

SAGGIO

Democrazia e normazione in tempo di pandemia

MARIA LUCIA TARANTINO
Università del Salento

Abstract

La condizione d'emergenza causata dalla pandemia da Covid-19 non rappresenta solo un'esperienza memorabile (emblematico è il suo accostamento ai più gravi conflitti bellici) ma anche un evento che ha evidenziato la difficoltà di conciliare la tutela di alcuni diritti e libertà fondamentali con la necessità di salvaguardare la salute pubblica. Nel contempo, permane l'interrogativo se si ritornerà allo *status quo ante* Covid-19. Interrogativo che coinvolge anche le ricadute della pandemia in campo sociale, politico ed economico. Sussiste, poi, l'allarme per le possibili conseguenze del fermo controllo sulla comunità, che farebbe quasi presagire uno stato hobbesianamente fondato (sulla paura di ammalarsi), in linea, per certi versi, con le nozioni agambeniane di "nuda vita" e "stato di eccezione" o un "dispotismo mite", come delineato da Tocqueville. Inoltre, si è sollevata la preoccupazione di giungere ad una "deriva illiberale".

Dinanzi alla difficoltà del Parlamento di svolgere celermente le sue funzioni, le misure di contrasto al Covid sono state adottate principalmente con provvedimenti dell'esecutivo, in ragione di uno stato di necessità ed urgenza, in sintonia con le riflessioni dottrinali sulla "necessità come fonte del diritto" di Santi Romano. Ciò ha generato però il timore di travalicare il limite della straordinarietà per assurgere a prassi ricorrente.

Parole chiave: Pandemia; Necessità; Poteri di emergenza.

English version

As well as leaving an unforgettable mark comparable to that of a major armed conflict, the emergency situation caused by the Covid-19 pandemic has highlighted the difficulty in balancing the protection of public health and some fundamental rights and freedoms of the individual.

A question which remains to be answered is whether society will return to the pre-Covid-19 *status quo*, taking into consideration the effects of the pandemic on social, political and economic issues. Further sources of concern are the possible consequences of the recent higher level of control over the community, which might lead to prefiguring a Hobbesian state (founded on the fear of being infected with the virus). To some extent, such a concept may be said to be in line with Agamben's ideas of "bare life" and "state of exception", or de Tocqueville's "soft despotism".

Additionally, a potential "illiberal drift" is feared.

With the Italian Parliament failing to rapidly perform its functions, anti-Covid-19 measures have mainly been taken by the Executive. Such a decision has been justified because of a state of necessity, following Santi Romano's reflections on "necessity as a source of law".

This unorthodox process, however, is leading to the frightening thought that its extraordinariness might become an ordinary practice.

Keywords: Pandemic; Necessity; Emergency powers.

Come un virus minaccia la democrazia

La pandemia originata dal contagio da Covid-19 non ha solo scosso gli equilibri psicosociali per le necessarie misure di contenimento del virus che hanno richiesto, vista la sua impressionante diffusione, un rapido mutamento dei rapporti interumani, delle abitudini e delle priorità di ognuno, ma l'emergenza sanitaria che ne è scaturita, dichiarata dall'OMS nel gennaio 2020, non poteva non sortire conseguenze di grande portata anche sulla politica, l'economia e persino sulle relazioni internazionali.

Per restare in Italia, l'eccezionale gravità della situazione ha richiesto decisioni rapide e incisive coinvolgenti l'intero territorio nazionale (dal *lockdown* ad una gestione calibrata su scala regionale, dalla campagna vaccinale alla previsione del *green pass*) e coincidenti con il livello di diffusione del contagio che hanno in breve tempo modificato abitudini radicate.

Le misure adottate a tutela della salute pubblica, interferendo con diritti fondamentali come la libertà di circolazione, di riunione, d'istruzione e d'impresa, hanno sin da subito rivelato profili di criticità, non essendo sempre agevole un bilanciamento con le norme costituzionali. Inoltre hanno sollevato dubbi di legittimità poiché esse, in particolare dinanzi alla difficoltà del Parlamento di svolgere per settimane le sue funzioni, concretizzandosi in «atti amministrativi, o meglio ordinanze emergenziali, che operano come atti normativi, derogando a fonti primarie» (Raffiotta, 2020, p. 1) e «caratterizzandosi per l'incredibile numero nonché l'eterogeneità dei provvedimenti adottati non solo dal Governo e dalle amministrazioni statali ma altresì da parte di Regioni e Comuni» (*ivi*, p. 2), hanno rappresentato per molti «un *vulnus* per la tenuta complessiva dell'assetto costituzionale italiano» (Isoni, 2020, p. 100).

L'attenzione è stata richiamata principalmente dall'abbondanza di DPCM

con cui l'esecutivo è intervenuto a più riprese per cercare di arginare una pandemia che, in alcuni momenti, sembrava ormai fuori controllo (e) ha avuto come base legittimante il decreto - legge n° 6/20 che delega al Presidente del Consiglio dei Ministri l'adozione delle misure di contenimento della diffusione del virus, previa consultazione con vari ministri e con i Presidenti delle Regioni interessate (*Ibidem*).

Tuttavia, l'insinuarsi pervasivamente nella nostra forma di governo parlamentare delle misure necessitate dall'urgenza di contenere la propagazione del virus, deroganti le procedure legali regolari, determinando una concentrazione del potere nell'esecutivo, ha posto all'attenzione il pericolo che in esse il requisito dell'eccezionalità subisca un ampio allargamento. Si può azzardare un collegamento fra l'ordine socio-politico sorto dall'emergenza globale e il paradigma assolutistico hobbesiano, in cui il ruolo politico della

passione della paura è noto a tutti. Effettivamente, la paura dinanzi all'aumento drammatico dei contagi e dei morti, la condizione di 'collasso degli ospedali' dinanzi ai ricoveri necessari in terapia intensiva, le penetranti misure restrittive poste a tutela della salute pubblica, il distanziamento sociale e il comune senso di diffidenza, «la sorveglianza dei singoli resa ancora più stringente dalla tecnologia di cui si dispone..., l'inflessibile discrezione di polizia ed esercito nel presidiare le strade» (Campi, 2020, p. 17), che hanno caratterizzato la condizione umana in modo particolare durante il *lockdown*, richiamano alla memoria la sua concezione di un potere forte che gli uomini instaurano e legittimano attraverso il patto sociale, in entrambi i suoi momenti di *pactum unionis* e di *pactum subiectionis*, a causa del contesto di insicurezza nonché di *bellum omnium contra omnes* nel quale essi si trovano in un ipotetico stato di natura privo di ordine, in cui «v'è continuo timore e pericolo di morte violenta e la vita dell'uomo è solitaria, misera, sgradevole, brutale e breve» (Hobbes, 2011, p. 131).

L'accostamento dell'evento pandemico che si vive «ai più gravi conflitti bellici» (De Vanna, 2020, p. 1) diviene allora emblematico.

Non è fuori luogo, dunque, durante il *lockdown*, il richiamo alla prospettiva hobbesiana in cui «la causa finale, il fine o il disegno degli uomini (che naturalmente amano la libertà) nell'introdurre quella restrizione su loro stessi è la previsione di ottenere (con lo stato) la propria preservazione e una vita più soddisfacente» (Hobbes, 2011, p. 177). La generazione del grande Leviatano, del dio mortale, ha come fine, pertanto, la pace, la comune difesa, la protezione da flagelli come la peste, che pervadono di paura l'animo umano. Lo strumento principale attraverso il quale il sovrano hobbesiano «lega gli uomini all'adempimento dei loro patti e all'osservanza delle leggi di natura» (*Ibidem*) è «il timore della punizione» (*Ibidem*). Per quanto l'accostamento sia azzardato, permane il sospetto che

con le politiche d'emergenza adottate dai governi si sia entrati in una dimensione maggiormente hobbesiana dell'esistenza politica in cui lo stato è chiamato a proteggere la vita e a disporre delle libertà dei cittadini in modo ben più incisivo rispetto alla normalità a cui le democrazie liberali degli ultimi settant'anni erano abituate (Castellani, 2020a, p. 72).

L'insegnamento di Hobbes, pertanto, secondo cui «di fronte all'alternativa secca tra sicurezza e libertà, la scelta ricadrà sempre sulla sicurezza» (Maffettone, 2020, p. 113) è di

estrema attualità in un momento in cui la paura di contrarre il virus, di ammalarsi e, persino, morire ha dominato gli animi umani.

L'emergenza pandemica, unitamente alla condizione di crisi e di insicurezza da essa generate, ha reso necessario il ricorso alla misura del DL ex art. 77 Cost. che il governo può adottare in casi straordinari di necessità e di urgenza.

È indubbio che la pandemia da Covid-19 sia connotata da simili presupposti; allo stesso modo, l'adozione di provvedimenti più duttili come il DPCM e le ordinanze regionali è stata resa necessaria per il bene della collettività (anche se la locuzione spesso nasconde insidie). Da più parti, però, si teme che la «concentrazione di funzioni esecutive e legislative in capo all'esecutivo», a discapito di parlamentarismo e diritti costituzionali, possa rappresentare «uno dei prodromi del passaggio a forme di governo di stampo autoritario» (Isoni, 2020, p. 97). Come osserva Palano, «il vecchio ordine internazionale liberale, ereditato dalla Seconda guerra mondiale, (potrebbe essere) ridimensionato dalla pandemia» (Palano, 2020, p. 35).

Senza entrare nel merito di locuzioni coniate come 'dispotismo condiviso', 'dispotismo terapeutico', è di grande attualità anche il richiamo alle riflessioni profetiche di Tocqueville presenti nella *Democrazia in America* e riguardanti appunto il pericolo di una «involuzione della democrazia in dispotismo mite» (Petrucciani, 2003, p. 141).

Un dispotismo dai contorni differenti, definito da de Tocqueville (1999, p. 733), appunto, «mite», in cui al di sopra degli uomini «intenti a procurarsi piaceri piccoli e volgari» «si eleva un potere immenso e tutelare che solo si incarica di assicurare i loro beni e di vegliare sulla loro sorte. È assoluto, particolareggiato, previdente e mite».

Si potrebbe anche accostare la società descritta dal filosofo francese, sottoposta ad una «rete di piccole regole, complicate, minuziose e uniformi», a discapito della vera libertà e indipendenza, alla società odierna compressa dalla pandemia in cui gli individui, per gestire il 'rischio biologico', optano per un benessere individualistico.

In realtà, la minaccia del Covid ha reso visibili anche fenomeni di solidarietà, forse prima nascosti, che ne hanno sottolineato il ruolo non solo di valore ma anche di strumento attraverso il quale una comunità può reagire al pericolo e al dolore e non disgregarsi. Questi fenomeni, d'altro canto, costituiscono un forte richiamo all'associazionismo auspicato da Tocqueville contro la «solitudine del proprio cuore» (*ivi*, p. 516).

La questione degli strumenti normativi

Secondo Agamben la questione delle misure adottate in molti paesi, che hanno comportato un'alterazione del regolare rapporto tra i poteri istituzionali

nonché la compressione di molti diritti sanciti costituzionalmente, è sorretta da una logica dell'eccezione che predomina ormai nella crisi per «esercitare un ancor più pervasivo controllo sui corpi» (Arienzo, 2020, p. 2).

Nel suo articolo pubblicato il 26 febbraio 2020 dal titolo *L'invenzione di un'epidemia*, il filosofo romano ha sostenuto che attraverso lo stato di emergenza decretato dal Governo si favorirebbe una tendenza ormai consolidata a convertire lo stato d'eccezione in «paradigma normale di governo» (Agamben, 2020b).

Già nel suo libro *Stato di eccezione* Agamben (2020a, p. 13), dopo aver sottolineato «l'incertezza del concetto, a cui corrisponde l'incertezza terminologica», ripercorrendo l'analisi di Tingsten, si sofferma sull'espressione *pieni poteri* che, però, indica soltanto «l'estensione dei poteri dell'esecutivo in ambito legislativo attraverso l'emaneazione di decreti e provvedimenti, in conseguenza della delega contemplata in leggi dette dei “pieni poteri”» (*ivi*, p. 16).

Come precisa Simoncini, essa

indica soltanto una modalità di azione del potere esecutivo durante la vigenza dello stato di eccezione ma non coincide semanticamente con questo. In effetti, per stato di eccezione Agamben intende, grossomodo, una sospensione dell'ordine costituzionale vigente o almeno di un segmento significativo, effettuata da parte della stessa autorità statale che dovrebbe essere normalmente garante della legalità e del suo rispetto (Simoncini, 2008, pp. 198-199).

Il richiamo all'espressione *pieni poteri* è finalizzato alla comprensione dell'affermazione agambeniana secondo cui «la progressiva erosione dei poteri legislativi del Parlamento, che si limita oggi spesso a ratificare i provvedimenti emanati dall'esecutivo con decreti aventi forza di legge, è diventata una prassi comune» (Agamben, 2020a, p. 17).

Nei suoi articoli pubblicati da febbraio 2020 nella rubrica *Una voce*, alcuni dei quali raccolti nel volume dal titolo *A che punto siamo*, Agamben (2020c, p. 12) parla di «grande trasformazione» attuata attraverso lo stato di eccezione, ossia una «sospensione delle garanzie costituzionali» che «opera attraverso l'instaurazione di

un puro e semplice terrore sanitario e di una sorta di religione della salute» (*ivi*, p. 13).

Da qui la sua definizione di *biosicurezza*, intesa come «il dispositivo di governo che risulta fra la nuova religione della salute e il potere statale col suo stato di eccezione» (*Ibidem*).

I suoi interventi, dunque, mirano a stimolare una riflessione sull' «ondata di panico diffusa» che ha posto in risalto che «la nostra società non crede più in nulla se non nella nuda vita... che non è qualcosa che unisce gli uomini, ma li acceca e li separa» (*ivi*, p. 26).

È sottolineato, quindi, il ruolo svolto da medici e scienziati che, con il sostegno dei media, avrebbero conquistato un ruolo di rilievo, nell'ambito della gestione dell'emergenza, nella politica orientandone le scelte.

Pertanto, in questa condizione di «crisi perenne e di perenne emergenza ... la vita (degli uomini) è stata ridotta ad una dimensione puramente biologica e ha perso ogni dimensione non solo sociale e politica ma persino umana e affettiva» (*ivi*, p. 27), essa «non è né propriamente animale né veramente umana» (Agamben, 2021a; *cf.*: anche Agamben, 1995).

La società «ha sacrificato la libertà alle 'ragioni di sicurezza' e si è condannata a vivere in un perenne stato di paura e insicurezza» (*Ibidem*).

Ritornando ora al nucleo della riflessione di Agamben riguardante la normalizzazione dello stato di eccezione, è possibile constatare che, in misura più conciliante, altre voci si sono sollevate per lanciare l'allarme che «con la pandemia del Covid-19 i regimi politici occidentali si sono avvicinati molto alla soglia dello “stato di eccezione”» (Castellani, 2020b).

Dopo il necessario riferimento alle nozioni elaborate da Schmitt (1972) che nell'opera *Teologia politica* scriveva che «sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione» (*ivi*, p. 33), Castellani (2020b) osserva appunto che nell'odierna scena politica non si può parlare di «rottura dell'ordine costituzionale, ma di un accentramento del potere nell'esecutivo ed una limitazione delle libertà dei cittadini» (*ivi*, p. 71).

Per l'autore è nello «stato di eccezione debole», delineato da Maier (2018) nella sua interpretazione in *Leviatano 2.0* dello stato di eccezione schmittiano, «che

ha condotto la politica vicino al limite della rottura della legalità, pur senza valicarlo» (Castellani, 2020b), che può essere circoscritta l'attuale dimensione della politica.

Sinteticamente, «lo *status necessitatis* dell'emergenza epidemiologica ha fondato la legittimazione a derogare alle ordinarie procedure legali» (*Ibidem*), con riferimento soprattutto ai DPCM ed alle ordinanze regionali. E «il rischio principale dello stato d'eccezione è che tali poteri d'emergenza perdano la loro caratteristica di temporaneità» (*Ibidem*), cioè, che un governo «possa ricorrere in futuro, in maniera più disinvolta, ai poteri d'emergenza di fronte ad ogni nuova situazione inedita, anche meno straordinaria e grave della pandemia» (*Ibidem*). Pertanto, Castellani rintraccia fra gli effetti dell'odierna crisi il pericolo che essa favorisca l'instaurazione di uno stato di eccezione, anche se debole.

Non mancano tuttavia posizioni che interpretano l'attuale espansione della possibilità di intervenire con provvedimenti del Governo e più in generale della Pubblica Amministrazione, relegando un po' il Parlamento ad una funzione di 'spettatore', alla luce principalmente della necessità, dinanzi all'insorgere di emergenze che richiedono di essere, oltre che contenute, disciplinate, di prevedere, temporaneamente, un assetto differente dei poteri. Tuttavia, anche in queste posizioni è possibile riscontrare il timore, specie in considerazione dell'incertezza circa la durata dell'evento emergenziale, di possibili deterioramenti degli equilibri democratici, a causa della difficoltà del contemperamento dei vari diritti costituzionali e del rapporto fra la loro tutela e gli stessi poteri del governo.

Purtroppo, gli scenari che l'emergenza pandemica ci ha posto di fronte e quelli che ci preannuncia come conseguenza della crisi da essa innescata sono tutt'altro che rosei.

Si pensi, solo per citarne uno, all'aggravamento della condizione economica di talune fasce della popolazione e, più in generale, all'aggravamento della condizione di povertà già presente in altre che rischia di tradursi in una condizione di forte disegualianza sociale ed emarginazione e di cui non è possibile prevedere la portata nel futuro poiché, ancora oggi, si può solo ipotizzare sulla resistenza e

intensità del virus e delle sue varianti, anche alla luce della somministrazione di vaccini anti-Covid su una considerevole parte della popolazione.

Zagrebel'sky, nel suo articolo del 28 luglio 2020, pubblicato su *La Repubblica*, traccia l'importante distinzione tra eccezione ed emergenza, che consente di distinguere la finalità di assicurare la conservazione dell'ordinamento giuridico vigente, ritornando alla normalità, da quella di instaurare un nuovo ordinamento giuridico (cfr. Zagrebel'sky, 2020).

Come noto, nel nostro ordinamento sono state adottate varie misure intese a fronteggiare l'emergenza «che fanno riferimento a livelli differenti nella gerarchia delle fonti, trattandosi di fonti primarie, quale appunto il decreto-legge, e di fonti sub-secondarie, quale è l'ordinanza, che possono emanare il Presidente del Consiglio, il Ministro della Salute e i Presidenti di Regione» (De Vanna, 2020, p. 11).

Come accennato, l'articolo 77 Cost. fissa i confini del potere di emanazione del decreto-legge, viceversa i poteri di ordinanza *extra-ordinem* sono di difficile collocazione tra le fonti giuridiche, di cui la Costituzione delinea la rigidità, nonostante la loro capacità di incidere su libertà personali.

Dinanzi al manifestarsi di eventi sconosciuti o, per quanto riconducibili alla comune esperienza, imprevedibili nel loro decorso e nei possibili effetti, dinanzi, più in generale, ad una *urgenza improrogabile*, il diritto dell'emergenza diviene indiscusso protagonista. Diritto «inevitabilmente connesso con alcune figurazioni tipiche della riflessione giuridica, prima fra tutte appunto il concetto di necessità e quello di eccezione» (*ivi*, p. 7).

In Italia, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, viene dichiarato lo stato di emergenza (ad onor del vero e solo per sottolineare la gravità della condizione pandemica, prorogato più volte) e in breve si ricorre ad una serie di provvedimenti, formalmente legittimi, in quanto emanati in ossequio agli articoli 5, 25, 26 e 27 del TU della Protezione civile (Raffiotta, 2020).

Come accennato, attraverso il DL n. 6/2020, il Governo è autorizzato ad adottare misure urgenti per il contrasto al Covid. Sui molteplici e differenti provvedimenti emanati in ossequio e in ottemperanza ad esso sussistono tuttora incertezze coinvolgenti l'effettiva possibilità «di adottare misure eccezionali in

deroga a fonti primarie e limitative dei diritti ... essendo il solo decreto-legge l'istituto a tal fine previsto dalla Costituzione» (*ivi*, p. 3), per quanto Raffiotta avverta che «i provvedimenti amministrativi *extra-ordinem* emanati in esecuzione della normativa primaria non sono che ordinanze emergenziali o meglio norme di ordinanza, in linea con le discipline, la giurisprudenza e la prassi in materia di poteri eccezionali» (*Ibidem*).

Il giurista, «per restare alle emergenze patrie» e senza entrare in campi come il terrorismo, le ondate migratorie e il dramma dei richiedenti asilo politico, con le dovute distinzioni, associa l'emergenza Covid al terremoto di Messina e Reggio Calabria, evento «a partire dal quale Santi Romano giunse alla sua celebre teoria dell'emergenza come fonte del diritto» (*ivi*, p. 1).

Molto importanti sono i contributi offerti al diritto in tema di emergenza e di atti attraverso i quali fronteggiarla, che vanno da Santi Romano a Costantino Mortati (De Vanna, 2020).

La 'necessità', dunque, rappresenta un momento fondamentale e integrativo dell'impianto normativo dello Stato che si manifesta in tutta la sua portata quando occorre adottare misure urgenti in caso, appunto, di guerre, sedizioni, cause naturali che provocano uno stato di emergenza, o, comunque, di un fatto grave, inatteso e non previsto da alcuna norma giuridica.

Il richiamo all'impianto dottrinale della teoria della necessità e, più in generale, all'istituzionalismo di Santi Romano è, allora, di grande attualità. Il giurista palermitano, sulla scorta dei contributi di A. Codacci-Pisanelli e di Ranelletti, individua nella necessità la fonte che legittima le ordinanze del governo (*Ibidem*).

Senza entrare nelle diverse declinazioni del concetto di necessità, si può ricordare che Santi Romano ha analizzato il suo ruolo legittimante, nel contesto delle ordinanze del Governo, soprattutto nelle opere giovanili e, in particolare, nel saggio *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria* (*cf.* Romano, 1909).

Essenziale, al fine di rinvenire le logiche sottese alle odierne procedure emergenziali è il riferimento, ancora, alle lucide riflessioni di Raffiotta (2020), secondo cui «se per Santi Romano era la stessa emergenza la fonte del diritto,

nell'attuale ordinamento costituzionale è la legge la fonte del potere di ordinanza, che legittima l'eventuale deroga a fonti primarie. Tuttavia, ancora oggi il fatto emergenziale integra la previsione di legge» (*ivi*, p. 7).

L'analisi del giurista riguarda principalmente i DPCM, indagandone natura e legittimità formale e interrogandosi sulle non poche perplessità con cui essi sono stati accolti (per quanto, da tempo, si osservi l'uso reiterato anche del decreto-legge), «in quanto molti argomenti a sostegno della loro legittimità formale possono essere riprodotti in taluni casi per i provvedimenti *extra-ordinem* adottati da regioni e comuni» (*ivi*, p. 2).

Egli colloca i DPCM fra le ordinanze *extra-ordinem*, di cui, constata, «presentano i caratteri distintivi».

Questi atti

formalmente amministrativi regolano i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge c.d. a fattispecie aperta» (*ivi*, p. 4). Nel caso in esame, «il D.L. 2020 n. 6 autorizza il governo a regolare fatti emergenziali attraverso poteri di eccezione, anche in deroga alla legge e limitativi dei diritti (*ivi*, p. 5).

Infatti, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale e tenendo conto della struttura dell'ordinamento giuridico italiano, egli osserva che

il potere amministrativo d'emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità (Corte Cost. 115/11). Il suo limite pertanto non è nella legge, cui può derogare, ma nei principi dell'ordinamento giuridico e ovviamente nelle norme costituzionali, limiti che possono essere sempre fatti valere innanzi alla giustizia amministrativa competente (*Ibidem*).

Le sue considerazioni sul ruolo del principio di legalità quale elemento di sostegno del potere emergenziale sono in linea con quelle secondo cui il fatto emergenziale, pur non costituendo, diversamente da Santi Romano, la fonte diretta di questo potere di ordinanza,

integra, però, la previsione di legge, la quale, pur non prevedendo un oggetto determinato, trova un'evidente delimitazione del potere dell'organo agente nel fatto emergenziale, che giustifica e al tempo stesso delimita la fattispecie. Il fatto emergenziale svolge dunque un ruolo centrale nel circoscrivere l'intervento straordinario, assicurando così il rispetto del principio di legalità (*Ivi*, p. 7).

Degli atti emergenziali, inoltre, egli sottolinea l'importanza del carattere *aperto e flessibile* richiamando, appunto, il ruolo dell'emergenza, che «determina

un bisogno sociale a cui l'Ordinamento giuridico non è in grado di dare una risposta in via ordinaria. Lo Stato, attraverso i suoi poteri deve necessariamente intervenire per risolvere una frattura fra realtà giuridica e bisogni sociali» (*Ibidem*).

Sostanzialmente, dunque, in merito alla legittimità formale dei DPCM, «attuativi e integrativi del DL 23 febbraio 2020 n. 6», Raffiotta (2020) sostiene che la loro legittimità proviene, appunto, dall'essere «previsti e legittimati da una fonte di rango primario» che «dopo aver previsto nel dettaglio all'art. 1 tutta una serie di misure anche limitative dei diritti, all'art. 3 conferisce il potere di darne attuazione attraverso uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri» (*Ibidem*) e richiama, inoltre, l'autorevolezza del Decreto Legislativo del 2 gennaio 2018 che prescrive e disciplina le finalità del Servizio nazionale della protezione civile, il quale stabilisce che «il Presidente del Consiglio dei Ministri, per il conseguimento delle finalità del Servizio Nazionale, detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile». Non si è, pertanto, dinanzi ad una *demokratura*.

Tuttavia, a conclusione di queste veloci indagini, sia consentito osservare che la drammatica 'lezione' che il Covid ha impartito, in questo contesto, è rappresentata anche dalla necessità di 'adeguare' il governo delle emergenze, forse anche attraverso un completamento della nostra Costituzione, che non prevede lo stato di emergenza, ma, nell'art. 78, contempla lo stato di guerra, conferendo al Governo i necessari poteri, e su questo presupposto vi è stata l'imprecisa equiparazione dell'emergenza della pandemia da Covid a quella che sussiste nello stato di guerra, nonostante l'associazione del virus ad un 'nemico invisibile'. Fatto salvo il presupposto che l'intervento straordinario debba assicurare il rispetto del principio di legalità, in una prospettiva *de jure condendo* quindi sarebbe auspicabile un intervento statutale. In buona sostanza, lo Stato attraverso gli organi istituzionalmente preposti dovrebbe riempire una lacuna tra realtà giuridica e necessità emergenziali, tenuto conto dell'estrema difficoltà di cristallizzare in norme il fenomeno dell'emergenza. L'eventuale intervento dovrebbe temperare il carattere potestativo insito nei pubblici poteri e il sistema delle libertà di matrice costituzionale, con la finalità di evitare che un'attribuzione di poteri dal carattere

straordinario possa generare uno sbilanciamento tra gli stessi creando situazioni arbitrarie e quindi fuori dal controllo degli organi preposti.

La previsione del *green pass* e il difficile bilanciamento dei diritti

A fondamento dei molteplici atti emergenziali che nel tempo si sono susseguiti vi è la necessità di tutelare la sicurezza del popolo, secondo il principio romanistico *salus publica suprema lex esto*, già presente in Cicerone, oggi costituzionalmente rilevante (*Ibidem*).

Per quanto questa tutela sia stata, a volte, il ‘pretesto’ per legittimare un potere ‘forte’, in nome del quale sacrificare i diritti dei singoli, essa promuove la salvaguardia della vita e della salute della collettività ed è strettamente connessa «con il dovere costituzionale di solidarietà ex art. 2 Cost., principio fondamentale della Carta Costituzionale, al pari dell'art. 32 che tutela il fondamentale diritto alla salute, anche interesse della collettività» (*Ibidem*).

Questi diritti sono alla base della strategia messa in atto al fine di contenere il contagio, anche se incisiva su importanti diritti come quello di circolazione, nei confronti del quale, però, l'art. 16 consente limitazioni per motivi di sanità o sicurezza (*Ibidem*).

Nell’indagine accurata di Raffiotta sulla legittimità delle limitazioni poste in essere con provvedimenti emergenziali, oltre a quelle alla libertà di circolazione, sono oggetto di riflessione anche altri limiti, come quello coinvolgente la libertà di riunione, che in virtù dell'art. 17 della Costituzione può avvenire «soltanto per comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica». Ed il giurista osserva come, nel caso in esame, il divieto imposto dal Governo sia circoscritto a «specifiche riunioni in luogo pubblico ... gli assembramenti» (*ivi*, p. 9).

La nostra Costituzione, quindi, nella contemplazione dei diritti di libertà, ha previsto anche possibili limiti agli stessi nell’interesse della collettività, non potendo essi costituire un’exasperazione dell’individualismo ma convergendo con quelli altrui.

Anche con riguardo ai limiti coinvolgenti alcune libertà economiche, che hanno portato alla chiusura di negozi ed esercizi commerciali non essenziali, il giurista, dopo l’opportuno richiamo all'art. 41 della Costituzione che comunque

stabilisce che l'iniziativa economica privata non deve tradursi in un danno alla sicurezza, osserva come si sia cercato di operare con il proposito di realizzare un difficile bilanciamento, per cui le limitazioni non hanno coinvolto, «al fine di contenere i danni all'economia nazionale, le attività produttive e quelle commerciali essenziali» (*ivi*, p. 10), ma quelle «non essenziali che possono determinare assembramenti e contribuire alla diffusione del virus» (*Ibidem*).

Nella medesima logica del difficile bilanciamento dei diritti è opportuno ragionare in merito alla 'certificazione verde' (*green pass*) che prevede nuove regole e nuove limitazioni ad alcune libertà.

Come noto, la scienza ha fatto importantissimi progressi nella lotta al Covid in poco tempo: cure più efficaci e, in particolare, la scoperta di un vaccino che, fungendo da scudo contro il nuovo coronavirus, rappresenterebbe la promessa del ritorno alla normalità per l'intera popolazione e al quale la politica, nel segno del rispetto concreto del diritto alla salute e di un'uguale possibilità di cura, deve promuovere un accesso equo, globale, finalizzato ad una risposta di immunizzazione che non conosce diseguglianze fra i paesi del mondo, poiché esso è stato investito da una pandemia che non ha confini geografici e nuove varianti possono diffondersi velocemente ovunque, pertanto è necessario far convergere gli strumenti di cui si dispone superando, nel contempo, il rischio che le procedure di immunizzazione e, più in generale, la tutela della salute divengano uno strumento di biopotere.

In questa sede non è possibile entrare nel merito delle problematiche connesse all'obbligo di vaccinazione anti Covid-19, per categorie o generalizzato, e delle posizioni assunte in senso contrario, nonostante sussista già la previsione, per alcuni vaccini, di obbligatorietà. Anche la previsione del *green pass* è stata accolta tra dubbi e polemiche.

Il DL 105/21, fra le diverse disposizioni, prevede, nell'art. 3, il possesso delle certificazioni verdi Covid-19 per svolgere determinate attività o accedere a determinati luoghi o eventi.

Inoltre, il decreto, che ha ottenuto la fiducia in Senato il 15 settembre scorso, ha esteso l'obbligo del possesso del *green pass* alle Scuole, alle Università e al personale operante nelle RSA, con alcune eccezioni come alunni e bambini o

soggetti che, per ragioni di salute, sono impossibilitati a sottoporsi alla vaccinazione. Esso, in sostanza, mira non solo a scongiurare focolai, ma a consentire la partecipazione alla vita sociale non solo ai ‘tesserati’ ma anche a quanti non possono accedere al vaccino per ragioni di salute o età, attraverso il controllo della diffusione del contagio.

Questo decreto può essere letto nell’ottica di realizzare un bilanciamento fra i vari diritti, interessi, costituzionalmente protetti. Bilanciamento che si fonda non solo sul principio della ragionevolezza, ma anche della solidarietà e della responsabilità. Secondo questa logica, dinanzi al pericolo per la salute collettiva, e non solo individuale, alcuni diritti possono essere limitati (ma non compressi).

Accese polemiche, come detto, sono state sollevate a seguito della previsione del *green pass*, in particolare quella di Agamben (2021b) che osserva che la finalità dell’introduzione della tessera verde da parte dei Governi non è la salute ma «un controllo minuzioso e incondizionato su qualsiasi movimento dei cittadini», ravvisando «un’ingiusta discriminazione ai danni di una classe di cittadini che, a seguito dell’introduzione del *green pass*, sono esclusi dalla normale vita sociale».

È stato sollevato, inoltre, il dubbio di incostituzionalità della stessa previsione nei confronti dell’art. 32 Cost. con la motivazione che essa, in realtà, sia un mezzo per attuare concretamente l’obbligo di sottoporsi a vaccinazione, esercitando una ‘poco mascherata’ pressione nei confronti di quanti sono ‘recalcitranti’, sebbene la stessa Costituzione non tuteli soltanto la salute del singolo ma anche quella della collettività e il divieto di imposizione di un determinato trattamento sanitario, stabilito dallo stesso articolo, va letto unitamente alla previsione contenuta nel secondo comma «se non per disposizione di legge».

Non è questa la sede per affrontare le diverse polemiche coinvolgenti i possibili effetti (nocivi) paventati del vaccino o la sua (discussa) efficacia e il mondo dei *no vax*, *no green pass*, vanta fra i suoi appartenenti non solo esponenti del mondo della cultura ma anche della medicina. Le polemiche che si sono aggiunte a quelle coinvolgenti le misure adottate dai diversi paesi per fronteggiare la pandemia, come l’uso della mascherina, il distanziamento e le limitazioni su alcune libertà, che hanno investito la previsione della somministrazione del vaccino per giungere all’immunizzazione globale e l’obbligo del *green pass* nelle condizioni

prima menzionate, non hanno riguardato soltanto i possibili profili di illegittimità e/o incostituzionalità dei provvedimenti (al proposito giova ricordare, però, che se con il Governo Conte questi sono stati attuati in particolare attraverso DPCM, con il Governo Draghi la previsione del *green pass* e delle limitazioni ad esso connesse, è stata stabilita attraverso un DL, quindi attraverso lo strumento normativo designato dalla Costituzione), ma hanno posto anche interrogativi che coinvolgono la biopolitica e il biopotere, essendovi nell'odierno frangente biopolitico uno stretto legame fra vita politica e vita biologica (che coinvolge la stessa economia), che esprime tanto la dimensione della *protezione* della vita quanto quella della sua *negazione*¹.

Tenendo conto delle riflessioni elaborate sulle misure volte a contenere l'emergenza, si può osservare come essa abbia reso necessaria l'immunizzazione della società attraverso forme di controllo. Nella cornice dello stato di emergenza, però, si è generato quel fenomeno di interconnessione fra politica e medicina, analizzato già minuziosamente da Foucault e che ha il suo fulcro nella sua definizione dell'ordinamento moderno come uno «stato medicale» (Cicchini, 2020)².

Secondo questa interpretazione, in questa gestione del rischio sanitario da parte della politica, la salute individuale e quella collettiva sono state poste al vertice, al punto che si è parlato di «indistinzione fra politica securitaria e politica sanitaria» (*Ibidem*).

Esposito (2008), seguendo una logica intrisa del principio di responsabilità, si sofferma sulla necessità di individuare quelle risorse che sorreggono una «biopolitica affermativa» opposta alle forme di «tanatopolitica» vissute nel mondo, proponendo, in particolare nelle zone povere, luogo di propagazione di malattie

¹ Le considerazioni di Esposito si leggono nell'intervista in AboutPharma, *Biopotere e biopolitica, immunizzare la società attraverso il controllo*, 3 agosto, 2020. Per riferimenti più accurati in tema di biopolitica e logica immunitaria anche alla luce delle categorie di *communitas* e *immunitas* si veda Esposito R. (2008). Termini della politica. Comunità, Immunità, Biopolitica, Milano-Udine: Mimesis. Di grande rilievo, poi, sono le sue considerazioni sul tema della biopolitica moderna in un'accezione che si fonda principalmente sul principio dell'*immunitas* espresse in *Immunitas. Protezione e negazione della vita* (Esposito, 2020).

² Accurate riflessioni sulla 'somatocrazia' come idea di «un regime per il quale una delle finalità dell'intervento statale è la cura del corpo, la salute fisica, la relazione tra la malattia e la salute» sono presenti in Foucault (1997, p. 205).

contagiose, una diminuzione radicale del costo dei farmaci o la realizzazione di nuove strutture ospedaliere.

Egli non nega l'esistenza di compenetrazioni di politica e medicina alle quali occorre frapporre un argine in particolare impedendo alla medicina, anche per motivi sanitari, di elevarsi a strumento di controllo sociale, fenomeno che era già stato paventato da Foucault. Per il filosofo napoletano, quindi, si deve evitare «sia di politicizzare la medicina sia di medicalizzare la politica» (*Ibidem*).

Del resto, gli effetti della 'politica medicalizzata', che ha radici nel passato, sono ben visibili. Dinanzi all'odierna emergenza pandemica, però, bisogna proteggere la salute al fine di raggiungere un'immunizzazione che non riguardi soltanto il versante sanitario ma anche sociale. Proposito che si intreccia nuovamente con il tema della biopolitica e del biopotere, in quanto coinvolgente «la capacità dello Stato di decidere della salute altrui e che si oppone al diritto di dare la morte» (*Ibidem*).

L'opportunità di fare riferimento all'obiettivo della necessità di immunizzazione comporta, nel contempo, l'importanza di individuare dei limiti per lo stesso (*Ibidem*).

Oltre alle riflessioni sui dispositivi che lo Stato può adottare, anche a fronte delle diverse conoscenze e risorse di cui si dispone rispetto al passato e dinanzi alla presa d'atto dell'importanza di andare verso una responsabilizzazione individuale che deve intersecarsi con quella dei Governi, sono necessarie anche riflessioni coinvolgenti le risposte individuali al virus, che non minaccia soltanto la vita biologica ma anche quella che si realizza insieme agli altri (Esposito, 2020a). L'obiettivo prioritario richiamato è quello di conservare la vita, poiché non può esservi alcuna socialità senza sopravvivenza.

Il virus ha inferto un duro colpo ai rapporti sociali, ma ciò non significa un richiamo alla «nuda vita». Il richiamo è invece alla necessità di fare quanto si deve per difendere la vita, dando, in questo modo, un pieno significato anche «all'altra vita: alla vita con gli altri, per gli altri, attraverso gli altri» (*Ibidem*). Del resto, l'esperienza del Covid ha insegnato che il distanziamento fisico e sociale si può coniugare con forme altissime di responsabilità e solidarietà, come quelle di volontari, medici, operatori sanitari e quanti, nell'operare nel rispetto delle

disposizioni, non hanno assecondato la paura o, peggio, ossessione del contagio, ma realizzato valori primari come il rispetto verso le persone più fragili.

Allo stesso modo va considerata l'opzione immunitaria che, pur non essendo esente da insidie per il corpo individuale e collettivo, costituisce una protezione per entrambi, sottraendoli alla morte (Esposito, 2020b). Nel contempo, gioca un ruolo di rilievo una corretta informazione che, senza entrare nel merito della pervasiva distorsione della realtà a seguito della diffusione di *fake news*, può orientare i soggetti nella valutazione dei costi e benefici della vaccinazione, poiché

una grande varietà di informazioni, talvolta, rende difficile orientarsi e, come osservato dalla virologa Ilaria Capua, in caso di emergenza, la diffusione di notizie infondate può generare forti ripercussioni sulla tenuta dell'ordine e minare la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni (Longo *et al.*, 2020, p. 383).

Bibliografia

- Agamben G. (1995). *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino: Einaudi.
- Id. (2020a). *Stato di eccezione*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Id. (2020b). L'invenzione di un'epidemia, in *Quodlibet*, 26/02/2020, consultato il 20/07/2021 (<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>).
- Id. (2020c). *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata: Quodlibet.
- Id. (2021a). La nuda vita e il vaccino, in *Quodlibet*, 16/04/2021, consultato il 10/08/2021 (<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-nuda-vita-e-il-vaccino>).
- Id. (2021b). Tesserina verde, in *Quodlibet*, 19/07/2021, consultato il 17/08/2021 (<https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-tesserina-verde>).
- Arienza A. (2020), *Salus populi suprema lex esto. La democrazia alla prova del virus*, in *Ragioni di Stato*, 31/03/2020 (<http://www.ragionidistato.it/2020/03/31/salus-populi-suprema-lex-esto-la-democrazia-alla-prova-del-virus/>).
- Campi A. (2020). *Nulla sarà come prima?*, in Id. (a cura di) (2020), *DOPO. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Soveria Mannelli: Rubbettino, pp. 11-24.
- Castellani L. (2020a). *Tra stato d'eccezione ed espansione tecnocratica: la crisi del Covid-19 e i possibili scenari*, in A. Campi (a cura di), *DOPO. Come la*

- pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Soveria Mannelli: Rubbettino, pp. 71-82.
- Id. (2020b). Tra stato d'eccezione ed espansione tecnocratica, *Rivista di politica: trimestrale di studi, analisi e commenti*, 2, pp. 35-40.
<https://doi.org/10.1400/279224>
- Cicchini E. (2020). Il medico della peste, in *Antinomie*, 24/02/2020
(<https://antinomie.it/index.php/2020/02/24/stato-di-emergenza-sanitaria-come-la-politica-dispone-delle-epidemie/>).
- de Tocqueville A. (1999) [1835-1840]. *La democrazia in America*, Milano: Rizzoli.
- De Vanna F. (2020). Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19, *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2.
- Esposito R. (2008). *Termini della politica. Comunità, Immunità, Biopolitica*, Milano-Udine: Mimesis.
- Id. (2020). Vitam instituere, in *European Journal of Psychoanalysis*, 26/03/2020
(<https://www.journal-psychoanalysis.eu/istituire-la-vita/>).
- Id. (2020). *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino: Einaudi.
- Foucault M. (1997). *Archivio Foucault 2. Interventi, colloqui, interviste, (1971-1977)*, Milano: Feltrinelli.
- Hobbes T. (2011) [1651]. *Leviatano*, Milano: BUR Rizzoli.
- Isoni A. (2020). *Kairós. Se l'eccezione è la regola*, in M. Longo, G. Preite, E. Bevilacqua e V. Lorubbio (a cura di), *Politica dell'emergenza*, Trento: Tangram, pp. 95-114.
- Longo M., Benvenga L., Zaterini M. J. (2020). *Informazione e disinformazione. Le emergenze tra nuovi e vecchie media*, in M. Longo, G. Preite, E. Bevilacqua e V. Lorubbio (a cura di), *Politica dell'emergenza*, Trento: Tangram, pp. 375-389.
- Longo M., Preite G., Bevilacqua E. e Lorubbio V. (2020) (a cura di). *Politica dell'emergenza*, Trento: Tangram.
- Maffettone S. (2020). *Il quarto shock. Come un virus ha cambiato il mondo*, Roma: LUISS University press.
- Maier C. S. (2018). *Leviatano 2.0. La costruzione dello Stato moderno*, Torino: Einaudi.
- Palano D. (2020). *La democrazia e il contagio globale* in A. Campi (a cura di), *DOPO. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Soveria Mannelli: Rubbettino, pp. 25-36.
- Petruciani S. (2003). *Modelli di filosofia politica*, Torino: Einaudi.

- Raffiotta E. C. (2020). Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus, *BioLaw Journal*, 1S, pp. 95-103. <https://doi.org/10.15168/2284-4503-20201S>.
- Romano S. (1909). *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in G. Zanobini (1950) (a cura di), *Scritti minori*. Milano: Giuffrè.
- Schmitt C. (1972) [1934]. *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del politico*, Bologna: Il Mulino, pp. 29-86.
- Simoncini R. (2008). Un concetto di diritto pubblico: lo “stato di eccezione” secondo Giorgio Agamben, *Diritto & Questioni pubbliche*, 8 (1), pp. 197-211.
- Zagrebelsky G. (2020). Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione, in *La Repubblica*, 28/07/2021, consultato il 29/09/2021 (https://www.repubblica.it/cronaca/2020/07/28/news/non_e_l_emergenza_che_mina_la_democrazia_il_pericolo_e_l_eccezione-301116607/).