogata.

Il rapporto tra Costituzione e pandemia esige da parte dei giuristi italiani una severa capacità critica, una fresca volontà di scrollarsi di dosso schemi rigidi e di rivedere, in parte, le strutture teoriche e gli strumenti tecnici di disciplina. Dopotutto i regimi democratici suppongono anche situazioni estreme, in cui è in gioco la salvezza della società e dei suoi membri e si deve decidere con immediatezza. Per trovare un adeguato livello di consapevolezza metodologica riguardo al problema rappresentato dalla emergenza nei sistemi giuridici moderni, è necessario svolgere lo sguardo in direzione della Germania.

La questione è impostata nella prospettiva corretta da Peter Häberle: la condizione di emergenza dello Stato appartiene alle istituzioni «normali» dello Stato costituzionale, «non essendo di per sé in contraddizione con lo Stato costituzionale». Non solo. Per Häberle l'idea della «ultima ratio» cioè «del divieto di eccesso (non proporzionalità) deve guidare tutte le misure di emergenza, ad es. l'interruzione delle competenze normali del parlamento a favore dell'esecutivo

²² Su cui cfr. G. MENEGUS, *No green pass e libertà di riunione: confusion will be my epitaph*, in www.lacostituzione.info, 13 novembre 2021. Di violazione manifesta dell'art. 17 Cost. discorrono M. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, cit., p. 23, e A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto*, cit., p. 3.

²³ Su questa tipologia di fatti normativi *extra ordinem* la cui idoneità a creare diritto non può che affermarsi *ex post*, alla stregua della «effettività» delle norme che ne derivano v., con esemplare chiarezza, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., vol. II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, 1971, p. 145 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 19 ss. e p. 540 ss. (il quale ritiene che gli «accadimenti che risultino concretamente capaci di operare come fonti *extra ordinem* in tale loro veste si presentano sempre come fatti, anche se per altro verso possano essere considerati come atti giuridici» (ibidem, 543).

(concentrazione dei poteri) oppure la limitazione o sospensione temporanea dei diritti fondamentali. E se è così, osserva Häberle, «è all'interno di queste rigide condizioni il primato della costituzione scritta richiede la sospensione della costituzione solo in parti, per poter ristabilire la sua validità illimitata»²⁴.

Che il potere in via presidenziale (art. 48, comma secondo, Costituzione di Weimar) di sospendere le leggi costituzionali durante lo stato d'emergenza non possa andare esente da limiti era già stato sostenuto, e per primo, da Carl Schmitt nella sua *Verfassungslehre*, pubblicata nella prima edizione del 1928²⁵. Il senso di questa teoria sta nella idea che anche il Presidente del Reich eserciterebbe un potere giuridicamente fondato, conferitogli dalla Costituzione che invero non «tocca le decisioni politiche fondamentali e la sostanza della costituzione, ma è proprio al servizio della salvaguardia e del ripristino di questa»²⁶. Di conseguenza, si badi, sarebbe «insensato dedurre dalla inviolabilità della costituzione una inviolabilità di ogni singola legge costituzionale e in ogni singola disposizione legislativa costituzionale vedere un ostacolo invalicabile per la protezione della costituzione nel suo complesso»²⁷. Ma non è men chiaro in Schmitt che questo si paleserebbe nel porre la «singola legge al di sopra dell'insieme della forma di esistenza politica e volgere il senso e lo scopo dello stato di emergenza *nel suo contrario*»²⁸. La teoria acquisisce dunque contorni precisi: il potere di emergenza si fonda sul bisogno di salvaguardare il nucleo fondamentale su cui si fonda la legittimità della Costituzione, ma il detentore di tale potere non può disporre fino in fondo della Costituzione, perché altrimenti finirebbe con il porre in discussione il solo fondamento in virtù del quale è legittimato ad agire.

²⁴ I passaggi riportati nel testo sono tratti da P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale* (2001), trad. it. di F. Politi e S. Rossi, Roma, p. 273, che si riallaccia al pensiero di K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, 1999.

²⁵ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 46, p. 155 ss., p. 236 ss., p. 241 ss. L'art. 48, secondo comma, stabiliva che «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine o della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153». La norma prevedeva la possibilità di sospendere in tutto o in parte sette articoli della Costituzione, che garantivano i diritti fondamentali: 114 (libertà personale), 115 (inviolabilità di domicilio), 117 (segretezza di corrispondenza), 118 (libertà di manifestazione del pensiero), 123 (libertà di riunione), 124 (libertà di associazione), 153 (proprietà privata). Il terzo comma aggiungeva poi che le misure così adottate dovevano essere portate senza indugio a conoscenza del Reichstag ed essere revocate ove questo lo richiedesse. Anche gli studiosi più attenti e puntuali (cfr. già C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, pp. 106-107) ritengono che un limite naturale all'esercizio dei poteri affidati alla discrezionalità del Presidente del Reich doveva vedersi nella necessità della conservazione della struttura democratica e repubblicana della costituzione, essendo solo il «fine della salvaguardia dello spirito della costituzione che può giustificare la violazione delle singole disposizioni».

²⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 46.

²⁷ C. SCHMITT, *op. loc. cit.*

²⁸ C. SCHMITT, *op. loc. cit.* (il corsivo è nostro).

Incidentalmente: queste acquisizioni di Schmitt sulla Costituzione di Weimar si pongono in netta discontinuità con quelle raggiunte nel 1921 con *La dittatura*²⁹ e l'anno seguente nella *Teologia politica*³⁰. In quest'ultima opera Schmitt edificò la sovranità, in polemica con Kelsen³¹, su una categoria incompatibile con la logica dello Stato di diritto quale è quella dello «stato di eccezione». Sarà questa la parte più studiata e discussa del sistema disegnato dal giurista tedesco nella *La dittatura*, nella *Teologia politica* e in molte altre opere che porranno le premesse per gli sviluppi futuri della scienza politica contemporanea. Quel che conta è che, nonostante le apparenze, la condizione in cui siamo è completamente diversa da quella dello stato di eccezione precisato da Schmitt come *caso non regolato dal diritto*; laddove qui, da un lato, si è cercato di dominare tutti i possibili problemi attraverso molte e dettagliate norme e, dall'altro, la giurisdizione in applicazione del diritto ha sottoposto a controllo di proporzionalità le misure adottate dai pubblici poteri, vagliando gli elementi della idoneità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza³².

Così, come le categorie dello Schmitt *politologo* sono del tutto inutilizzabili per l'oggi, le categorie dello Schmitt *costituzionalista* – si è visto – diventano illuminanti: in la *Dottrina della costituzione*, è la Costituzione che legittima il potere d'emergenza, e se questo ripete da quella addirittura la propria legittimazione è logico e coerente che quella imponga a questo la propria pretesa di limitazione.

A parte Schmitt non può venir trascurato Ernst Forsthoff, il quale – anzi – opera una connessione strettissima tra il vuoto politico ed etico dello Stato moderno e l'affermazione del nuovo «Stato della società industriale» (e cioè lo Stato forgiato dalle dinamiche della produzione e del progresso scientifico), che fonda la ragione d'essere del potere statale nella prestazione di servizi ad una società industrializzata e sostanzialmente autonoma dallo Stato³³. Il che, a sua volta, avrebbe delle conseguenze demolenti sulla praticabilità dello «stato di eccezione» all'interno delle società industriali. Aveva ben compreso Forsthoff che «il progresso tecnico, a prescindere dal fatto di avere trasformato il mondo

²⁹ C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini all'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921), trad. it. di B. Liverini, Roma-Bari, 1975, p. 141 ss.

³⁰ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e di P. Schiera, trad. it. di P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 27-86

³¹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 44 ss.

³² Non può convincere, pertanto, la dottrina quando, a proposito dell'attuale situazione di emergenza, afferma che la formula schmittiana («Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet»), diventa chiarissima in un tempo di crisi come quello attuale (come fa, tra gli altri, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris*, cit., pp. 453-454). Non siamo certo oggi in situazioni non regolate dal diritto.

³³ E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale* (1971), a cura di A. Mangia, Milano, 2011, *passim*, e vedi anche la importante *Presentazione* del curatore, p. v ss.

come mai era avvenuto in passato, genera, nel momento stesso in cui si realizza, un effetto di stabilizzazione». Il progresso tecnico, in altre parole, «ha prodotto una situazione di normalità non come immutabilità assoluta, ma come assenza di mutamenti repentini. Il che fa sì che la struttura della società industriale tenda a chiudersi ermeticamente verso gli eventi imprevisi, non nel senso che questi non possono verificarsi, ma per il semplice fatto di renderli privi di conseguenze concrete – come è successo per gli *événements* francesi del maggio 1968»³⁴. Il vero e proprio «calvario» che ha attraversato la legislazione sullo stato di emergenza in Germania è un «ottimo esempio in cui versa la statualità nella Repubblica Federale»³⁵. Ancora. «La polemica periodicamente riproposta contro il riconoscimento all'esecutivo di poteri straordinari di emergenza, che parte dalla premessa per cui all'esercizio di questi poteri sarebbe implicitamente legato il pericolo di abusi lascia intendere un indebolimento sostanziale della coscienza democratica. E infatti il senso di una organizzazione democratica e di un procedimento democratico di formazione della volontà statale – così come la possibilità di controllare questi procedimenti – sta, innanzi tutto, nella instaurazione di un rapporto di fiducia tra governanti e governati che non lasci spazio alla polemica sugli abusi»³⁶.

La realtà attuale, insomma, non è molto lontana da quella descritta da Forsthoff. Le aspre contestazioni da parte di intellettuali di fama – sino al completo rifiuto – delle norme di contenimento del virus sono anche il frutto di un «indebolimento sostanziale della coscienza democratica»³⁷. L'individuo, così, non si

³⁴ E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, cit., p. 190.

³⁵ Introdotta con legge del 24 giugno 1968 (BGBl, I, p. 709).

³⁶ E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, cit., p. 66.

³⁷ È noto alcuni (G. Agamben, M. Cacciari, U. Mattei, G. Preterossi) prendono a pretesto le misure di contenimento come simbolo di un processo di militarizzazione della società, di un autoritarismo emergente, in grado di annullare le libertà dei cittadini. Per una critica rigorosa a dimostrazione delle contraddizioni interne di tali orientamenti v. ancora I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, cit., spec. p. 5, nt. 13. Speculare la posizione di G. BUCCI e M. DELLA MORTE, *Dopo la Pandemia: il futuro e la memoria*, cit., pp. 76-77. Di «estremismo biopolitico» parla, giustamente, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 8. Comunque, resta il fatto che, si tratta di posizioni che non tengono conto che la libertà giuridica è anzitutto il precipitato delle norme. Non esiste una società senza norme, le quali servono da sempre a mantenere l'equilibrio sociale e la salvaguardia dei soggetti. Per quanto riguarda la *libertà naturale*, essa è il residuo delle norme. Quello che rimane fuori dai vincoli. Basterà ricordare, al riguardo, una incisiva osservazione di V. CRISAFULLI, *Di libertà si può anche morire* (1977), in *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 320, quando ricorda che l'essenza di un regime liberal-democratico «...è di sovrapporre alle leggi ordinarie una superlegge, la Costituzione scritta [...] con il che, in buona sostanza, non si fa che *limitare i limiti*, se così è lecito esprimersi, che le leggi potranno imporre alle libertà individuali: alcuni vietandone in modo assoluto, altri subordinando a determinate condizioni o circostanze, i rimanenti tacitamente consentendo. Si ha quasi ritegno a ripetere queste cose, che dovrebbero tenersi come ovvie e addirittura banali; e proprio in un periodo storico come quello che stiamo attraversando, in cui la libertà, nel nostro Paese ed in genere nell'area occidentale,

riconosce più nello Stato, né vi attinge l'originario e vigoroso *ethos*: la sua libertà non s'identifica e risolve nella legge, ma si agita in un rapporto che assume carattere ideologico e critico.

Quanto alla polemica sull'esistenza o meno di una dittatura sanitaria e di un ritorno all'autoritarismo non è il caso di ritornarvi, visto che non sembra si riesca ad andare al di là di un dialogo tra sordi³⁸. Non esistono in vero nell'esperienza politica del mondo moderno dittature instaurate per via di provvedimenti volti a contrastare pandemie. L'ordinamento fascista – per restare alla nostra esperienza costituzionale – storicamente e giuridicamente si instaura nel periodo 1925-1926, quando non solo venne inibita ogni possibilità di azione politica non fascista, ogni libertà ai partiti e ai sindacati, non solo si tolsero di mezzo le elezioni, ma si realizzò una stretta autoritaria su ogni libertà di professare un credo politico democratico (o di contestare un credo politico fascista). In questo senso, però, la configurazione storica assunta dal regime fascista costituisce la smentita delle dottrine autoritarie in questi due anni di pandemia (o ne manifesta – quanto meno – le contraddizioni interiori). Al limite, in altre parole, l'aspirazione autoritaria del “Governo forte” si è frantumata all'esito delle vicende che hanno condotto prima alla caduta del Governo Conte II³⁹ - artefice dei famigerati d.P.C.M. – e, se si vuole, anche nel fallimento da parte del Governo Draghi di poter attuare la vaccinazione generale obbligatoria per legge. Un costituzionalista, recentemente scomparso, ha lasciato una preziosa lezione. Parliamo di Gladio Gemma, il quale, in uno scritto lucido su “*Paura del Tiranno*”: *una psicopatologia culturale*⁴⁰, ha avvertito che «La paura del tiranno, a prescindere dalla sua infondatezza, è quanto mai pericolosa e perniciosa per certi effetti che ha provocato e può provocare. Più esattamente, questo timore genera riluttanza ad adottare misure limitative della libertà, quando pure esse siano necessarie per la realizzazione dei valori costituzionali».

sembra celebrare i propri massimi fasti. Di libertà si può anche morire, quando si siano superati certi limiti oltre i quali essa si snatura, degradando a licenza, arbitrio individuale, sotto il cielo oscurato della totale assenza di valori che la illuminino».

³⁸ La critica alle concezioni che la gestione dell'emergenza abbia prodotto una dittatura sanitaria è drasticamente condotta da A. MORELLI e F. SALMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in www.lacostituzioneinfo.it, 9 dicembre 2021, che mettono in rilievo come queste posizioni non tengano conto del principio di realtà; e, ancora, da G. GHIDINI, *Tra libertà e doveri di protezione*, nel «Corriere della Sera», 28 agosto 2021.

³⁹ La fine del Governo Conte II ha rappresentato una brutta pagina per la nostra esperienza costituzionale, perché è stata soprattutto una crisi “privata”, in quanto «fomentata da soggetti privati (i grandi giornali, i loro proprietari e l'insieme dell'élite economica) che hanno eccitato lo scontro politico facendo leva sui malesseri reali indotti dalla pandemia, e sparando ad alzo zero su tutti gli interventi governativi, mescolando scherno e disprezzo»: così M. DOGLIANI, *Tacete filosofi nei compiti altrui*, in www.centroriformastato.it, 11 novembre 2021, p. 1.

⁴⁰ Pubblicato su www.lacostituzioneinfo.it, 13 novembre 2021; e, più ampiamente, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2021, p. 329 ss.