

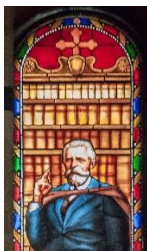
SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2022 ANNO VII N.14.

STATO COSTITUZIONALE DEMOCRATICO E GOVERNO DELL'EMERGENZA. RILIEVI SU UNA CONDIZIONE ECCEZIONALE



2022 ANNO VII NUMERO 14

di Giovanni Messina <https://doi.org/10.54103/2531-6710/19317>



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2022 ANNO VII n.14.

STATO COSTITUZIONALE DEMOCRATICO E GOVERNO DELL'EMERGENZA. RILIEVI SU UNA CONDIZIONE ECCEZIONALE

Di Giovanni Messina

DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL STATE AND GOVERNMENT OF EMERGENCY. REMARKS ON AN EXCEPTIONAL CONDITION

Riassunto

La gestione politica della crisi sanitaria ha posto con forza alla teoria giuridica e alla filosofia politica la questione classica del rapporto tra normalità istituzionale ed emergenzialità dell'intervento politico. Quanto è accaduto ha spinto parte della dottrina a utilizzare il concetto di stato d'eccezione e in alcuni casi a denunciare l'uso disinvolto di poteri extra-ordinem che hanno messo sotto sforzo il tessuto democratico delle nostre collettività. A un esame attento dei profili giuridico-costituzionali implicati, la tesi della illegittimità di alcuni provvedimenti adottati dalle autorità governative pare fondata e un riesame di quanto accaduto nei due anni precedenti appare sempre più necessario.

Parole chiave: Costituzione, Diritti, Democrazia, Emergenza, Sovranità .

Abstract

The political management of the health crisis has forcefully posed to legal theory and political philosophy the classic question of the relationship between institutional normality and the emergence of political intervention. What has happened has prompted part of the doctrine to use the concept of a state of exception and in some cases to denounce the nonchalant use of extra-ordinem powers that have strained the democratic fabric of our communities. Upon close examination of the legal-constitutional contours involved, the thesis of the illegitimacy of some measures taken by government authorities seems well-founded, and a re-examination of what happened in the previous two years seems increasingly necessary.

Keywords: Constitution, Rights, Democracy, Emergency, Sovereignty

Autore:

Giovanni Messina è ricercatore di Filosofia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università Federico II di Napoli

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 27.10.22 approvato il 1.12.22.

Stato Costituzionale Democratico e Governo dell'Emergenza. Rilevi su una condizione eccezionale | di Giovanni Messina <https://doi.org/10.54103/2531-6710/19317>

Premessa

Dal dramma dell'epidemia da Coronavirus Sars-Covid-2 sembriamo esser venuti fuori. Con un carico di sofferenza e angoscia non da poco ma pare che si sia ormai riusciti a prenderne le "misure". Sotto il profilo soprattutto medico sanitario. Quantunque sappiamo che la terribile esperienza vissuta non era impreveduta né unica per la scienza medica. Da anni gli scienziati avvertono sulla possibilità di simili pandemie e perciò sappiamo, purtroppo, che è possibile che ne arrivino altre (Pioggia, 2021). Riteniamo quindi che non siano superati i problemi politici filosofici ed etici che essa ha squadernato davanti ai nostri occhi. Nulla è stato fatto per invertire la rotta intrapresa negli ultimi decenni che ha indebolito e dimidiato l'organizzazione del servizio di assistenza medica da parte delle istituzioni pubbliche. Questo fatto obbliga a ragionare criticamente sul piano più generale della immobilità delle nostre collettività rispetto agli assetti di potere (economico, politico, culturale) che le strutturano. Così come, allo stesso tempo, sarebbe in contrasto con il principio e il valore democratico, in contrasto con la struttura della Repubblica italiana, non riflettere sull'adeguatezza del comportamento degli organismi di governo (nazionale, regionale, comunale) rispetto al tessuto giuridico esistente e più in generale sulla legittimità non solo giuridica ma anche morale delle misure prese; almeno di quelle maggiormente incisive. Così come sarebbe grave e democraticamente inaccettabile non porre l'attenzione, a maggior ragione ora che si è fuori da una temperie di urgenza, sulle responsabilità degli organi preposti rispetto alla tempestività ed efficienza del proprio intervento. In ultimo, riteniamo che sarebbe forse ancora più grave obliterare dietro la cantilena, ben poco edificante e rassicurante, del "è ormai tutto finito, lasciamocelo alle spalle", l'interrogativo sui connotati che la dialettica pubblica ha assunto nei lunghi mesi dell'emergenza.

Sarebbe politicamente irresponsabile, oltre che eticamente ottuso, guardare con superficialità ai meccanismi che si sono scatenati nell'arena pubblica. Composta di uomini con funzioni pubbliche, professionisti del giornalismo, intellettuali autorevoli e partecipanti al dibattito pubblico a titolo di esperti (scienziati, medici) o di semplici opinionisti, che come mai hanno determinato non tanto l'opinione pubblica astrattamente intesa ma la base di legittimità (democratica) presunta di decisioni giuridiche che hanno condizionato pesantemente, anche intimamente, la sfera di vita dei cittadini italiani, suscitando in una parte non irrilevante della popolazione senso di ingiustizia e di profonda sfiducia verso le istituzioni che hanno il compito di perseguire l'interesse collettivo e preservare il bene comune¹. Riteniamo necessario e doveroso ritornare su quanto è accaduto dalla proclamazione dello stato d'emergenza (Gennaio 2020) da parte del governo per il rischio sanitario, poiché, come in poche altre occasioni, interrogarsi sui profili filosofici e teorici implicati negli eventi intercorsi nel corso dei mesi successivi

¹ In un volume che qui prenderemo varie volte in considerazione, perché sebbene a pandemia ancora in corso ha il merito di aver fatto ordine su tutto ciò che stava accadendo in quei mesi caotici e presenta diversi elementi di utilità anche ora, dopo un altro anno di piena emergenza, Aldo Giannuli, al termine di un articolato affresco, elencava le molte (troppe) palesi mancanze del governo italiano e di altri organismi istituzionali nell'agire a contrasto della diffusione del contagio e nella gestione delle oggettive questioni poste dalla diffusione del virus. Vedi Giannuli (2020: 279 e ss).

presenta rilevanza massima non solo per il futuro delle nostre idee sulle istituzioni giuridiche delle nostre società ma sulla consistenza effettiva della trama reale delle nostre relazioni intersoggettive.

È questo un compito a cui è chiamata tutta la cultura, sebbene in particolar modo la teoria giuridico-politica, la riflessione filosofica e la sociologia. La riflessione è cominciata, in verità, nel corso dei primi mesi già della condizione pandemica e ha raggiunto un grado di intensità alto e però riteniamo che essa non abbia esaurito il proprio compito. Anche perché in un clima di grande parossismo è stato difficile confrontarsi in maniera equilibrata. È un lavoro perciò da fare; che riguarda anche la revisione di certi schematismi irriducibili con i quali molti hanno ragionato e partecipato al dibattito. Le questioni sono diverse e necessariamente dovranno esser affrontate con rigore. Per cui qui si cercherà esclusivamente di tracciare una ricostruzione sommaria della vicenda e dei temi che essa ha posto; mostrando le linee problematiche che gli eventi hanno imposto, le più frequenti posizioni ricostruttive emerse e avanzando ipotesi e valutazioni che riteniamo siano fundamentalmente suggerite dai fatti verificatisi e rispetto alle quali piuttosto che enunciare giudizi ci proponiamo di porre interrogativi. Per la rilevanza delle questioni che essi ci lasciano.

1. Le questioni irrisolte di una fase d'emergenza

Il tema della crisi democratica delle nostre collettività, della crisi della democrazia, che da diversi anni occupa buona parte del dibattito teorico-politico europeo e americano, non è certo stato indebolito dall'esperienza degli ultimi tre anni, poiché l'azione di governo volta a fronteggiare l'emergenza epidemica ha comportato inedite limitazioni di fondamentali prerogative degli individui e il ricorso a procedure eccezionali. La condizione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid-19 non ha messo a dura prova solo la scienza medica, i sistemi sanitari e l'ordine sociale (sotto il profilo della sicurezza e della salute pubblica). Essa ha costituito anche un'esperienza di messa alla prova dei nostri ordinamenti giuridici e della nostra cultura giuridica, poiché si è trattato di operare, nell'attività di governo delle relazioni sociali e nell'amministrazione dei rapporti tra istituzioni pubbliche e cittadini, per l'appunto, in condizioni d'urgenza; invocate per legittimare i provvedimenti giuridici e amministrativi presi.

In realtà, condizioni poco eccezionali dell'operare di governo, che ha tra i suoi fisiologici compiti certamente quello di affrontare eventi i quali per le loro caratteristiche richiedono risposte rapide, al fine di evitare conseguenze dannose o non desiderate per la collettività ma che non per questo sono da ritenersi accadimenti imponderati, imprevedibili o inattesi. Ciò è dimostrato ancor più dalla circostanza che gli apparati di governo, quindi l'organizzazione istituzionale giuridico-amministrativa, ha in sé nella maggior parte dei casi organismi predisposti a preparare e programmare azioni di intervento per contrastare le conseguenze del verificarsi di alcuni eventi ritenuti molto pericolosi e altamente problematici per la vita sociale. In particolare in Italia le strutture della protezione civile sono quelle che ci vengono in mente come principali organi dell'amministrazione, a livello statale e locale, che svolgono questa funzione e lo stesso certamente è possibile dire per diverse articolazioni dell'organo centrale del Ministero dell'interno, così come del Servizio Sanitario Nazionale e del suo vertice nell'organigramma statale che è il Ministero competente.

Insomma, certamente non si può dire che il verificarsi della presenza di un agente patogeno e infettivo sia da annoverarsi tra gli eventi non ritenuti possibili dalle agenzie governative rispetto ai quali apprestare piani di pronto ed efficace intervento. Abbiamo imparato a sapere che ciò vale per il livello statale così come per il livello sovranazionale di coordinamento e indirizzo delle politiche sanitarie; ovviamente ci riferiamo alla World Health Organization². Il dibattito teorico all'interno della scienza giuridica è stato inevitabilmente stimolato dalla legislazione "d'emergenza sanitaria" che ha contrassegnato almeno due anni della nostra vita recente ma è probabilmente ancora da essere sviluppato su un piano di riflessione maggiormente serena e ponderata rispetto a quanto accaduto. Non si può infatti, a parer di chi scrive, rubricare come superate e non più attuali le domande che l'azione di governo in emergenza ha sollevato in riferimento alla serie di misure che hanno incisivamente limitato libertà individuali fondamentali, imposto trattamenti sanitari attraverso la previsione di sanzioni particolarmente gravi e derogato a norme rilevanti del nostro sistema giuridico; tutelate in buona parte da principi e valori costituzionalmente sanciti e ribaditi in orientamenti giurisdizionali saldi e reiterati³.

Tali considerazioni si riferiscono sia a profili relativi alle forme, alle procedure e agli atti produttivi di norme, utilizzate, sia ovviamente ai contenuti delle regole poste in essere (sulla adeguatezza costituzionale degli strumenti normativi utilizzati si è discusso parecchio non per questioni di logica giuridica ma perché con essi si è regolata fin nella sfera intima la vita delle persone). Ci troviamo dinanzi a fenomeni che hanno a che fare con problemi fondamentali quali il rapporto tra scienza e diritto, nel più vasto problema del nesso tra sapere e potere ma prima ancora, su un piano meno filosoficamente ambizioso e più materialisticamente immediato, della questione altrettanto capitale della natura democratica delle nostre collettività e dei nostri assetti politici. La prima domanda che si pone è cosa distingue ordini sociali democratici da ordini sociali autoritari o addirittura dittatoriali se non proprio la maniera con la quale si affrontano fasi della vita collettiva contrassegnate da situazioni emergenziali, eventi turbolenti, urgenze da affrontare. Se non cioè nelle fasi in cui accadimenti che presentano connotazioni eccezionali o comunque necessità di azioni amministrative celeri e volte a contrastare esiti molto perniciosi.

Naturalmente già nelle affermazioni appena fatte sono implicate definizioni e concetti che richiederebbero ampia discussione. Basti pensare alla considerazione poco sopra fatta sulla difficoltà di distinguere nell'azione di governo delle società contemporanee una condizione che richiede urgenza d'azione e una che non la richiede. Tralasciando questo aspetto, si pone, dicevamo, la questione di cosa distingue le democrazie da regimi autoritari. In via di approssimativa risposta, appare chiaro che la distinzione si basa prima di tutto sull'effettivo rispetto di principi e valori che determinano la consistenza democratica della vita pubblica, nelle relazioni tra consociati e nella relazione con le istituzioni giuridiche. Tale rispetto si manifesta nell'agire amministrativo non solo attraverso la salvaguardia di tali assunti della vita democratica nei provvedimenti normativi e amministrativi ma anche nella conformità procedurale delle decisioni governative efficaci nei confronti del tessuto sociale (governato).

² Tra i diversi studi che ci forniscono già una solida base per avanzare perplessità e fermo biasimo rispetto all'agire delle autorità competenti a tutti i livelli, internazionali e statuali, si vedano Gatti (2021); Barnard, Quay e Dalglish (2021) e Ciccolella e Valesini (2021).

³ Vedi Quiroz Vitale (2021). Si confronti Mazzucato (2020); nel quale viene ribadita con forza l'affermazione, già avanzata nei suoi ultimi libri, che l'idea che sia il settore privato a creare valore e a produrre innovazione è semplicemente falsa.

Come è noto, è proprio su questi due fondamentali profili dell'agire amministrativo degli organi di governo che si sono appuntate molte riserve e critiche in riferimento alla gestione dell'emergenza sanitaria che ha stravolto la nostra vita a partire dall'inizio del 2020 e che è inevitabilmente diventata emergenza sociale (economica, relazionale, politica). A codesti aspetti di prioritario interesse per la riflessione giuridica, per la scienza del diritto, così come d'altra parte per la scienza politica, e che potremmo definire come questioni relative alla 'legalità' (in senso sostanziale e formale dell'azione di governo in contrasto alla diffusione del virus Sars-CoV-2) si deve aggiungere quantomeno quello concernente la legittimità politica (la legittimità sotto il profilo delle conseguenze sociali e dell'interazione discorsiva con la società) di alcune delle misure adottate da parte degli organi di governo e di istituzioni normative che, a fronte delle incisive conseguenze sulla concreta esistenza personale e della inaudita limitazione della libertà d'azione individuale e collettiva che i provvedimenti hanno comportato, hanno esibito una grave assenza delle giustificazioni scientifiche e delle giustificazioni pratiche, sull'opportunità di esse rispetto agli effetti positivi conseguiti⁴. Ci si riferisce, qui genericamente, alla contraddittorietà in alcuni casi delle ragioni addotte a giustificazione delle misure prese, nonostante il loro incisivo impatto sulla vita delle persone, così come alla frequente evanescenza degli argomenti giustificativi e all'efficacia di essi.

Tale ultimo fattore non pare meno rilevante di tutti gli altri se ci poniamo seriamente nell'analizzare quanto è accaduto (e ancora per certi aspetti accade⁵) nella prospettiva di una comunità che si definisce e si pensa democratica, liberale e per questo strutturata sul principio della responsabilità pubblica (non solo strettamente giuridica) dei funzionari amministrativi ma anche sul valore fondamentale della trasparenza e della razionalità delle decisioni che hanno conseguenze collettive.

Per un verso c'è da riflettere sugli eventi che hanno composto la situazione pandemica, cioè sugli elementi che hanno costruito la stessa 'definizione' pubblica dell'emergenza sanitaria. Non si può negare che molti episodi pongano con forza la questione dell'indipendenza politica di organismi internazionali e autorità pubbliche investite di funzioni amministrative importanti per la comunità internazionale⁶, per non parlare del più ampio problema della circolazione delle informazioni e della formazione della verità pubblica⁷. Sono già molti gli studi che evidenziano la relatività della definizione di un contesto pandemico. Per esempio, Aldo Giannuli evidenzia quanto un contesto di emergenza sanitaria sia fortemente influenzato dalle condizioni e ambientali. Non solo per il suo verificarsi ma anche per la percezione sociale della sua gravità. Giannuli ragiona su come, senza negare la serietà della emergenza sanitaria, l'allarme sociale suscitato dalla pandemia del Covid sia senza dubbio irrazionale rispetto ai dati. Questo è, secondo lo studioso dell'Università di Milano, spiegabile prima di tutto con la cultura esistenziale dominante, che punta tutto sul piacere e che è intensamente ansiogena, perché spinge a espungere ciò che mette in crisi e a non

⁴ Una prima approssimazione a queste delicate questioni in Di Capua (2022).

⁵ Così come discutibile è la decisione protratta per tutto il periodo dello stato di emergenza di vietare l'accesso alle strutture sanitarie dei parenti di pazienti anche in grave stato di salute e prossimi alla dipartita, ci pare discutibilissima la persistenza di disposizioni che oggi, al momento in cui si scrive, limitano fortemente l'accesso alle strutture mediche di parenti di pazienti ma anche di richiedenti assistenza da parte di medici e sanitari o il mantenimento di misure cautelari per l'accesso alle scuole da parte di singoli anche in tenera età.

⁶ Cfr. Ciccolella e Valesini (2021).

⁷ Zhok (2022).

pensare la morte. Per cui l'uomo delle società consumistiche ha crescente bisogno di sicurezza, nonostante sia l'epoca più sicura di sempre, e richiede sicurezza di continuo, che non a caso è diventata sempre più elemento di strategie del consenso per i rappresentanti politici. Tutto ciò spiega la paura così diffusa (Giannuli, 2020: cap. I).

La questione connessa a questi rilievi è, in riferimento ai fatti che qui stiamo sommariamente analizzando, quella relativa al verificarsi o meno di un esercizio abnorme e illegittimo del potere istituzionale che conduce a prender sul serio la tesi sostenute da molti studiosi (e che trova nell'opera di Giorgio Agamben una versione ben più ambiziosa, nella sua pretesa di cogliere il senso di fondo dell'intera vicenda della cultura occidentale⁸) secondo la quale le società contemporanee sono strutturate su una logica costante di emergenza che comporta la progressiva irrilevanza delle forme giuridiche e degli stessi contenuti normativi dei nostri sistemi giuridici. Attraverso il permanente operare di un meccanismo di decisione amministrativa ed esercizio coercitivo che si legittima con un fittizio rispetto delle procedure ma si concretizza in un dato di fatto di azione illegittima e arbitraria, per cui i nostri principi giuridici e le norme specifiche sono disattese e non osservate.

2. Stato d'emergenza e stato d'eccezione

In un saggio di qualche anno fa Pier Paolo Portinaro concludeva il suo ragionamento sul potere nello stato d'eccezione con queste considerazioni:

A fronte di scenari cambiati, per noi la domanda diventa però ancor più insidiosa. "... possiamo escludere che prassi dittatoriali si insinuino sotto le forme democratiche, svuotandole di contenuto? In altri termini: e se funzionassero i sistemi ibridi? In dose omeopatica, camuffata da regime democratico-plebiscitario, la dittatura diventerebbe più tollerabile e potrebbe quindi aspirare a maggiore durata, magari introducendo parvenze di ricambio o forme apparenti di collegialità. Vi è ragione di ritenere che i decenni a venire offriranno abbondante materiale empirico per mettere alla prova su questo terreno il nostro strumentario teorico" (Portinaro, 2019: 135).

Il timore con cui si conclude l'articolo di Portinaro è consueto nella riflessione teorico-politica quando ci si confronta con il tema delle misure d'emergenza e con il concetto di stato d'eccezione, che ha una lunga storia teorica, oltre che empirica. Le azioni di governo che invocano situazioni eccezionali per giustificarsi non sono certo marginali nella storia politica. Senza dubbio però questo classico tema della filosofia politica ha assunto negli ultimi anni una centralità senza precedenti, perché la condizione emergenziale sembra aver assunto una connotazione 'normale'. Cioè, l'emergenzialità che spinge le istituzioni di governo ad operare secondo il registro dello stato d'eccezione è talmente reiterata, per alcuni addirittura "perpetua", da presentarsi come 'normalità'. Come condizione di nuova normalità⁹.

Sono molti gli studiosi che nel corso di questi ultimi anni hanno puntato l'accento su tale carattere della politica contemporanea e le ragioni sono del tutto evidenti. Viviamo attualmente, per lo meno in Europa, in una situazione

⁸ Quella di Agamben è una genealogia della politica sperimentata dalle collettività europee, dalla civiltà occidentale almeno a partire dall'esperienza giuridica latina. In particolare Agamben (1995).

⁹ Si veda per esempio Gimenez Merino (2015).

molto delicata e d'emergenza sotto vari profili, a causa delle ripercussioni economiche, sociali, politiche del conflitto in Ucraina ma non possiamo certo sentire del tutto dietro le spalle l'emergenza della crisi pandemica che è durata complessivamente un biennio e i cui pericoli non sono del tutto terminati. Ma possiamo sottovalutare la fase di necessità in cui ci è stato detto hanno dovuto agire i governi a causa della tempesta economica provocata dai fallimenti finanziari iniziati nel 2007-2008? Possiamo inoltre dimenticare la condizione di urgenza seguita agli attentati avvenuti l'11 settembre 2001 che non ha avuto soluzione di continuità almeno fino al 2016? La continuità di queste vicende è stata colta da molti osservatori che ne hanno tratteggiato la sottile linea rossa nel costituire un fondamento di legittimità per l'azione amministrativa al di là delle regole previste e dei limiti per l'azione di governo¹⁰. In realtà la letteratura su tale tematica è ormai copiosa, per cui richiamiamo qui solo alcuni studi per tratteggiare i termini delle questioni e consentire di approcciarci ad esse.

Gimenez Merino ricostruisce tre differenti letture di codeste prassi di governo e delle strategie teoriche per spiegarne la logica (Gimenez Merino: 30 e ss.). Alcuni studiosi ne denunciano la illegittimità rispetto ai principi costituzionali delle democrazie contemporanee ma sostengono che la forza delle procedure giuridiche e degli assetti garantistici e democratici, messi all'opera (non solo custoditi) principalmente dal potere giurisdizionale, è tale da riuscire a riportare le azioni trabordanti i valori e le norme dello Stato di diritto e della democrazia entro di essi. Mentre, diversamente, le letture più pessimistiche e forse pure coerenti, come quelle di Michael Hardt Tony Negri Judith Butler, sostengono che ci troviamo dinanzi a un paradigma radicale della politica contemporanea che ha rifondato l'ordine politico a partire dai fatti violenti del 2001, per legittimare una stretta repressiva dei governi in tutto il pianeta e acquistare così un lasciapassare giustificatore per azione amministrative spietate verso manifestazioni di insofferenza sociale oltre che di opposizione radicale. Questa tesi ha avuto in Giorgio Agamben (probabilmente uno degli intellettuali più discussi degli ultimi decenni) un teorico estremo, che estende l'interpretazione paradigmatica all'intera vicenda della politica occidentale.

La terza interpretazione è quella che risale a una importante teorizzazione avanzata nel corso del Novecento e che ci pare particolarmente feconda, poiché coglie un aspetto essenziale e ineliminabile delle istituzioni giuridiche o del potere istituzionalizzato senza rivendicarne la legittimità ma afferrando dinamiche profonde e materiali. Quella per la quale l'azione in condizioni d'eccezione è comunque partecipe della realtà della vita politica, poiché ogni organizzazione della forza contiene in sé una riserva di legittimità al di fuori della operatività legale in quanto chi detiene il potere legale in uno specifico momento e in generale le istituzioni ha di per sé la possibilità di agire al di fuori dei confini tracciati dalle procedure. Si tratta della teoria del "doppio Stato", alla quale a nostro avviso non si può non riconoscere una forza esplicativa essenziale (e per certi versi è a questa impostazione concettuale che è possibile ricondurre anche il famigerato concetto schmittiano)¹¹.

Ci troviamo senza dubbio davanti a un ambito di riflessione che ha acquisito crescente spazio e rilevanza filosofico politica e giuridica negli ultimi anni. Concetti e questioni teoriche che rappresentano dei veri e propri nodi della

¹⁰ Cfr. Soares de Moura Costa Matos (2017).

¹¹ Ovviamente qui il riferimento è al classico Fraenkel (1941). Di che altro parla del resto Santi Romano quando parlò di stato di necessità come fonte del diritto? Vedi Romano (1950: 298 e ss). Per Schmitt, essenzialmente Schmitt (1972: 33 e ss).

teoria politica ma ai quali, come detto, gli eventi storici recenti hanno assegnato una rilevanza ancora maggiore. Diremmo addirittura soffocante. In via di prima approssimazione però ci pare che si tenda spesso a complicare eccessivamente il quadro, rispetto a una fenomenologia che va oltre la sofisticatezza delle distinzioni concettuali e delle strategie argomentative. Le categorie messe in campo, soprattutto nel dibattito costituzionalistico che è scaturito dalle misure per contrastare la pandemia, sono essenzialmente quella di stato d'emergenza e di stato d'eccezione. Due categorie cariche di elaborazione teorica dietro e che solitamente si tende a distinguere in quanto la prima indicherebbe una condizione emergenziale, di crisi, di urgenza, dovuta a eventi più o meno prevedibili alla quale le istituzioni amministrative devono far fronte con rapidità e decisione e che richiede quindi di agire anche derogando a norme e procedure previste per assicurare prontezza di intervento o proporzionalità dell'azione, in riferimento ai pericoli determinatisi. Lo stato d'eccezione è invece un concetto che rinvia a una azione di sospensione delle norme vigenti da parte di una autorità pubblica o di un potere concreto capace di porre in essere una simile condotta, al fine di intervenire in una situazione che richiede provvedimenti straordinari per mantenere l'ordine pubblico o per difendere lo stesso ordinamento dal pericolo di un suo sovvertimento. Questa teoria, come sappiamo, è ricondotta prima di tutto alla definizione che ne diede Carl Schmitt; il quale nel celeberrimo scritto *Teologia politica. Quattro capitoli sulla sovranità* (1922-1934) articola in maniera cristallina la lezione di uno dei suoi autori di riferimento (e classico della scienza politica moderna) Thomas Hobbes, affermando che la sovranità consiste nella effettiva capacità di imporre un ordine, di dichiarare che vi è uno stato d'eccezione nel quale è necessario agire e decidere al di fuori delle regole, delle norme previste dal sistema giuridico vigente e che sovrano è colui che ha la forza di decidere (di imporre la propria volontà) che a un certo punto "...uno stato di normalità regna davvero"¹².

Su questo punto torneremo brevemente ma ora è il caso di sottolineare che è proprio la presa di coscienza di tale strutturale dimensione dell'esperienza giuridica che rende rigidi i margini di elasticità degli assunti degli assetti politici che si definiscono Stati (di diritto) costituzionali democratici. Nei quali cioè l'agire governativo e amministrativo richiede il rispetto delle procedure previste con forza nettamente più intensa che in organizzazioni giuridiche nelle quali non solo il principio democratico non è alla base del fondamento di validità ma soprattutto non vi è la salvaguardia di diritti individuali, la cui tutela è in verità presupposto necessario non solo per le possibilità di autorealizzazione dei singoli individui ma anche prerequisito necessario affinché il principio democratico sia concretamente operativo, in quanto esso si manifesta come partecipazione dei membri della collettività alla vita pubblica. La consapevolezza insomma della ineliminabile dimensione 'doppia' del potere istituzionale, della riserva di legittimità che in sé ha l'azione degli organi dell'apparato organizzato, determina che negli ordinamenti delle democrazie-costituzionali siano inammissibili arbitri nell'esercizio del potere pubblico, laddove in ordini politici non democratico-costituzionali l'operare del potere istituzionale in modalità discrezionali rispetto ai vincoli formali può rivendicare una legittimità giuridico-politica coerente, in quanto fondamento e perno dell'organizzazione statale non è la garanzia dei diritti dei singoli ma il perseguimento di scopi e valori politicamente designati¹³.

¹² Schmitt (1972: 39).

¹³ Cfr. Amato (1992).

Schematizzando un nodo teorico che impegna la scienza politica e la filosofia del diritto da sempre ma, come detto, con una inedita sensibilità nel dibattito attuale, osserviamo che l'analisi ci pare frequentemente pregiudicata, come in poche altre occasioni della riflessione teoretica, da pregiudizi e timori etico-politici, che inducono a confondere il piano prescrittivo, propositivo, da quello empirico-descrittivo. La dottrina si impegna nella distinzione tra categorie diverse: stato d'emergenza, stato di necessità, stato d'eccezione e ciò in specie nel campo giuridico. Concentrandosi sulla differenza tra stato d'emergenza (o di necessità e urgenza), che consisterebbe in una situazione nella quale gli organismi istituzionali devono agire per vie straordinarie, secondo le previsioni dell'ordinamento che individua i casi (le circostanze) di tale azione straordinaria e stato d'eccezione che, secondo la nozione universalmente nota che abbiamo già richiamato, attiene a una fattispecie diversa ed evocatrice di un agire arbitrario e dittatoriale, il quale non si darebbe nelle circostanze in cui un apparato istituzionale agisce in via emergenziale ma all'interno della cornice normativa prevista. In via inevitabilmente sommaria, riteniamo che in tali argomentazioni vi sia spesso la sopra richiamata tendenza a sovrapporre il piano prescrittivo (di ciò che si vorrebbe che accadesse) da quello descrittivo, che attiene al tentativo di ricostruire ciò che accade. Il tema dello stato d'eccezione è scomodo. Per la teoria giuridica, senza dubbio, ma spesso anche per la filosofia politica, che ne dovrebbe accogliere la radicalità e che non infrequentemente invece ne disconosce la rilevanza; spinta da un istinto alla rimozione della sua tragicità. Della tragicità delle questioni implicate dal tema. Una sorta di repulsione dal guardare la Gorgone¹⁴. Un esempio notevole di codesto atteggiamento lo troviamo nella maniera in cui una figura autorevole della teoria giuridica contemporanea lo ha affrontato qualche anno fa, liquidandone la 'pericolosità' attraverso una interpretazione del concetto che lo sussume entro le coordinate della scienza giuridica e della fenomenologia giuridica disconoscendogli alcuna eccentricità rispetto a esse¹⁵. Michel Troper definisce la teoria dello stato d'eccezione come una teoria che strasfigura le occasioni 'eccezionali' che non avrebbero, per l'appunto, nulla di eccezionale relativamente al fenomeno giuridico. In esso le eccezioni sono previste dallo stesso ordinamento normativo come momenti nei quali è possibile o giocoforza derogare ad alcune regole per affrontare eventi non ordinari. Per cui gli interventi eccezionali sono previsti e giuridici, in quanto dentro la cornice normativa. Tutt'al più possono essere tra l'altro alcune le orme derogate e non altre. Vi è sempre una continuità giuridica, anche tra successioni di ordinamenti. Gli interventi straordinari, anche quando eccezione alla regola, diventano subito diritto e non sospendono ma producono diritto. Secondo questo ragionamento tutto ciò che entra in contatto con il diritto

¹⁴ Cfr. Preterossi (2011 e 2022).

¹⁵ Potremmo parlare qui forse di una propensione per così dire strutturale dell'attività giurisdizionale. Se il dibattito teorico-giuridico intorno alle misure emergenziali con le quali il governo italiano ha affrontato la pandemia da Sars-Covid-2 e in specie i provvedimenti con i quali si è introdotto un trattamento sanitario obbligatorio e il *green pass* si è rivelato un formidabile percorso nel quale è emersa l'essenziale problema per la teoria del diritto e anzi per la filosofia del diritto, perché concernente proprio la natura del fenomeno giuridico e un tema originario, quello del rapporto tra potere reale e forma giuridica. Un tema questo talmente centrale da essere naturalmente uno dei nodi teorici della filosofia politica *tout court*. La lettura della dottrina affastellatasi intorno alla questione della legittimità costituzionale di alcuni provvedimenti e la produzione giurisprudenziale avutasi già in materia a nostro avviso mostrano oltre a un fattore scontato, la mirabolante capacità dell'argomentazione giuridica di poter sostenere logicamente posizioni anche opposte, un altro fattore che caratterizza probabilmente molta parte della teoria giuridica più di quanto si voglia ammettere. La tendenza cioè a non riconoscere fino in fondo la reale natura della relazione tra potere effettivo e normatività istituzionale.

diventa diritto (come un re Mida che tutto trasforma in oro)¹⁶. Tale ricostruzione, che riproduce del resto in filigrana la riflessione kelseniana sull'origine dell'ordinamento giuridico, sembra preoccuparsi prioritariamente di non esplicitare che dietro l'ordine delle norme c'è la decisione politica; che dietro una decisione giuridica c'è sullo sfondo, sempre, una determinazione politica e che quando essa avviene al di fuori della normatività predisposta è pura forza che impone una nuova normatività, anche disattendendo la precedente.

Ecco qui un approccio al tema della relazione tra diritto e potere (politico), tra forma giuridica e sostanza giuridica, tra normalità istituzionale e autorità (forza) istituzionale, che a nostro avviso semplicemente occulta la perspicuità teorica dell'affermazione che prima dell'ordine (o meglio a fondamento dell'ordine) c'è una decisione che poggia sulla forza di imporre quel dato assetto e avviare il funzionamento della macchina normativa che è un ordinamento giuridico nel suo funzionamento 'normale'. Il quale, oltre a necessitare di un complessivo 'riconoscimento' da parte dell'apparato amministrativo (prima ancora e in via prioritaria rispetto al riconoscimento dell'apparato istituzionale da parte della collettività amministrata), cioè almeno dei funzionari della macchina amministrativa, come ha sostenuto Hebert L. Hart, ha sempre bisogno per la sua permanenza della forza effettiva di un potere politico (e poi istituzionale) che ne supporti la vigenza.

A nostro avviso il concetto di stato d'eccezione, nella sua concettualizzazione più celebre, che d'altra parte esibisce limpidamente la sua matrice hobbesiana e quindi della classica ricostruzione della logica dell'ordine politico (almeno nelle dinamiche sociali e filosofiche della Modernità), coglie schematicamente e indiscutibilmente la fenomenologia del nesso tra potere e istituzionalizzazione di esso. Un nesso e una fenomenologia che sono assolutamente chiari e concettualizzati anche da Hans Kelsen¹⁷. Anche su questo punto solitamente contrapposto da molta parte della dottrina a Schmitt ma che, invece, con la definizione della *Grundnorm* offre una categoria alla scienza del diritto che svolge, certamente in una complessiva elaborazione teorica differente, soprattutto per gli intenti etico-politici, esattamente la stessa funzione della categoria di stato d'eccezione. Fotografare il momento storico-sociale in cui uno specifico ordine giuridico nasce, da una concreta situazione di ordine sociale determinato da un effettivo complesso di forze sociali che è capace di dar vita a un nuovo ordine civile¹⁸. Sotto questa prospettiva, la scheletrica e per questo potente elaborazione schmittiana svolge paradossalmente un ruolo 'democratico', che molto probabilmente cioè non interessava al suo autore. Ci impedisce di dimenticare che chi detiene il potere istituzionale ha la forza di creare diritto al di fuori delle procedure previste. Che chi ha il potere materiale ha la forza di trasformarlo in potere organizzato e quindi in apparato istituzionale e legale. Che chi può dichiarare lo stato d'emergenza e ha la capacità di controllare le strutture della coercizione legale è sempre nella posizione di chi può esercitare potere in modalità eccezionali (per ragioni emergenziali) e per questa via produrre normatività per vie eccezionali, al di fuori della giuridicità preesistente (e quindi pure contro) e persino dei principi generali

¹⁶ Troper (2007:168 e ss). A dire il vero le considerazioni di Troper sono rivolte con particolare vena polemica nei confronti delle tesi di Giorgio Agamben, presentate soprattutto in *Stato di eccezione. Homo sacer II*. Rispetto alla lettura 'forte' di Agamben, che ne fa, come detto, un'interpretazione genealogica della politica tutta, almeno dal diritto romano, le osservazioni critiche avanzate ci trovano d'accordo. No, invece, relativamente al nocciolo teorico della teoria dello stato d'eccezione; che è poi quella elaborata da Carl Schmitt.

¹⁷ Cfr. Galli (1996) e Carrino (1991).

¹⁸ Kelsen (2000 e 2021).

dell'ordinamento. Producendo così nuovo diritto e anche un nuovo ordine giuridico; qualora se ne volesse protrarre la vigenza. Carl Schmitt è stato un teorico conservatore, reazionario (in riferimento al tempo in cui visse e ai movimenti politici e culturali) e non democratico. Persino nazista. Questo però non implica che accettare la sua concettualizzazione dell' 'eccezione', della fase storica o di quell' evento 'costituente' che sta dietro l'origine di ogni ordinamento giuridico voglia dire aderire alle sue convinzioni valoriali o essere favorevoli a un assetto sociale autoritario¹⁹.

3. Sommario excursus sulla normazione emergenziale in Italia

Le analisi della gestione della crisi sanitaria hanno condotto a valutazioni molto divergenti. In Italia, forse come in poche altre realtà nazionali, il dibattito è stato acceso e particolarmente polemico. Senza alcun dubbio il modo in cui si è parlato di ciò che stava accadendo, sotto il profilo sociale e sotto quello giuridico e politico, deve essere studiato e analizzato a fondo quanto prima, poiché dinanzi a un' esigenza di intervento serio e repentino l'opinione pubblica si è divisa aspramente e il confronto è stato rapidamente spinto verso tonalità bellicose ed estreme²⁰. Non è possibile confinare nella definizione di estremismi irrazionali e fantasiosi le analisi di studiosi importanti e rigorosi come Massimo Cacciari Donatella Di Cesare Ugo Mattei o Barbara Stiegler (per nominare qualcuna in riferimento alla Francia, uno dei Paesi più vicini all'Italia per le misure restrittive prese per contrastare il contagio), per non ridire ovviamente del già citato Giorgio Agamben, che hanno affermato allarmati che, a prescindere dalla oggettiva situazione epidemica, i governi hanno approfittato della giustificazione basata sul pericolo sanitario per rimodulare le relazioni sociali in senso disciplinare; funzionali tra l'altro a una parossistica fase di accumulazione di profitti da parte di molte imprese favorite dalle condizioni straordinarie²¹.

Indipendentemente dalla personale sensibilità al tema del rischio pandemico e alla valutazione sull'appropriatezza delle formule utilizzate per qualificare pubblicamente e istituzionalmente la situazione sotto il profilo del pericolo per la salute pubblica, alcuni studiosi hanno osservato che quanto è accaduto in Italia tra il febbraio del 2020 e il giugno del 2022 può essere tecnicamente definito "colpo di Stato"²². Ora, anche ritenendo eccessivamente stirato

¹⁹ Cfr. Kervégan (2011: *passim*).

²⁰ Cfr. Nicolosi (2021).

²¹ Si veda di Di Cesare (2020). Di Ugo Mattei (2022) e di Barbara Stiegler (2021). Si confronti, tra i tanti, l'analisi di Fabio Vighi, svolta in alcuni articolati interventi che mettono in campo una ricostruzione degli scenari economico-finanziari precedenti e contemporanei ai primi mesi dell'allarme pandemico inquietanti e non trascurabili, a nostro avviso. In particolare (Vighi: 2021).

²² "A voler essere fedeli alla lettera e allo spirito della Costituzione, tutto questo ha un nome: colpo di Stato. Intendiamoci, il pericolo è stato tale che c'era poco da fare e queste misure sono giustificate. Giustificate, necessarie ma [...] pericolose, piaccia o no. Abbiamo introdotto nel nostro ordinamento la sospensione di fatto di ogni garanzia costituzionale, per decisione del governo e della sua maggioranza parlamentare". Così Aldo Giannuli (2020: 98). "Come detto, ci troviamo qui dinanzi alle considerazioni di uno studioso che si mostra tanto convinto della fondatezza dell'emergenza da affermare che le misure che egli qualifica *extra ordinem* erano necessarie, allo stesso tempo però rileva che tali provvedimenti repressivi delle libertà fondamentali sono stati adottati in spregio alle regole previste dall'ordinamento per farlo, in situazioni di necessità e urgenza. Ricordando per esempio che le limitazioni delle libertà fondamentali nel nostro ordinamento sono possibili con provvedimento dell'autorità giudiziaria, motivato e specifico. < Per di più, emarginando il Parlamento e consentendo un potere di decretazione alla PCM

l'utilizzo di un tale concetto per la situazione in esame, bisogna tener ben presente che le definizioni giuridiche, le qualificazioni normative, le procedure previste possono essere, è chiaro, poco elastiche rispetto alla varietà e alla proteiformità degli accadimenti reali, però non possono essere destituite di rilevanza in base alla prevalenza emotiva-sentimentale del momento storico-sociale e mantengono la loro forza definitoria della fenomenologia reale, se non quella normativa. Quest'ultima infatti, come è più che noto, essendo una delle questioni essenziali e strutturali della stessa esperienza giuridica, dipende molto dalla dialettica effettiva tra forma e sostanza; tra qualificazione giuridica e applicazione al caso concreto. Anzi, per essere più precisi. Non alludiamo solo al tema del rapporto tra lettera della norma e interpretazione ma anche a quello della effettività di una prescrizione giuridica formalmente vigente e perciò regola vincolante. Poiché anche sotto questo profilo il dogma della certezza del diritto ha sempre trovato un suo elemento di fragilità; sia teorica che pratica²³.

Insomma, quel che si vuol dire è che non si può essere superficiali, soprattutto dalla prospettiva della scienza giuridica, sulla violazione delle norme da parte della prassi amministrativa e dell'azione dei pubblici funzionari. Si spiegano perciò le molte prese di posizione da parte di studiosi della Costituzione che hanno guardato con preoccupazione a quanto è accaduto. Molti appuntandosi primariamente sul mancato rispetto delle norme previste in Costituzione per fronteggiare situazioni di urgenza²⁴. Il punto centrale, sotto il profilo delle procedure e degli strumenti utilizzati, è quello della confusione e promiscuità relative alle fonti del diritto con cui si è normata l'azione di governo e in particolare al ricorso per disporre provvedimenti di rilevante gravità sociale e pervasività individuale a uno strumento, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che non rispetta (sotto il profilo garantistico e della legittimità democratica) certamente le norme previste dall'ordinamento né i suoi principi generali; che nella salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui trovano il loro perno²⁵. Non è stato, d'altra parte, poco frequente nemmeno il richiamo alla opportunità di accostare, per come è stato istituzionalmente gestito, lo stato d'emergenza sanitaria, alla figura dello stato d'assedio o della condizione bellica²⁶. Evochiamo sinteticamente il complesso dei provvedimenti presi.

Il 31 Gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri della Repubblica italiana, presieduto da Giuseppe Conte, ha deliberato lo stato d'emergenza su tutto il territorio nazionale, con ciò recependo l'allarme dichiarato formalmente dal direttore dell'Organizzazione Mondiale della Sanità il giorno prima (30 Gennaio 2020) di una "...emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale", a cui farà seguito la dichiarazione di "pandemia" dovuta alla circolazione del virus Sars-CoV-2 (l'11 Marzo 2020). È da tener presente che tutta la gestione dell'emergenza sanitaria, tutti i provvedimenti giuridici, legislativi e amministrativi, volti a contrastare il contagio da Sars-CoV-2, sarebbero

(Presidenza del consiglio dei Ministri) sconosciuto al nostro ordinamento, e, in aggiunta, riconoscendo il potere di prolungare il *lockdown* anche ai <governatori> delle regioni che non hanno alcuna legittimazione costituzionale a farlo". *Ibidem*.

²³ Vedi Viola e Zaccaria (1999); Ciaramelli (2021); Capella (2006).

²⁴ Vedi Lucarelli (2020) e Mattei (2022).

²⁵ Tra i tanti, si vedano i rilievi avanzati da Pastore (2021: 4); dove vien fatto anche un elenco dei provvedimenti adottati in via emergenziale: decreti del Presidente del Consiglio, decreti-legge, decreti ministeriali, delibere del Consiglio dei Ministri, ordinanze del Ministro della salute, decreti ministeriali, ordinanze dei Presidenti di Regione e dei Sindaci, circolari, ordinanze e decreti del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, raccomandazioni e rapporti di enti e amministrazioni centrali. Vedi pure Manfredi (2022).

²⁶ Vedi Quiroz Vitale (2021).

giustificati giuridicamente, troverebbero la propria legittimità legale, dalla deliberazione dello stato d'emergenza del 31 Gennaio 2020²⁷. Questo punto, senza dubbio di non poca rilevanza, pare essere stato segnato dal Giudice costituzionale che con una delle poche pronunce con le quali è finora intervenuto nel ginepraio delle problematiche generate dal governo della situazione pandemica, la sentenza n.198 del 2021, ha qualificato la dichiarazione dello stato d'emergenza (avvenuta nel Gennaio 2020) come un passaggio cruciale giuridico(/politico), definito “punto di intersezione” delle differenti modalità provvedimentali con cui si è intervenuto. Il quale supporterebbe la legittimità (costituzionale e, quindi, rispetto ai principi generali dell'ordinamento italiano) complessiva dei provvedimenti adottati dal Governo, dal Parlamento e (così come, dobbiamo dedurne, a cascata) dalle amministrazioni regionali e comunali²⁸.

Lo stato d'emergenza per tutto il territorio nazionale è stato dichiarato ai sensi degli articoli 7, 24 e 25 del decreto legislativo n. 1/2018, cosiddetto Codice della protezione civile, che dispone che il consiglio dei Ministri delibera lo stato di emergenza di rilievo nazionale, di durata non superiore ai dodici mesi prorogabile per non più di ulteriori dodici mesi, fissandone la durata, determinando l'estensione territoriale ed autorizzando le ordinanze di protezione civile (art. 24, comma 1). Individuando come situazioni che possono giustificare la dichiarazione “...eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo” (art. 7 lett. c). Verso questo atto si sono sollevate rilevanti critiche, già semplicemente perché è stato osservato da alcuni che le fattispecie indicate come casi di “stato di emergenza” previste dall'articolo 7 (lett. c) non sembrano consentire di riportare la vicenda pandemica entro la propria definizione²⁹.

Soprattutto, però, alla base della polemica rispetto alla proclamazione dello stato d'emergenza vi è un presupposto di fondo. L'ordinamento giuridico italiano, nella sua struttura costituzionale e nelle fonti di rango primario (leggi) non prevede, al di fuori del citato disposto del decreto legislativo del 2018, norme sullo stato di “emergenza” o di “necessità”. Una scelta questa ampiamente dibattuta in dottrina, che nacque da una differente valutazione rispetto ad altri ordinamenti nazionali dell'opportunità di prevedere formalmente la fattispecie emergenziale o, più esplicitamente, dello stato d'eccezione. Una opzione del legislatore costituente che prese le mosse dallo spauracchio della precedente deriva istituzionale autoritaria, che in Germania con l'art. 48 della Costituzione di Weimar (che prevedeva la prerogativa del Presidente del Reich di avocare a sé poteri straordinari per salvaguardare l'ordine pubblico) trovò un supporto di rango normativo costituzionale. Si è voluto perciò evitare che prevedere in Costituzione la possibilità di attivare un potere al di sopra dell'ordinamento, sebbene allo scopo

²⁷ Cfr. Morelli (2021); Ronga (2020); Calamo Specchia, Lucarelli, Salmoni (2021).

²⁸ Corte cost., sentenza n. 198/2021, punto 8.1 del considerato in diritto. Si veda sul punto De Minico (2020: 552 e ss).

²⁹ Cfr. Morelli (2020).

di garantirne la continuità, potesse costituire una 'porta' nel sistema giuridico sempre attivabile per svolte autoritarie³⁰.

D'altronde, la Carta costituzionale prevede uno strumento di intervento legislativo in via eccezionale rispetto alla procedura ordinaria, proprio al fine di affrontare situazioni di "necessità e urgenza". Si tratta ovviamente del decreto legge (art. 77 Cost.), che consente al governo di varare provvedimenti aventi natura di legge e quindi esercitando temporaneamente una prerogativa fondamentale del Parlamento, dal quale poi il provvedimento governativo dovrà passare (entro sessanta giorni). Sottoponendo così al vaglio politico dell'assemblea legislativa le decisioni prese dall'organo esecutivo. La Costituzione prevede anche un altro caso in cui al governo possono essere attribuite prerogative del Parlamento, con l'articolo 78; per il quale "le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari". Qui sembra rilevante ricordare anche questa seconda ipotesi perché, come già in materia di decreti legislativi e delle prescrizioni dell'articolo 77, la deroga con attribuzione di poteri speciali è comunque prevista nel nostro ordinamento sempre in termini di conferimento di poteri definiti e non senza delimitazioni. Ciò a marcare l'indirizzo del Costituente di prevedere la possibilità di agire in via straordinaria da parte del potere nell'architettura statale maggiormente in grado di agire repentinamente in casi di "necessità" ma circoscrivendo nettamente i perimetri di tale appropriazione di potere normativo eccezionale e prevedendo dispositivi di controllo attivabili in tempi rapidi (il vaglio da parte del Parlamento, nel caso dell'art. 77 e, oltre alla delimitazione da parte di quest'ultimo dei poteri delegati al Governo, il vaglio da parte del Presidente della Repubblica, coinvolto nella dichiarazione dello Stato di guerra, nel caso dell'articolo 78)³¹.

Scarnificando la molteplicità dei problemi sui quali la teoria costituzionalistica si sta confrontando dall'inizio dell'azione di governo dell'emergenza sanitaria e che sotto il profilo dell'architettura dei poteri pubblici nel nostro complesso istituzionale si è concentrata su due aspetti: 1) quello della riconducibilità delle decisioni politiche di natura amministrativa (ma sostanza legislativa) prese con Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al vaglio dell'organo legislativo, che è anche l'organo politicamente legittimante l'azione del Governo, il quale dal Parlamento deve ricevere il supporto maggioritario (la fiducia) per avviare la sua azione e 2) quello dei rapporti tra

³⁰ L'articolo 48 della Costituzione di Weimar così recita: "Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata. Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e 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. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda. Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare per il proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del Reich o il Reichstag. Norme più particolari saranno date con legge del Reich". Non si può non citare qui almeno Schmitt (1931). Cfr. Manfredi (2021).

³¹ Si veda anche l'articolo 120 della Costituzione che prevede (al secondo comma) la possibilità che il Governo si sostituisca agli enti locali, negli ambiti di loro competenza, in situazioni 'eccezionali', come nel caso di mancato rispetto di norme di trattati internazionali, di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica o quando lo richiede la tutela dell'unità giuridica ed economica. In dottrina la postura teorica che legge i fatti dell'emergenza pandemica come non rivelatori di un lato 'oscuro' del diritto ma inquadrabili pur sempre, seppur con molti momenti di crisi, nella fenomenologia propria di un ordinamento giuridico è ben autorevolmente rappresentata da ultimo da Luciani (2022). Mentre per una lettura più incline a cogliere lo 'scandalo' di ciò che è accaduto Spataro (2022).

organismi statali ed enti regionali e comunali, in considerazione delle molteplici misure di natura amministrativa ma dal contenuto spesso concorrente con le misure normative e amministrative adottate dall'apparato centrale. Riteniamo utile concludere questa, inevitabilmente sintetica, ricostruzione focalizzandoci sulla circostanza che, nonostante la sua invocata centralità nel conferimento di legittimità all'azione governativa (dalla precedentemente ricordata pronuncia del Giudice delle leggi; sentenza n. 198/2021), i provvedimenti con cui si è governata l'emergenza sono stati in buona parte non riconducibili agli istituti previsti dalla dichiarazione dello stato d'emergenza.

I modelli normativi a cui si è fatto ricorso per la gestione dell'emergenza sono stati essenzialmente tre. Il primo, per l'appunto, previsto dagli articoli 5 e 24 del d.l.s. n. 1/2018 (ordinanze di protezione civile autorizzate dal Consiglio dei Ministri e assunte dal Presidente del Consiglio dei Ministri, che esercita tale attribuzione tramite il Capo della protezione civile). Il secondo è l'ordinanza di carattere contingibile e urgente che può essere adottata in materia di igiene e sanità pubblica dal Ministro della salute, prevista dall'articolo 32 della legge n. 833/1978, istitutrice del Servizio Sanitario Nazionale, che (al secondo comma) prevede possa essere adottata anche dal Presidente della Giunta regionale o dal sindaco, limitatamente al territorio di propria competenza. Il terzo modello è quello che fa perno sull'istituto prioritariamente (se non esclusivamente) previsto dal sistema giuridico italiano per le situazioni urgenti, cioè il decreto legge, a norma dell'articolo 77 della Costituzione. Solo che esso è stato utilizzato, negli oltre due anni di emergenza Covid, per delegare spesso al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di produrre legislazione su tutto il territorio nazionale con Decreto della sua Presidenza; con una discrezionalità che appare essere, come già osservato, ben al di là della compatibilità con l'impianto costituzionale.

Ciò è accaduto soprattutto nella prima parte dell'azione di contrasto alla pandemia da parte del Governo. Quando con decreto legislativo n. 6 del Febbraio 2020 (convertito in legge n. 13/2020) si è delegato al Presidente del Consiglio un potere (da esercitare sempre con suoi decreti) che è apparso subito incostituzionale perché senza una tipizzazione sufficientemente stringente degli atti che potevano essere dal medesimo adottati. Una condotta che è stata poi superata (sanata) dal successivo decreto legislativo, n. 19 dell'aprile 2020, che secondo la Corte Costituzionale avrebbe, invece, diversamente dal precedente (perciò implicitamente dichiarato illegittimo dal Giudice costituzionale), assegnato al Capo del Governo un potere legislativo limitato dalla "tipizzazione" dei provvedimenti da adottare per fronteggiare l'emergenza.

Come è stato ripetutamente sottolineato, tale prassi, quella di questa terza modalità di intervento con atti normativi, presenta l'inconveniente di non essere conforme a un principio essenziale del nostro ordinamento giuridico che richiede per l'espletamento di un potere straordinario, in deroga alle ordinarie regole per la produzione di diritto e per la eventuale compressione di diritti fondamentali, la 'copertura' dell'organo deputato a fare le leggi in rappresentanza del popolo. La riserva di legge, se non in via immediata in via successiva. Osserviamo quindi che l'azione di intervento in profondità nella sfera della libertà dei cittadini con atti del Presidente del

Consiglio dei Ministri è continuata almeno fino al Gennaio 2022 (con le disposizioni relative alla certificazione verde rafforzata)³².

Se consideriamo che anche le ordinanze producibili secondo il Codice della Protezione Civile più volte citato possono essere “adottate in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione Europea” (art. 25, comma 1). Così come la deliberazione “fissa la durata dello stato di emergenza” (art. 24 comma1). Si ha conferma della natura sempre circoscritta dei poteri emergenziali da parte dell’ordinamento italiano, che evidentemente in tutte le norme rintracciabili in esso che introducono un meccanismo di deroga alle ordinarie attribuzioni legislative in previsione di eventi eccezionali si preoccupa di perimetrare attentamente nel tempo e nella entità tali conferimenti straordinari.

Quello che pare qui necessario evidenziare è che tutte le questioni di legittimità procedurale e democratica dei provvedimenti assunti per governare la crisi sanitaria paiono esser state risolte, al dunque, dal ricorso alla fattualità eccezionale, che possiamo dire, con conforto delle stesse parole della Corte costituzionale, ha agito da fattore legittimante *extra ordinem*³³. Per cui, nonostante il disappunto di molti studiosi, che rigettano il riferimento a nozioni che si accostano allo stato d’eccezione come punto archimedeo fuori dall’ordinamento al quale riferirsi per fondare azioni istituzionali, il Giudice stesso delle leggi pare essersi rifatto a tale concetto, come elemento di legittimazione di condotte istituzionali extra-costituzionali; che non appaiono però conformi agli standard di democraticità richiesti dall’ordinamento della Repubblica³⁴.

4. Le contraddizioni insormontabili: l’obbligo vaccinale e il green pass

Il tema delle fonti del diritto è uno di quelli cardinali per la teoria giuridica e per il fenomeno giuridico in sé, poiché attiene alla creazione del diritto e, perciò, alla sua individuazione, come diritto positivo. Ha a che fare con il primo problema di un operatore del diritto (oltre che di un cittadino) che è quello di sapere quali sono le norme vigenti in una data organizzazione sociale. È di tutta evidenza che tale questione, che coincide quindi con quella centrale per la dogmatica giuridica della certezza del diritto, ha una rilevanza essenziale per qualsiasi società. Perché i consociati hanno necessità di conoscere quali sono le regole formulate dalle istituzioni pubbliche per normare le relazioni sociali. Questo vale ancor più in collettività che si organizzano intorno al principio democratico. In esse la tassatività delle fonti della produzione normativa, la trasparenza dei processi di formazione del diritto e la centralità nella creazione di diritto degli organi rappresentativi del popolo rivestono una funzione ineliminabile. In collettività democratiche, organizzate a partire da un assetto costituzionale centrato sulla tutela dei diritti fondamentali degli

³² Secondo il decreto legislativo n. 1 del 2022 (decreto che ha ampliato le attività e i luoghi per i quali era necessario avere il *green pass*, per esempio andare in un ufficio postale o presso un istituto di credito ma anche presso gli uffici pubblici) a definire quali sono i “servizi necessari” per il soddisfacimento di esigenze essenziali e primarie della persona doveva essere un Decreto del Presidente del Consiglio (art. 1, comma 1).

³³ Cfr. Calamo Specchia, Lucarelli, Salmoni (2021).

³⁴ Cfr. Morelli (2021); che esprime la propria netta contrarietà verso aperture giurisdizionali a tale concetto. Come sopra detto, rigetta la definizione di azione *extra ordinem* degli atti governativi per gestire l'emergenza Luciani (2022).

individui, quindi in Stati costituzionali democratici, il tema delle fonti del diritto diventa ineludibile quando si tratta di limitare diritti e di incidere in maniera profonda sulla sfera esistenziale dei singoli³⁵.

La materia della legittimità, della ragionevolezza, dell'adeguatezza e della proporzionalità delle azioni giuridiche poste in essere per affrontare la crisi sanitaria, quindi degli strumenti giuridici utilizzati al netto della dimensione politica dell'attività intrapresa, è certamente complessa e ha provocato una vasta letteratura destinata a crescere. Senza dubbio però sono due le azioni maggiormente problematiche, tra le misure decise dalle autorità di governo italiane: quella dell'obbligo vaccinale, non generalizzato ma previsto per alcune categorie di cittadini e quella, strettamente connessa sotto il profilo etico-politico sebbene non giuridico, della certificazione (verde, per questo cosiddetto *green pass*) imposta ai cittadini italiani e non, per poter liberamente circolare (e svolgere le azioni giornaliere, persino quelle necessarie e vitali: accedere a un pubblico ufficio o nei luoghi di lavoro). Sono due provvedimenti molto importanti, poiché hanno inciso in maniera molto intensa sulla vita delle persone. Intaccando in profondità diritti individuali fondamentali. Arrivando con la previsione della certificazione verde a limitare gli spazi di libertà dei cittadini a tal punto da giungere per molti mesi agli effetti di una sorta di legge marziale applicata all'intero dominio della vita delle persone o, ricorrendo a metafore che non ci sembrano per nulla inappropriate, a una quasi comminazione degli arresti domiciliari per coloro che non possedevano il certificato (al di là del divieto di circolazione imposto a tutte/i per molti mesi, nei periodi di cosiddetto *lock-down* ma pure del divieto di uscire da casa in orari notturni). Condizione che, tra l'altro, non sempre è stata imputabile a scelta.

La gravità di queste misure è tale che avrebbe dovuto essere più saldamente giustificata, sotto il profilo scientifico e sotto quello giuridico³⁶. Sotto questo profilo, stupisce non poco la diffusa mancanza di percezione della difficoltà della condizione di chi si è trovato sprovvisto della certificazione verde, così come, d'altra parte, la disinvoltura con la quale si è provveduto a sancire un obbligo concernente la propria corporeità, l'*habeas corpus*, prevedendo la sanzione per il mancato rispetto del precetto nella sospensione dalla retribuzione da lavoro (non solo nell'allontanamento dal servizio lavorativo). Misura questa che nel nostro ordinamento non è generalmente prevista nemmeno come conseguenza di condanne penali per gravi reati ed esclusa dalla costante giurisprudenza costituzionale.

Nell'articolo 32 della Costituzione italiana il diritto alla salute è configurato in una duplice direzione: quella individuale e quella collettiva. Viene proclamato il diritto individuale alla salute di ciascun essere umano e viene pure delineato l'interesse collettivo alla salute. Cioè si declina per un verso il diritto di ciascuno, diritto soggettivo, che implica la facoltà di chiedere assistenza e cure e l'interesse pubblico, della collettività, alla tutela della salute da parte delle istituzioni statali. Il diritto soggettivo dell'individuo deve intendersi come diritto all'assistenza sanitaria ma, allo stesso tempo, come diritto all'autodeterminazione. Come riconoscimento della facoltà di ciascuno di decidere del proprio corpo e delle eventuali possibilità di ricorrere a strumenti e terapie disponibili. Potendovi

³⁵ Si veda per un contributo recente sulla storia del Costituzionalismo e sulla istituzione degli assetti costituzionali contemporanei che chiamiamo democrazie costituzionali Caruso e Valentini (2022).

³⁶ Vedi Tallacchini (2020: 39 e ss), dove ci si sofferma sulla circostanza che il dibattito scientifico sui connotati della pandemia è del tutto in corso.

perciò anche rinunciare; ancorché efficaci, ancorché sperimentate. È rispetto a tale profilo che si può verificare un contrasto con l'interesse pubblico.

L'aspetto di diritto fondamentale all'autodeterminazione del diritto individuale alla salute può entrare in contrasto con l'interesse sociale alla salute qualora la determinazione soggettiva dovesse esser diversa da quella indicata dalla scienza medica come più adeguata per contribuire alla salvaguardia della salute della collettività. Con parole più semplici: quando il singolo dovesse decider di non sottoporsi a un trattamento medico e in tal modo costituire un elemento di pericolosità sociale; ovviamente, in quanto contagioso come conseguenza del mancato trattamento sanitario. Nello stesso articolo 32 della Costituzione è prevista la imposizione di un trattamento medico al singolo, quando ciò si palesa come utile a evitare rischi per la salute della collettività. Questa imposizione però non deve avvenire violando il rispetto della persona umana e, vista la delicatezza della fattispecie, deve essere disposta con legge. Vi è quindi una riserva di legge prevista, in quanto la rilevanza della decisione (che implica la compressione della sfera di libertà individuale in relazione a un profilo prioritario come quello della disposizione del proprio corpo) ha richiesto alla sensibilità del Costituente che venga presa dopo un dibattito tra i rappresentanti del popolo sovrano. Un dibattito che dovrebbe assicurare trasparenza delle ragioni politiche e delle spiegazioni scientifiche di una simile decisione e un tempo di riflessione e analisi dei presupposti della decisione non brevissimo.

Per opinione diffusa e orientamento giurisprudenziale consolidato, il contrasto tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto alla salute viene risolto, di volta in volta, come sempre in caso di scontro tra diritti soggettivi, con un bilanciamento dei possibili sacrifici che i diritti in opposizione subirebbero ma il diritto individuale alla salute non può intendersi subordinato al diritto collettivo e ciò per la chiara ragione che tutto il sistema dei diritti individuali costruito dalla Carta costituzionale ha come riferimento il valore della persona umana. Quest'ultima intesa, senza dubbio, non in senso solipsistico e assegnando al valore-principio della solidarietà un ruolo primario ma senza che questo dovere, quello di esercitare i propri diritti con solidarietà nei confronti degli altri individui e della collettività, possa mai mettere l'interesse del singolo in condizione di subordinazione concreta³⁷. Con ciò si intende che il sacrificio della libertà di determinazione dell'individuo, l'imposizione di una cura, è ammissibile per il sistema dei valori costituzionali solo se non ne deriva un danno o un pericolo per la salute del singolo. Il dovere di solidarietà di ogni individuo nei confronti della collettività non è pensato dalla trama costituzionale, secondo l'orientamento esegetico costante, mai come "tirannico" rispetto alla sfera di salute dell'individuo. Per questa semplice ed essenziale ragione, la giurisprudenza costituzionale ha individuato i criteri alla luce dei quali può essere legittimamente prevista una disposizione normativa impositiva, che incide così a fondo nella sfera personale e sul principio fondamentale della libertà di decidere sul proprio corpo³⁸.

Il concetto della "persona umana" è, per orientamento giurisprudenziale e dottrinale pressoché unanime, centrale nel complesso normativo e valoriale delle disposizioni costituzionali, poiché l'intero sistema dei diritti individuali e dei doveri e obblighi previsti è commisurato all'obiettivo primario che è quello della preservazione

³⁷ Cfr. Poggi (2014).

³⁸ La Corte Costituzionale ha utilizzato con significato censorio l'espressione "solidarietà tiranna", in riferimento a casi simili. Sentenza n. 58 del 23 Marzo 2018.

della dignità della persona; cioè dell'integrità di tutti quegli elementi, materiali e culturali, che compongono la identità psicologica e fisica del singolo essere umano e nel quale rientrano certamente prima di tutto la libertà di pensiero e l'autonomia di decidere della propria vita, in particolare della gestione della propria corporeità. Elemento questo costitutivo e ineliminabile del proprio essere un soggetto titolare di rilevanza etica e politica.

Il limite del rispetto della persona umana assume un contenuto complesso che la Costituzione non fissa in un modello prestabilito, prefigurando, piuttosto, un concetto storicamente determinantesi... All'osservanza del limite si ascrive il rispetto delle opinioni, dei convincimenti religiosi, della riservatezza sullo stato di salute, il dovere di informare il paziente; un profilo, quest'ultimo, che più di ogni altro riflette la storicità del limite del rispetto della persona umana, la cui elasticità ha consentito di ricomprendervi l'evoluzione che sul piano culturale e giuridico ha acquisito il consenso informato, fino alla sua inclusione tra i principi costituzionali.³⁹

Le ragioni per le quali l'ordinamento delle norme costituzionali abbia posto al centro della propria architettura il principio-valore personalistico sono abbastanza consolidate in dottrina e giurisprudenza. Nonostante la Carta costituzionale della Repubblica italiana riservi alla dimensione collettiva una funzione di generale punto di riferimento delle prospettive di sviluppo e applicazione politico-giuridiche delle norme previste, tanto da concepire senza dubbio la socialità come fattore costitutivo dell'individualità⁴⁰, in essa è chiara l'intenzione di affermare la primazia della singolarità esistenziale, dell'individualità, che in quanto base della stessa esperienza collettiva non può essere mai messa in secondo piano rispetto a essa. All'interesse collettivo. Inutile dire qui delle ragioni storico-politiche che stanno dietro tale costruzione normativa e valoriale, che dalla terribile esperienza sociale e politica che l'aveva preceduta (la dittatura fascista) e dagli orrori delle guerre mondiali derivò le ragioni della propria stessa esistenza.

Per tali presupposti, un trattamento sanitario coercitivo può essere configurabile solo nel caso in cui il vantaggio per la collettività sia indubbio e non ne derivi alcun prevedibile danno per il soggetto sottoposto all'obbligo. Principio questo affermato ripetutamente dalle pronunce della Corte costituzionale, con le quali si ribadisce che il diritto alla salute della collettività non può mai essere perseguito se non in coincidenza con il rispetto del diritto alla salute dell'individuo. Al quale non può mai esser chiesto un sacrificio anche se a vantaggio della salute degli altri; "...fossero pure tutti gli altri"⁴¹.

Considerate queste premesse quindi insuperabili sotto il profilo giuridico, che le si condivida o no sotto il profilo etico-filosofico, perché inquadrano la tutela dei diritti individuali come elemento essenziale del limite della tutela della persona umana (limite invalicabile per l'architettura costituzionale), i provvedimenti presi dalle autorità italiane in materia di obblighi vaccinali per contrastare la pandemia da Sars-Cov-2 risultano difficilmente legittimi e proporzionati. Considerando che il limite della sfera personale è configurato come parametro alla stregua del quale valutare il bilanciamento tra l'interesse collettivo alla tutela della salute e l'interesse individuale e non un

³⁹ Capolupo (2022: 21-22).

⁴⁰ Vedi T. Martines (2022).

⁴¹ Corte Costituzionale, 18 aprile 1996, n. 118 e almeno l'importante sentenza del 14 giugno 1990, n. 307.

valore da bilanciare con altri valori, esso segna il limite insuperabile per il legislatore, che non può comprimere la libertà individuale per perseguire l'interesse pubblico⁴².

I profili giuridici e filosofici (e quindi etici) che l'introduzione dell'obbligo vaccinale per alcune categorie di cittadini contro il virus Sars-CoV-2 ha posto sono numerosi e complessi. Ancor più questa affermazione vale per la previsione del certificato richiesto per svolgere gran parte delle attività della vita ordinaria, il quale non ha svolto altra funzione che quella di porre di fatto un obbligo vaccinale anche a chi non apparteneva alle categorie formalmente tenute alla vaccinazione. Tentiamo qui solo una sintetica lista degli aspetti che suffragano ulteriormente queste considerazioni.

Per quanto detto, il fondamentale diritto alla salute riconosciuto nel nostro ordinamento giuridico a i cittadini ma anche ai non cittadini, proprio perché attiene alla più basilare condizione di un essere umano per poter partecipare attivamente e coscientemente alla trama delle relazioni sociali, è concorrente con l'altrettanto fondamentale (e parallelo) interesse collettivo quando il singolo individuo sceglie di non ricorrere a trattamenti medici, consigliati o richiesti invece dall'autorità pubblica per contenere la diffusione in società di una patologia. Non prefigurando il nostro sistema normativo, nei suoi principi cardinali, un rapporto di subalternità della posizione personale all'interesse pubblico, come già detto, l'obbligo di sottoporsi alla cura può essere disposto dall'autorità competente solo a certe rigorose condizioni, consistenti in canoni alla luce dei quali valutare di volta in volta la ammissibilità di un trattamento sanitario obbligatorio. Questi sono da intendersi come quei presupposti individuati finora dalla dottrina e dalla Giurisprudenza che devono verificarsi affinché la coercitiva decisione dell'autorità amministrativa possa essere validamente presa.

Preliminarmente, comunque, è possibile già dire che la valutazione dell'esistenza di tali presupposti per il caso dell'imposizione della somministrazione di uno dei vaccini anticovid a cui è stato possibile ricorrere nel territorio italiano è compromessa (cioè determinata) essenzialmente da un fattore. Quello relativo alla mancanza di sperimentazione sufficiente dei vaccini e, conseguentemente, dell'esistenza (occultata piuttosto che rimossa nel circuito mediatico e dalla gran parte dei decisori politici italiani) di un dibattito scientifico su di essi (così come del resto anche sullo stesso virus Sars-CoV-2) molto acceso e tutt'altro che residuale, rispetto a quella che è stata dichiarata essere una complessiva uniformità di vedute tra gli esperti⁴³.

I vaccini contro il Covid che sono stati messi a disposizione in Italia hanno ricevuto l'autorizzazione alla somministrazione (in realtà alla commercializzazione e infatti sono stati acquistati a caro prezzo) secondo una procedura *fast-track* prevista dalla regolamentazione UE in casi di situazioni di emergenza che richiedono tempi celeri rispetto a quelli previsti dalla ordinaria procedura di sperimentazione e validazione dei vaccini⁴⁴. Per cui i vaccini in questione hanno ricevuto l'autorizzazione in seguito a una sperimentazione breve, in cui alcune fasi del

⁴² In questo senso Mangia (2021).

⁴³ Uno dei tanti esempi che possono essere portati a supporto di questa affermazione è l'appello lanciato da migliaia di scienziati in data 6 maggio 2021, con il quale si chiedeva di stoppare la vaccinazione di massa.

⁴⁴ Regolamento della Commissione del 29 Marzo 2006, n. 507 introduce una autorizzazione condizionata in aggiunta a quella prevista come autorizzazione eccezionale prevista dal Regolamento del Parlamento e del Consiglio Europeo del 31 Marzo 2004, n. 726.

procedimento di verifica sono state fatte non cronologicamente in sequenza ma parallelamente. Ottenendo una autorizzazione “condizionata”, che è temporanea (12 mesi) e che dovrà essere sostituita da una autorizzazione *standard* quando la sperimentazione completa sarà effettuata. Questo vuol dire quindi, senza alcuna opacità, che i vaccini anticovid sono stati sperimentati in maniera incompleta; sufficiente per ricevere una autorizzazione momentanea, ‘affrettata’, per le circostanze eccezionali ma che è richiesto il completamento della sperimentazione ordinaria. La quale implica tempi più lunghi e lo svolgimento delle varie fasi della sperimentazione una dopo l’altra e non sovrapponendole. Tutto ciò significa che sulle conseguenze possibili (e possibilmente dannose) della somministrazione di questi vaccini non si ha la stessa certezza che è richiesta dalle procedure previste in via ordinaria e che, di conseguenza, nel far uso di tali farmaci non si è applicato, così come prescritto dalle procedure *standard*, il criterio della cautela.

Criterio della precauzione che, come detto, secondo le consolidate pronunce giurisprudenziali e il conforto della dottrina, presiede il procedimento di ponderazione sulla opportunità di prescrivere un trattamento medico. Parametro cioè che fa da stella polare nel ragionamento sulla accettabilità o no della compressione della libertà di autodeterminazione individuale a fronte di un supposto vantaggio per la salute della collettività. Ragionamento che ‘praticamente’ consiste in una operazione di bilanciamento tra i rischi che per la persona comporta l’inoculazione del farmaco e i rischi che corre la collettività per la circolazione di un elemento patogeno. Sulla scorta di questo parametro, il principio di precauzione e del procedimento di valutazione che ne deriva, è possibile elencare i presupposti necessari in linea con i principi generali del nostro sistema giuridico, per la eventuale obbligatorietà di un trattamento vaccinale. Questi sono, oltre, ovviamente, alla presenza di una situazione di pericolo per la collettività, che rende adeguata una tale misura: 1) le limitazioni delle libertà che si riterrà di imporre dovranno essere conformi ai criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza rispetto allo scopo; 2) l’obbligo vaccinale dovrebbe essere una opzione ultima, rispetto a provvedimenti non impositivi; 3) fattore primario della valutazione dell’eventuale imposizione del trattamento dovrebbe essere il principio di precauzione, rispetto ai rischi in considerazione delle acquisizioni che la scienza medica ha raggiunto; 4) la previsione di un equo ristoro nel caso di danni derivanti dalla somministrazione del vaccino; 5) l’acquisizione del consenso a ricevere il trattamento, in seguito a completa e trasparente informazione sulla natura del farmaco e sui possibili effetti collaterali; 6) la prescrizione dell’obbligo dovrebbe avvenire con legge⁴⁵.

Per quanto anticipato sopra e andando alle rapide conclusioni di un ragionamento che, inevitabilmente, come tutte le questioni che concernono aspetti inerenti i diritti fondamentali e i valori di una organizzazione sociale, si mostra complesso e ancora tutto da sviluppare in sede di teoria costituzionale e di filosofia del diritto, la legittimità dell’obbligo vaccinale deciso dalle autorità italiane per contrastare la circolazione del virus Sars-CoV-2, così come la legittimità della previsione della certificazione verde per poter svolgere gran parte della attività della vita quotidiana, appaiono molto discutibili⁴⁶. La questione di fondo è semplicemente ed essenzialmente una, la mancanza di un adeguato periodo di osservazione e studio sugli effetti e sulla stessa efficacia dei vaccini resi obbligatori. Tale

⁴⁵ Utilizzo essenzialmente l’analisi svolta da Capolupo (2022).

⁴⁶ Cfr. Scarselli (2021).

circostanza è esemplificata, prima ancora che dalla graduale accumulazione di dati sugli effetti avversi della somministrazione che dopo i primi mesi hanno iniziato a suffragare le tesi di chi ha raccomandato più cautela, dalla vicenda (per certi versi drammatica) della condotta delle autorità di governo e dell' Agenzia Italiana per il Farmaco (AIFA) sulle raccomandazioni relative al vaccino Astrazeneca. Così come la parallela mancanza di trasparenza relativa alle decisioni assunte sulla base dei pareri del Comitato Tecnico Scientifico⁴⁷. I cui lavori sono stati segreti al momento delle prese di decisione, impedendo una trasparente informazione e discussione sulle conclusioni del comitato di esperti sulla base delle quali i provvedimenti del Governo, specie quelli impositivi, sono stati giustificati. Su tutto questo, non ha certamente contribuito a gettare una fascia di luce rischiaratrice lo “scudo” penale concesso alle imprese produttrici dei vaccini così come ai medici somministratori. Soprassedendo sulle in verità necessarie considerazioni che questi eventi suscitano rispetto alla accettabilità di tutto ciò in una società democratica, in cui dei principi della discussione pubblica e della responsabilità degli atti amministrativi si fa il basamento dell'intera organizzazione sociale e perciò del “patto sociale”; del contratto sociale che ne è sorgente di legittimità.

Questi e gli altri elementi non citati hanno trovato accoglienza giurisdizionale in diversi procedimenti, che hanno concluso per la rimessione alla Suprema Corte degli atti processuali affinché venga vagliata la conformità a Costituzione dell'obbligo vaccinale così come della certificazione verde. Pare particolarmente rilevante in proposito il provvedimento adottato dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (ordinanza del 22 Marzo 2022, n. 351), che dopo aver chiesto (richiesta di istruttoria avanzata nel Gennaio 2022) al Ministero della Salute, al Presidente del consiglio superiore della sanità presso il Ministero della Salute e al Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria una serie di approfondimenti sui dati a disposizione, è giunto alla conclusione che manca uno dei presupposti costantemente richiesto in Giurisprudenza (diremmo il principale) della legittimità dell'obbligo vaccinale e cioè la ragionevole certezza che la somministrazione non comporti conseguenze per la salute dei soggetti obbligati che non paiano normali e tollerabili. Insomma, i canoni per la legittimità del trattamento sanitario imposto non sarebbero rispettati e ciò perché i dati in percentuale degli eventi avversi e fatali risulta, dalle rilevazioni che iniziano ad accumularsi (e che sono ben diverse da quelle relative ai primi mesi e sulla base delle quali vi sono erano state alcune decisioni giurisdizionali in senso contrario), ben superiore alla media degli altri vaccini e certamente superiore alla soglia percentuale che finora è stata individuata in Giurisprudenza come limite oltre il quale il trattamento farmacologico è da ritenersi inaccettabile⁴⁸.

Questi elementi concorrono logicamente anche alla illegittimità della introduzione di un vero e proprio lascia passare per svolgere gran parte delle attività della giornaliera, compreso lavorare, studiare, recarsi in un pubblico

⁴⁷ La più completa ricostruzione dell'intera vicenda qui sommariamente delineata, per quanto concerne in specie le problematiche giuridico-costituzionali, che si è riusciti a trovare è in Capolupo (2022).

⁴⁸ La rimessione alla Corte Costituzionale da parte del CGARS presenta notevole interesse, poiché, in un articolato e stringente ragionamento, chiama in causa le numerose questioni essenziali, che del resto hanno animato il dibattito pubblico ma che raramente sono state affrontate con rigore tecnico (giuridico e scientifico). Esse si attestano prevalentemente sui problemi di raccolta dei dati e del monitoraggio degli eventi avversi da parte delle autorità sanitarie; a partire dai medici di base e dai medici somministratori. Così come sulla cosiddetta farmacovigilanza, che attiene alle rilevazioni nel tempo delle eventuali reazioni ma anche alla previsione dettagliata e conforme di esami prescritti dai medici ai propri assistiti in via preventiva oltre che a una effettiva informazione precedente al trattamento vaccinale. Per altre decisioni che pongono al Giudice delle leggi la richiesta di pronunciarsi: Tribunale di Catania, sezione lavoro, 14 Marzo 2022; Tribunale di Brescia, sezione lavoro, 22 Marzo 2022; TAR Lombardia, 14 Febbraio 2022.

ufficio, viaggiare (e tralasciando attività ‘superflue’ come fruire in presenza di spettacoli teatrali, musicali e cinematografici, far *sport* in palestre e così via), subordinato all’essere vaccinato o guarito dal Covid-19 (da non troppi mesi) o in grado di esibire un documento che attestasse (per 48 ore) la momentanea non positività al virus. La previsione del cosiddetto *green pass* prima di tutto sembra illogica in assenza di un obbligo vaccinale generalizzato, poiché per coloro che non sono rientrati nelle categorie di cittadini obbligati alla vaccinazione, la subordinazione a essa sembra insostenibile. In particolare perché essa ha assunto una valenza sanzionatoria che è incompatibile persino con l’obbligo vaccinale, il quale non può certo risolversi in limitazioni drastiche di diritti fondamentali⁴⁹. A rendere comunque difficilmente comprensibile, sotto il profilo della legittimità politica, prima ancora che giuridica, ma pure guardando sempre ai principi generali dell’ordinamento giuridico italiano, l’introduzione della certificazione verde, così come della stessa vaccinazione obbligatoria, è la mancanza dell’effetto immunizzante dei vaccini⁵⁰. Infatti una sì grande discriminazione tra cittadini, poiché di incisiva discriminazione sembra essersi trattato -visto che a fronte dell’esercizio del diritto all’autodeterminazione si è pesantemente discriminato chi non ha voluto sottoporsi al trattamento farmacologico, limitandolo in gran parte dei propri diritti fondamentali-, è stata politicamente giustificata e giuridicamente legittimata sul presupposto scientifico che la vaccinazione, oltre che proteggere il singolo dai sintomi gravi della malattia da Sars-CoV-2, impediva di prendere e contagiare il virus.

5. Stato democratico costituzionale e legittimità di provvedimenti eccezionali.

Uno degli attributi del potere concerne la capacità di delineare i margini della propria stessa responsabilità (per le azioni compiute, per le scelte fatte, per gli obiettivi perseguiti). O, meglio, questo è l’attributo del potere sovrano (che *superiorem non recognoscens*). Cioè del potere che ha la forza di definire i limiti del proprio agire e che, ovviamente, fenomenologicamente si è dato come potere dittatoriale, monocratico, assoluto e violento ma che si manifesta anche in un contesto istituzionale, di potere organizzato, che prevede limiti e controlli al potere decisionale o amministrativo. Ciò ogni qualvolta materialmente ci si trova di fronte all’esercizio di un potere fattualmente sovrano e indifferente alle regole procedurali o sostanziali⁵¹. Ci troviamo qui dinanzi alla stessa situazione effettiva che fa da sfondo alla celeberrima teorizzazione schmittiana, che era poi funzionale proprio a

⁴⁹ Con vari decreti-legge, dal primo n. 52 del 22 Aprile 2021 fino al decreto-legge n. 1 del 7 Gennaio 2022. Si vedano ancora le considerazioni di Capolupo (2022: 37-44).

⁵⁰ Si è a lungo sostenuto, prevalentemente da parte dei decisori politici, che fino a poco tempo fa non si era a conoscenza della incapacità dei vaccini ad immunizzare e che quindi le scelte fatte si sono basate su tale ignoranza. Tali affermazioni sono purtroppo insufficienti a dar conto di quanto è accaduto. Prima di tutto perché dubbi sull’efficacia immunizzante sono stati avanzati sempre da molti scienziati. Poi perché l’assenza di efficacia immunizzante era ben nota alle imprese farmaceutiche, come di recente dichiarato da alcuni manager di esse e questo, tutt’al più, deve farci riflettere sulla trasparenza dei negoziati e degli accordi avvenuti tra imprese e istituzioni comunitarie e sulla genuinità delle dichiarazioni fatte dai nostri rappresentanti istituzionali all’opinione pubblica. Cioè, a noi cittadini. In ultimo e conseguentemente, non si spiega come si sia deciso di rinforzare la pervasività della prescrizione della certificazione verde a Gennaio 2022, quando ormai le tesi sulla incapacità di frenare il contagio da parte dei vaccini erano di dominio pubblico. Per qualche esempio si legga l’articolo di Günter Kampf, *Covid-19: stigmatising the unvaccinated is not justified*, pubblicato il 20 Novembre su *The Lancet* e si guardi la puntata della trasmissione Report dell’1/11/2021.

⁵¹ Vedi Madrid Pérez (2015: 109 e ss).

definire cosa è la sovranità politica; quando si ha esercizio di potere sovrano⁵². In queste situazioni l'operare del governo, della Sovranità in 'movimento', prescindendo o no dalle forme previste per l'azione, giustifica il proprio operato riferendosi a condizioni straordinarie. Richiamando lo stato di necessità.

Ora, proprio perché come abbiamo poco sopra visto, questa condizione di governo è meno infrequente di quanto si pensi (e quindi lo è lo scarto tra procedura/forma giuridica e mero fatto politico), riteniamo che tratto essenziale degli ordinamenti in cui il potere è organizzato secondo principi democratici e garantisti, sanciti in norme costituzionali (negli Stati costituzionali democratici), sia quello di non ammettere deroghe all'esercizio del potere di governo, del potere politico, del potere sovrano, attraverso il rispetto rigoroso delle procedure previste e dei diritti fondamentali attribuiti ai membri della comunità sovrana; i cittadini⁵³. Questo per una ragione che sta proprio alla radice della stessa presenza del potere negli ordinamenti democratici e cioè la responsabilità del potere. Del potere istituzionale. Nelle società democratiche il potere pubblico, l'aver funzioni pubbliche, svolgere funzioni istituzionali, si accompagna alla responsabilità. Anzi è un tutt'uno. Non ci sarebbe nemmeno bisogno di ricordare questa concettualizzazione fatta da Hans Jonas, nel suo lavoro maggiore, perché è chiaro che se cosa differente è affermare che è responsabile, politicamente e giuridicamente, chi ha potere concreto e agisce di conseguenza, è indubbio che fondamento delle organizzazioni sociali democratiche sia il nesso strutturale tra potere amministrativo e responsabilità⁵⁴.

In coincidenza con l'avviarsi della campagna vaccinale, in seguito alla disponibilità dei preparati vaccinali avutasi a fine 2020, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, facendo riferimento all'articolo 9 della CEDU (Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali), ha adottato una risoluzione con la quale invitava gli Stati membri di esso a garantire una corretta informazione e chiarendo ai cittadini che non vi sarebbe stato l'obbligo di vaccinazione⁵⁵. Raccomandando inoltre che non vi fosse alcuna pressione verso la cittadinanza in questa direzione. Si sottolineava che inammissibili sarebbero state discriminazioni previste sulla base della vaccinazione e che si sarebbe dovuto dare massima trasparenza sul contenuto dei vaccini, sulle possibili conseguenze collaterali della vaccinazione e trasparenza sulle clausole contrattuali con i produttori di vaccini. Diversamente, come si sa, il contenuto dei contratti tra le imprese farmaceutiche (Pfizer, Moderna, Astrazeneca) e l'UE non è stato reso conoscibile nemmeno ai parlamentari europei. Così come per tutte le altre raccomandazioni appena elencate la sorte è stata l'irrelevanza; almeno sul territorio della Repubblica italiana.

Alla luce della sommaria ricostruzione fatta sopra, è conseguente affermare che molte misure di politica pubblica decise dalle autorità di governo italiane per affrontare la crisi sanitaria sono state, riferendoci ai parametri ampiamente adoperati dalla giurisprudenza, sproporzionate e irragionevoli rispetto allo scopo perseguito e, nei casi maggiormente invasivi della sfera di autonomia individuale, illegittimi; mancando dei presupposti formali e

⁵² Schmitt (1972: Capp. I e II).

⁵³ Questi tratti canonici delle democrazie costituzionali, evoluzione del semplice modello dello Stato di diritto, sono concettualizzati e difesi con uno sforzo teorico imponente da uno dei più influenti teorici del diritto degli ultimi decenni, Luigi Ferrajoli. Qui si rinvia solo a due dei molti volumi di questo autore su tale tema (2011 e 2021).

⁵⁴ Il riferimento a Hans Jonas è ovviamente per il suo lavoro più noto (1979-1990).

⁵⁵ Risoluzione del 27 Gennaio 2021, n. 2361.

sostanziali necessari, secondo il nostro ordinamento giuridico, per limitare i diritti fondamentali in maniera legittima. Si è diffusamente osservato in dottrina che quanto accaduto ha costituito un processo di “assolutizzazione” di un valore costituzionale (l’interesse pubblico alla salute) su tutti gli altri, che sono stati azzerati o quasi, nel corso di due anni, per salvaguardare il primo. Scegliendo una strada mai percorsa prima. Discriminando gravemente rispetto alla limitazione dei diritti fondamentali garantiti dal nostro assetto costituzionale tra chi era vaccinato e chi no e violando massivamente i principi di eguaglianza tracciati dall’articolo 3 della Costituzione senza alcuna razionalità giuridico-scientifica. Trattando, in questi termini, diversamente persone della stessa età in base al lavoro che svolgevano e persone che svolgevano lo stesso lavoro in base all’età.

Ci siamo trovati in uno stato d’emergenza che nel nostro ordinamento giuridico è previsto solo, come detto, in due casi. Quello previsto dal Codice della protezione civile e quello configurato dall’articolo 78 della Costituzione, che prevede la deliberazione dello stato di guerra. Il punto che riteniamo dirimente è che, al di là dei profili procedurali, per i quali l’assetto costituzionale e l’ordinamento giuridico italiani contemplano delle ipotesi di esercizio in deroga alle attribuzioni ordinarie e ai limiti ordinari di produzione normativa, quel che è accaduto nella gestione dell’emergenza sanitaria è certamente fuori dall’ordinamento giuridico italiano sotto il profilo contenutistico; quindi dei principi generali dell’ordinamento e segnatamente poi di diverse norme costituzionali. Alcuni autori hanno sostenuto che in alcuni casi la configurazione di una figura di potere *extra ordinem* può anche ravvisarsi nella trama dell’ordinamento, oltre le previsioni specifiche, in quanto si evince da varie disposizioni che in caso di situazione eccezionale l’ordinamento ammette l’assunzione di poteri straordinari. Diversamente, la maggior parte degli studiosi rifugge invece in ogni modo da tale riconoscimento. Affermando che le varie ipotesi di poteri eccezionali sono sempre riconducibili a una delle norme e ciò perché in democrazie costituzionali non è ammissibile la presenza di poteri *extra ordinem*⁵⁶. Al di là delle varie prospettive nell’accogliere la tesi che non tutto rientra nel diritto posto in sistema e che in certi momenti ‘emerge’ l’origine fattuale del diritto, la legislazione d’emergenza in Italia tra il 2020 e il 2022 ha presentato gravi profili di illegittimità sotto il profilo dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale democratico; dei valori fondamentali della Repubblica italiana.

Ricordiamo che le ordinanze previste dal dettato del Codice della Protezione Civile possono essere “adottate in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione Europea” (art. 25, comma 1). Questa disposizione, congiuntamente a quella per cui la deliberazione “fissa la durata dello stato di emergenza” (art. 24 comma1), conferma la limitazione di questa previsione da parte dell’ordinamento italiano; che evidentemente in tutte le norme rintracciabili in esso (come abbiamo visto anche nelle prescrizioni degli artt. 77 e 78 della Costituzione) che introducono deroghe alle ordinarie attribuzioni legislative in previsione di eventi eccezionali si preoccupa di circoscrivere attentamente nel tempo e nella entità tali attribuzioni straordinarie.

Le perplessità espresse da uno storico, attento osservatore delle dinamiche istituzionali profonde, italiane e non solo, servono solo come promemoria di un approccio che ci pare di buon senso, oltre che serio ed equilibrato:

⁵⁶ Le differenti prospettive possono trovarsi in Ronga (2020) e Morelli (2021).

“Dunque, queste misure, anche se più restrittive di quelle del tempo del terrorismo, sono più giustificate di allora data l’entità del pericolo [...] Però, il Parlamento ha varato in quattro e quattr’otto un dispositivo che attribuisce al presidente del Consiglio poteri eccezionali senza neppure interpellare le Camere. [...] E qui un punto decisivo: chi decide quando l’emergenza cessa?”⁵⁷

Il punto sembra essere che il senso del modello del nostro assetto istituzionale, lo Stato costituzionale democratico, pare proprio incompatibile con l’eventualità di esercizio di un potere eccezionale. I principi dello Stato costituzionale non solo spingono a esaltare il valore delle regole e delle procedure ma proprio perché sono sostanzialmente coincidenti con la tutela dei diritti individuali fondamentali rendono l’osservanza delle norme procedurali che regolano l’esercizio del potere pubblico ancora più importante di quanto lo siano nella configurazione del modello classico dello Stato di diritto⁵⁸. Da questo vertice ottico, possiamo in parte interpretare in questo senso le posizioni di chi, ripetendo in parte la postura teorica di Michel Troper, ricordata nelle pagine precedenti, afferma che in riferimento alla condizione emergenziale “eventi concretamente imprevedibili ma astrattamente configurabili (come appunto una pandemia) non risultano ingestibili..”⁵⁹. Ancora una volta infatti ci pare che pur constatando situazioni di fatto che rendono incompatibile l’azione governativa, legislativa, esecutiva con l’assetto ordinamentale, si preferisce sorvolare sugli eventi che attestano una concreta eccezione politica rispetto al tessuto giuridico vigente e ricondurne la ‘deviazione’ a un comportamento che crea “confusione” e apre le porte a pericolose narrazioni, poiché “Sarebbe meglio, dunque, una volta per tutte, sgombrare il campo della riflessione da tale paradigma, il quale rischia di alimentare una narrazione mitologica e di aprire le porte al ben più pericoloso feticcio dello <stato di eccezione>, mistica rappresentazione [...] condizione di vuoto assoluto nella quale, secondo Carl Schmitt, troverebbe espressione la decisione del vero sovrano”⁶⁰.

Diversamente, vi è chi, nel dar conto della grande trasformazione intervenuta negli ultimi decenni, che ha reso l’esperienza giuridica certamente più complessa e meno statica, ha riconosciuto la necessità di certificare come le fonti della normatività giuridica siano ormai molteplici rispetto alla concezione tradizionale, centrata sull’autorità statale e sul perno delle assemblee legislative e non solo non più ordinabili secondo una gerarchia ma, per la magmaticità delle relazioni tra istituzioni giuridiche e processi sociali, persino spesso *extra ordinem*⁶¹. Accettando così che il diritto contemporaneo abbia spesso una matrice pragmatica, anzi fattuale e prevalente sulla dimensione formale e procedurale degli ordinamenti giuridici.

Soprattutto, secondo queste ricostruzioni, sempre più diffuse, il fenomeno giuridico contemporaneo può comprendersi, proprio nella dinamica di creazione di normatività, come una rete di soggetti ed entità concorrenti insieme, sia come organi di un apparato pubblico che come agenti privati, alla produzione di norme⁶². Non più

⁵⁷ Giannuli (2020: 101).

⁵⁸ Così come ampiamente descritto da decenni da Luigi Ferrajoli ma si veda anche tra gli altri Pino (2017).

⁵⁹ Morelli (2021: 7).

⁶⁰ *Ibidem*. Il ragionamento di Morelli appare particolarmente esemplare di quella tendenza più volte richiamata nelle pagine di questo lavoro. Una tendenza che possiamo ricondurre a un misto di *horror vacui* da parte della scienza giuridica, che la spinge a non accettare di certificare il nesso originario tra potere materiale e formalità giuridica e, dall’altra, al timore che nominando tale terra di mezzo (e punto di contatto) tra equilibrio effettivo delle forze sociali e l’organizzazione legale di esso si legittimi ideologie autoritarie e inclini alla violenza politica.

⁶¹ Modugno (2012).

⁶² Un volume importante per confrontarsi con lo sforzo della teoria del diritto nel comprendere gli scenari mutati degli ultimi decenni è Ost e van de Kerchove (2002).

possibile una gerarchia delle fonti, per la sovrapposizione di piani ordinamentali (sovrnazionali, nazionale, locale) che rende fallace perché semplificante l'immagine della piramide e non più difendibile la distinzione tra istituzioni pubbliche e soggetti privati, per la complessità dei processi attraverso i quali si producono prima decisioni politiche e poi determinazioni normative, l'immagine della rete ci consentirebbe di rappresentare figurativamente la trama di relazioni e attività dai quali oggi sgorga il complesso delle norme giuridiche⁶³. Epperò, nonostante questo e dando per assodato che lo sguardo appena ricostruito ci dica che cosa il diritto sia oggi, riteniamo che nei modelli giuridico-politici democratico costituzionali vi siano dei margini a tale complessità del diritto e a tale promiscuità delle fonti insuperabili⁶⁴.

La questione capitale di fronte alla quale siamo stati posti è possiamo accettare nel nostro tempo storico che l'azione dei poteri pubblici sia giustificata dallo scopo di preservare la vita materiale? La nuda vita, secondo la nota espressione rilanciata nel dibattito filosofico-politico degli ultimi decenni dagli scritti di Giorgio Agamben ma anche da molti altri? Possiamo ancora accettare come base di legittimità dell'operato degli apparati pubblici il presupposto hobbesiano, formulato nel fuoco della guerra civile europea tra il XVI e il XVII secolo, tra l'altro ancorata alle motivazioni religiose? Domande retoriche. Alle quali è possibile rispondere richiamando le tesi di Luigi Ferrajoli, del tutto condivisibili e solide nell'affermare che le collettività attuali, strutturate come Stati democratici costituzionali, non possono più essere riconducibili alla logica minimale della protezione della vita o, quantomeno, anche tale obiettivo è da intendere in maniera totalmente differente.

Il tema a noi pare semplicemente questo: se una collettività democratica, che si autodefinisce tale e che fonda questa convinzione sulla intangibilità degli spazi di libertà dei singoli, di fronte a situazioni d'emergenza si comporta, nelle sue propaggini istituzionali giuridiche e amministrative, così come una collettività non fondata sulla sovranità popolare o sulla protezione giuridica dei diritti individuali fondamentali, che differenza esibisce rispetto a quest'ultima? Ancor più: in che termini può dirsi superiore sotto il profilo morale e dell'organizzazione giuridica?

6. Riferimenti bibliografici

Agamben G. (1995), *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita* (Torino: Einaudi).

Agamben G. (2003), *Stato di eccezione: Homo sacer II*, (Torino: Bollati Boringhieri).

Agamben G. (2020), *A che punto siamo?*, (Macerata: Quodlibet).

Amato S. (1992), *Diritto dello stato e Stato di diritto*, in Montanari B. (a cura di), *Stato di diritto e trasformazione della politica* (Torino: Giappichelli).

Barcellona M. (2021), *El derecho privado de la economía globalizada y la sociedad líquida*, in Estévez Arujo J.-A. (edición de) *El derecho ya no es lo que era* (Madrid: Editorial Trotta).

Barnard P., Quay S. e Dalgleish A. (2021), *Le origini del virus* (Milano: Chiarelettere).

⁶³ Sia consentito di rinviare a Messina (2012: *passim*) e si confronti pure Estévez Arujo J.-A. (2021) e Barcellona (2021).

⁶⁴ Come del resto rileva lo stesso Baldassare Pastore (2021: 36 e ss).

- Calamo Specchia M., Lucarelli A., Salmoni F. (2021), *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1/2021.
- Capella J.-R. (2006), *Elementos de análisis jurídico*, (Madrid: Editorial Trotta).
- Capolupo C. (2022), *Uso e abuso dell'articolo 32 della Costituzione: a margine dell'introduzione dell'obbligo vaccinale*, in Capolupo C. e Manfredlotti R. (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Carrino A. (1991), *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, (Napoli: ESI).
- Caruso C. e Valentini C. (2022), *Grammatica del costituzionalismo*, (Bologna: il Mulino).
- Ciaramelli F. (2021), *Su alcune implicazioni filosofico-giuridiche della crisi provocata dal Covid-19*, in *Società e Diritti*, vol. 6, 11/2021.
- Ciaramelli F. (2021), *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, (Torino: Giappichelli).
- Ciccolella C. e Valesini G. (2021), *La grande inchiesta di Report sulla pandemia* (Milano: Chiarelettere).
- Cocozza G. (2022), *Effetti riflessi dell'emergenza da Covid-19: è impossibile la cooperazione tra i livelli di governo?*, in Capolupo C. e Manfredlotti R. (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Di Capua V. (2022), *Spigolature del rapporto tra scienza e diritto nella pandemia Covid-19*, in Capolupo C. e Manfredlotti R. (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Di Cesare D. (2020), *Virus sovrano? L'asfissia capitalistica*, (Torino: Bollati Boringhieri).
- De Minico G. (2020), *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020.
- Estévez Araujo J.-A. (2021), *Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal*, in Estévez Araujo J.-A. (edición de) *El derecho ya no es lo que era* (Madrid: Editorial Trotta).
- Fattibene R. (2022), *Il parlamento ai tempi del coronavirus*, in Capolupo C. e Manfredlotti R. (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Ferrajoli L. (2011), *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana* (Roma-Bari: Laterza).
- Ferrajoli L. (2021), *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale* (Roma-Bari: Laterza).
- Fraenkel E. (1941), *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, (New York-Oxford: Oxford University Press).
- Furno E. (2021), *Costituzione, fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, 4/2021.
- Galli C. (1996), *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, (Bologna: il Mulino).
- Gatti F. (2021), *L'infinito errore. La storia segreta di una pandemia che si doveva evitare* (Milano: La nave di Teseo).
- Giannuli A. (2020), *Coronavirus: globalizzazione e servizi segreti. Come la pandemia ha cambiato e cambierà il mondo* (Milano: Ponte alle grazie).
- Gimenez Merino A. (2015), *De la excepcionalidad persistente a la normalización de la plutocracia*, in Estévez Araujo J.A. e Messina G. (Edición de), *La democracia en bancarrota* (Madri: Editorial Trotta).

- Jonas H. (1990), *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (edizione originale 1979) (Torino: Einaudi).
- Kelsen H. (2000), *Lineamenti di una dottrina pura del diritto* (edizione originale 1934), (Torino: Einaudi).
- Kelsen H. (2021), *Dottrina pura del diritto* (edizione originale 1960), (Torino: Einaudi).
- Kervégan J.-F. (2011), *Que faire de Carl Schmitt ?*, (Paris: Gallimard).
- Lucarelli A. (2020), *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020.
- Luciani M. (2020), *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020.
- Luciani M. (2022), *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2/2022.
- Madrid Pérez A. (2015), *Poderes irresponsables: la reconfiguración contemporánea del concepto politicojurídico de responsabilidad*, in Estévez Araujo J.-A. e Messina G. (edizioni de), *La democracia en bancarrota* (Madrid: Editorial Trotta).
- Manfrellotti R. (2021), *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2/2021.
- Manfrellotti R. (2022), *Introduzione a Capolupo C. e Manfrellotti R. (a cura di), Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Mangia A. (2021), *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021.
- Martines T. (2022), *Diritto costituzionale*, (Torino: Giuffrè).
- Mattei U. (2022), *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, (Milano: Piemme edizioni).
- Mazzucato M. (2020), *Capitalism After the Pandemic. Getting the Recovery Right*, in *Foreign Affairs*, November/December 2020.
- Messina G. (2012), *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, (Milano-Roma: Franco Angeli).
- Modugno F. (2012), *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in Siclari M. (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione* (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Morelli A. (2020), *Illegittimità dei Dpcm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Dirittobancario.it*, Settembre 2020.
- Morelli A. (2021), *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: <stato di emergenza> e <stato di necessità> alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2021.
- Nicolosi G. (2021), *Communication, fear and collective trauma in first wave COVID-19 "double epidemic" in Italy: traces and clues*, in *Studia Humanitatis Journal*, 1/2021.
- Ost F. e van de Kerchove M. (2002), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, (Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis).
- Pastore B. (2021), *Le fonti del diritto al tempo dell'emergenza pandemica. Note su alcune tendenze in atto*, in *Società e Diritti*, vol. 6, 11/2021.
- Pino G. (2017), *Il costituzionalismo dei diritti* (Bologna: il Mulino).
- Pioggia A. (2021), *Quale sanità dopo l'emergenza Covid-19?*, in *La fionda*, 1/2021 (Roma: Rogas edizioni).

- Poggi A.M. (2014), *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, (Milano: Mondadori).
- Portinaro P.P. (2019), *Dittatura. Il potere nello stato d'eccezione*, in *Teoria politica*, nuova serie, Annali IX.
- Preterossi G. (2011), *La politica negata*, (Roma-Bari: Laterza).
- Preterossi G. (2022), *Teologia politica e diritto*, (Roma-Bari: Laterza).
- Quiroz Vitale M.A. (2021), *Il virus di Wuhan ed i suoi effetti sul sistema di welfare in Italia*, in Biasi M., Ferraro F., Greco D., Zirulia S. (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale: Quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità* (Milano: Giuffrè).
- Romano S. (1950), *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Scritti minori*, I (Milano: Giuffrè).
- Ronga U. (2020), *Il Governo dell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020.
- Scarselli G. (2021), *Normativa covid 19 e Costituzione. Discussione sulle nostre libertà*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021
- Schmitt C. (1972), *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (edizione originale del 1922), in Schmitt C., *Le categorie del politico*, traduzione italiana di Miglio G. e Schiera P. (Bologna: il Mulino).
- Schmitt C. (1981), *Il custode della costituzione* (edizione originale 1931), (Milano: Giuffrè).
- Spataro O. (2022), *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *Federalismi*, n. 11/2022.
- Stiegler B. (2021), *De la démocratie en pandémie: santé, recherche, éducation*, (Paris: Tracts Gallimard).
- Tallacchini M. (2020), *Territori di incertezza: scienza, policy e diritto nella pandemia*, in Malvicini M. (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia Covid-19*, (Napoli: Editoriale Scientifica).
- Troper M. (2007), *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, in Théodorou S. (edition de), *L'exception dans tous ses états* (Marseille: Parenthèses).
- Vighi F. (2021), *Paradigma Covid: collasso sistemico e fantasma pandemico*, in *La fionda*, 22 giugno 2021.
- Viola F. e Zaccaria G. (1999), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, (Roma-Bari: Laterza).
- Zhok A. (2022), *Lo stato di emergenza. Riflessioni critiche sulla pandemia* (Roma: Meltemi).