

editoriale

problemi metodologici e legalità costituzionale nell'emergenza sanitaria

di Matteo Carrer

I costituzionalisti pusillanimi di Vittorio Emanuele III

La Storia riporta un giudizio severo di Vittorio Emanuele III nei confronti dei costituzionalisti: all'indomani del 25 luglio 1943 e dell'approvazione dell'ordine del giorno Grandi si era esplorata la possibilità di «arrivare a tradursi in un progetto di nuovo Governo in cui appunto il leader di quella maggioranza espressa dal Gran Consiglio avrebbe assunto la carica di ministro degli esteri, dandosi luogo, in tal modo, ad un tipico Ministero Mussolini-Grandi. [...] [Mussolini convocò] Santi Romano, presidente del Consiglio di Stato, per un parere; che venne dato nel senso [che] l'ordine del giorno Grandi andava considerato qualcosa come una "raccomandazione".» Già anni prima Romano e il re erano arrivati a scontro, in occasione di un parere sull'attribuzione del titolo di "primo maresciallo dell'Impero". «Vittorio Emanuele III non si tenne dal formulare un giudizio sul giudice: "i professori di diritto costituzionale" disse il Re "specialmente se pusillanimi, trovano sempre argomenti per giustificare le tesi più assurde: è il loro mestiere..."»¹.

Al di là dell'inquadramento storico e delle occasioni che hanno dato il pretesto all'allora Capo di Stato di una così dura valutazione, si potrebbe pensare ad una indebita generalizzazione (i logici antichi avrebbero parlato di fallacia di accidente converso) o a un problema personale tra l'illustre giurista e il monarca. Ebbene, sine ira et studio, può essere opportuno riflettere sul "mestiere" degli studiosi di diritto pubblico in generale e costituzionale in particolare, seguendo

¹ G. ARTIERI, *Cronaca del Regno d'Italia*, Mondadori, Milano, 1978, vol. II, p. 781.

in questo l'appunto di Vittorio Emanuele III e tralasciando possibili confusioni di ruoli tra studiosi, giudici, consiglieri del principe. Ciò significa domandarsi se davvero sia possibile al diritto costituzionale come scienza giustificare qualsiasi tesi, non solo la più assurda ma anche la più utile al potente di turno.

Ebbene, è evidente che nel diritto vi sia un contenuto prescrittivo: l'analisi di questo contenuto non è nient'altro che l'analisi del merito. Di questo si cercherà di parlare il meno possibile, in quanto hanno eccessivo rilievo elementi di valutazione esterni al diritto medesimo, come argomenterà. È proprio nella valutazione del merito che una norma (qualsiasi norma, appunto, si astrae dal caso riportato sopra e da quelli ricostruiti sotto) può essere valutata come pusillanime piuttosto che coraggiosa. O viceversa a seconda dei punti di vista, ovviamente.

Accanto al contenuto, l'analisi si può fermare su aspetti logici e metodologici. Ciò è particolarmente rilevante quando si parla del diritto che "fa funzionare" il diritto, cioè del diritto costituzionale. La Costituzione, fonti delle fonti, contempla anche norme che hanno contenuti dalle inevitabili implicazioni metodologiche. Ed è su questo aspetto che diventa opportuno interrogarsi, non fosse altro che per conservare l'indipendenza del diritto e della scienza giuridica. In caso contrario, colpirebbe nel segno il giudizio di cui sopra e le argomentazioni costituzionali si ridurrebbero a sofismi logici, davvero disponibili a giustificare o criticare qualsiasi tesi.

La separazione che si richiama – ben nota, in verità – corrisponde a separare la valutazione politica, anche nelle forme più alte di inquadramento politico, di opportunità costituzionale in senso ampio, di valutazione teleologica, dalla tecnica, che si esprime, in ultima analisi, nella logica e nella metodologia.

Il punto di partenza, ancora una volta, senza scomodare paralleli storici, è l'attività normativa della Repubblica in tempo di pandemia. Ogni periodo storico è unico solo a se stesso e come tale, dunque, va considerato.

Il metodo, in particolare, consente di evitare di far dipendere la valutazione dalla condivisione di presupposti o conseguenze. La logica, se si accetta la distinzione di aspetti indubbiamente correlati, permette al diritto di non tradursi, o ridursi, in arbitrio. Nel concetto di Stato di diritto non vi è soltanto l'accettazione da parte di chi detta le regole delle regole da lui medesimo dettate (il sovrano legibus solutus non è totalmente sciolto dal diritto che crea) bensì anche la tenuta complessiva delle scelte (si potrebbe dire, in sintesi, la rispondenza alle finalità stabilite dall'unico potere davvero libero nei fini, quello costituente). Al di fuori del quadro costituzionale, che non è semplicemente valoriale bensì logico e tecnico, il diritto si risolve in un ordine disordinato, in quanto ordine fatto valere con strumenti coercitivi. In altre parole, arbitrio.

Scelte normative pandemiche: il ruolo degli attori istituzionali e la primazia del Governo

L'intento, come detto, è separare il metodo e il merito. Il primo rileva, il secondo no. Non si vuole in nessun punto commentare le scelte degli organi costituzionali – come si vedrà, massimamente il Governo – in considerazione del fatto che le scelte di merito siano “giuste” o “non giuste” (o proporzionate, adeguate, effettive). Si tratta di una valutazione valoriale e politica che necessariamente deve appoggiare su presupposti non giuridici. A maggior ragione, devono essere rifiutati gli argomenti fondati sulla “necessarietà” dell'intervento, per ragioni terminologiche e logiche. Le ragioni terminologiche sono presto argomentate: la necessità è presupposto richiamato dalla Costituzione per l'intervento del Governo con lo strumento della decretazione d'urgenza. Dunque, dire che un intervento è necessario si risolve in una tautologia o, di nuovo, in una valutazione politica. Rispettivamente: tautologia poiché costituzionalmente è dettato in «casi straordinari di necessità e urgenza» (art. 77 Cost.); valutazione politica poiché è politicamente necessario secondo l'organo che lo pone in essere.

Ancora, valutare la congruità delle scelte potrebbe comportare un ragionamento fondato su problemi logici, in particolare cortocircuiti giuridici o su fallacie argomentative propriamente dette. Innanzitutto la fallacia del post hoc ergo propter hoc, che non permette di distinguere se un certo provvedimento ha avuto l'effetto che gli si attribuisce (problema molto comune in ambiti complessi, tra cui una pandemia) o alcuni avvenimenti si sono semplicemente verificati dopo la sua entrata in vigore (fuor di generalizzazione, l'abbassamento dei contagi per effetto naturale o per conseguenza di un provvedimento specifico); in secondo luogo la fallacia di falsa dicotomia, dove si pongono due alternative come fossero le uniche possibili e, considerata errata l'una, rimane solo l'altra². Quanto ai cortocircuiti giuridici, questi dipendono dalla possibilità che la definizione del problema sia rimessa non alla realtà oggettiva astrattamente intesa, bensì a una definizione giuridica della realtà medesima: da cui la possibilità che la realtà cambi cambiando il diritto. Opzione che rende vane le misurazioni e le quantificazioni eventualmente connesse³.

² Ad esempio, la mancanza di alternative tra due possibilità: vaccinazione e morte. In questo senso il Presidente del Consiglio: Draghi: “L'appello a non vaccinarsi è l'appello a morire. Senza protezione si deve chiudere tutto di nuovo”, in *Il Fatto quotidiano*, 22 luglio 2021; oppure la mancanza di alternative tra vaccinazione e (salute o) morte altrui. In questo senso il Presidente della Repubblica: *Redazione, Covid. Mattarella: non si invochi libertà per non vaccinarsi, a rischio la vita altrui*, in *Avvenire*, 6 settembre 2021: «Non si invochi la libertà per sottrarsi dalla vaccinazione, perché - scandisce severo Mattarella - quella invocazione equivale alla richiesta di licenza di mettere a rischio la salute altrui e in qualche caso di mettere in pericolo la vita altrui». Non si discute dell'efficacia di convincimento di queste esternazioni né dell'opportunità, si rileva soltanto il *metodo* comunicativo.

³ Due esempi: poiché la “zona gialla” è fissata all'occupazione percentuale dei posti letto: ALE. GEM., MAX. MEL., *La Lombardia aumenta i posti letto covid e allontana la zona gialla*, in *Milanotoday.it*, 7 dicembre 2021; *Covid, Toti: rivedere regole quarantena per evitare paralisi*, in *askanews.it*, 27 dicembre 2021. Nel secondo caso, il Governo ha modificato proprio le regole sulla quarantena il 29 dicembre 2021. È piuttosto evidente che il fatto medico-biologico non cambia: nel primo caso la situazione dei contagi, nel secondo l'infettività clinica dei

Dunque, nessun intervento può giustificarsi complessivamente e definitivamente con la necessarietà, se non si vuole cadere nelle contraddizioni di cui sopra e se non si vuole far transitare la necessarietà da presupposto a giustificazione.

Per usare delle categorie care alla dottrina costituzionalistica, l'apparire della patologia legata al Covid-19 ha coinvolto l'intera forma di Stato e l'intera forma di governo italiana. La risposta delle istituzioni al fatto di una nuova malattia è stata la produzione di nuove norme. Non è inadeguato, pertanto, analizzare la questione dal punto di vista privilegiato dell'ordinamento: nella comunicazione (anche ufficiale), nella vita di ciascuno si è parlato degli "effetti della pandemia", spesso senza distinguere tra gli effetti naturali in senso stretto (e, dunque, riferibili all'ambito biologico, medico eccetera) e agli effetti dovuti propriamente alla gestione della pandemia, cioè alla lettura, all'inquadramento e alla risposta in senso esclusivamente giuridico. I due aspetti sono diventati sostanzialmente indistinguibili ancora prima dell'emergere della malattia in quanto tale come problema sociale e sanitario, poiché era stato dichiarato lo stato d'emergenza dal Consiglio dei Ministri.

Nella gestione della pandemia, dunque, ha avuto un ruolo cruciale il diritto e, all'interno di questo, delle fonti volute dal Governo. L'esecutivo, guidato da Giuseppe Conte prima e da Mario Draghi poi, è stato il principale attore della produzione normativa, di quel diritto che ha normato il fatto⁴. L'elenco dei provvedimenti governativi è notevolissimo⁵ e va integrato con

contagiati, tuttavia è pur vero che il fatto cambia, poiché cambiano e si modificano le conseguenze e gli effetti proprio cambiando le regole che li governano.

⁴ La versione online della Gazzetta Ufficiale ha una sezione dedicata alla "Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" che comprende, alla data in cui si scrive (31.12.2021), un anno e undici mesi dopo la dichiarazione dell'emergenza, 487 atti.

⁵ D.l. 24 dicembre 2021, n. 182; D.l. 26 novembre 2021, n. 172; Dpcm 12 ottobre 2021; Dpcm 12 ottobre 2021; D.l. 21 settembre 2021, n. 127; D.l. 6 agosto 2021, n. 111; D.l. 23 luglio 2021, n. 105; D.l. 25 maggio 2021, n. 73; D.l. 22 aprile 2021, n. 52; Delibera del Consiglio dei Ministri 21 aprile 2021; D.l. 1 aprile 2021, n. 44; D.l. 22 marzo 2021, n. 41; D.l. 13 marzo 2021, n. 31; D.l. 13 marzo 2021, n. 30; Dpcm 2 marzo 2021; D.l. 14 gennaio 2021, n. 2; Delibera del Consiglio dei Ministri 13 gennaio 2021; D.l. 18 dicembre 2020, n. 172; D.l. 28 ottobre 2020, n. 137; D.l. 7 ottobre 2020, n. 125; D.l. 14 agosto 2020, n. 104; D.l. 30 luglio 2020, n. 83; Delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020; Dpcm 23 luglio 2020; D.l. 19 maggio 2020, n. 34; D.l. 16 maggio 2020, n. 33; Dpcm 12 maggio 2020; D.l. 10 maggio 2020, n. 30; D.l. 30 aprile 2020, n. 28; Dpcm 10 aprile 2020; D.l. 8 aprile 2020, n. 23; D.l. 8 aprile 2020, n. 22; D.l. 25 marzo 2020, n. 19; D.l. 17 marzo 2020 n. 18 "Decreto CuraItalia"; Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020; Ordinanza del Ministro della salute 30 gennaio 2020; mentre risultano "non in vigore" (ma gli effetti giuridici sono comunque stati fatti salvi nella maggioranza dei casi) D.l. 10 settembre 2021, n. 122; D.l. 18 maggio 2021, n. 65; D.l. 23 febbraio 2021, n. 15; D.l. 12 febbraio 2021, n. 12; Dpcm 14 gennaio 2021; D.l. 5 gennaio 2021, n. 1; Dpcm 3 dicembre 2020; D.l. 2 dicembre 2020, n. 158; D.l. 30 novembre 2020, n. 157; D.l. 23 novembre 2020, n. 154; D.l. 9 novembre 2020, n. 149; Dpcm 3 novembre 2020; Dpcm 24 ottobre 2020; D.l. 20 ottobre 2020, n. 129; Dpcm 18 ottobre 2020; Dpcm 13 ottobre 2020; D.l. 11 settembre 2020, n. 117; D.l. 8 settembre 2020, n. 111; Dpcm 7 settembre 2020; D.l. 14 agosto 2020, n. 103; Dpcm 7 agosto 2020; Dpcm 14 luglio 2020; D.l. 16 giugno 2020, n. 52; Dpcm 11 giugno 2020; Dpcm 17 maggio 2020; D.l. 10 maggio 2020, n. 29; Dpcm 26 aprile 2020; Dpcm 10 aprile 2020; Dpcm 1 aprile 2020; Dpcm 22 marzo 2020; Dpcm 11 marzo 2020; Dpcm 9 marzo 2020; D.l. 9 marzo 2020, n. 14; Dpcm 8 marzo 2020; D.l. 8 marzo 2020, n. 11; Dpcm 4 marzo 2020; D.l. 2 marzo 2020, n. 9; Dpcm 1 marzo 2020; D.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

atti di valore inferiore rispetto alla legge⁶. Nonché va integrato con una forma di comunicazione istituzionale di quantità e intensità forse mai conosciuta nella Repubblica. A lato di tutto ciò, non vi è dubbio che siano state coinvolte anche le Regioni⁷ e altri organi dello Stato, il Parlamento e il Presidente della Repubblica in primis.

Una rassegna delle iniziative sarebbe fuori scala rispetto alle presenti riflessioni, ma restano fondamentali due scelte, consecutive più che autenticamente alternative: il confinamento (o lockdown) nel 2020, la campagna vaccinale nel 2021. Su questi temi si sono spese le maggiori energie istituzionali, normative e comunicative al tempo stesso. Non si tratta, come detto, di valutare se siano state scelte necessarie o meno, proporzionate o meno, efficaci o meno.

Piuttosto, interessa il metodo, che ha visto (e vede, al momento in cui si scrive) il Governo impegnato a fare delle scelte, al tempo stesso comunicative e normative, spalleggiato dal Presidente della Repubblica quanto al piano comunicativo e affiancato dalle Regioni, di nuovo sotto il profilo comunicativo ed applicativo.

Ecco, dunque, che al diritto costituzionale spettano delle domande che si possono formulare come segue.

Davvero il diritto⁸ alla salute è superiore a qualsiasi altro diritto? In caso affermativo, quale interpretazione del diritto alla salute è da preferirsi (inteso come mera sopravvivenza fisica, come ottimale stato psico-fisico ecc.)? È il Governo a decidere dell'interpretazione da darsi al diritto alla salute (rispetto al legislatore ma anche rispetto all'autonomia individuale)?

Le misure stabilite dall'ordinamento possono legittimamente includere la capillare regolazione di ogni aspetto della vita quotidiana dei consociati, fino a includere scelte personali o intime?⁹

È compatibile con la Costituzione che un ampio ventaglio di diritti garantiti¹⁰ vengano limitati da provvedimenti emergenziali? In caso affermativo, a tempo illimitato?

⁶ L'elenco alla nota che precede non comprende le ordinanze del Ministero della Salute; le ordinanze di Protezione civile; le ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19; le circolari del Ministero dell'Interno, presentate sul sito www.governo.it/node/14343.

⁷ Anche se è evidente che la produzione normativa primaria delle Regioni legata a cause pandemiche non è nemmeno lontanamente paragonabile a quella statale.

⁸ Ci si potrebbe persino domandare se si tratta ancora di diritto o non sia da leggere come dovere.

⁹ Ad esempio (ma nella normativa pandemica gli esempi abbondano) stabilendo di quanti metri allontanarsi dalla propria abitazione, o a chi fare visita, o legare ad un trattamento sanitario l'accesso a luoghi o servizi (piuttosto al concreto esplicitarsi di diritti costituzionalmente garantiti).

¹⁰ Ecco due esempi tratti da “voci dal sen fuggite”, cui è forse difficile collegare conseguenze giuridiche stringenti ma che sono proprio per questo significative dell'attitudine dell'Esecutivo decisore: nella conferenza stampa del 26 aprile 2020 il Presidente Conte ha presentato una serie di misure con “consentiamo” e “non consentiamo” (il soggetto plurale – inespresso ma chiaro all'ascolto – è indiscutibilmente “noi, il Governo”); nella conferenza stampa del 25 novembre 2021 il Presidente Draghi ha espresso «l'auspicio che i non vaccinati “possano tornare a essere parte della società con tutti noi”» (REDAZIONE, *Draghi: “Evitiamo rischi, con il super green pass possiamo salvare il Natale”*, in ansa.it, 25 novembre 2021). In entrambi i casi – sempre in modo oggettivo, che non

È compatibile con la libertà di determinare le proprie convinzioni una comunicazione istituzionale dalle dimensioni quantitative sperimentate durante l'emergenza pandemica? In caso affermativo, quali sono i limiti da fissare per la regolazione e il finanziamento¹¹ dell'editoria pro-istituzioni?

L'obbligo vaccinale e le politiche del rinvio, della gradualità e della spallata. Domande aperte.

Fondamento delle misure del Governo è lo stato di emergenza nazionale, previsto dall'art. 24 del d.lgs. 1/2018, che, al momento in cui si scrive, non si regge più su quella norma bensì sull'art. 1, co. 1 del d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, formulato come segue: «in considerazione del rischio sanitario connesso al protrarsi della diffusione degli agenti virali da COVID-19, lo stato di emergenza dichiarato con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 è ulteriormente prorogato fino al 31 marzo 2022».

Una disposizione non esente da criticabilità, in quanto: prolunga un singolo stato di emergenza oltre la base giuridica su cui si fondava; aggira il limite di 12 più 12 mesi previsto dall'art. 24, co. 3 d.lgs. 1/2018; modifica attraverso una norma di necessità e urgenza la durata di una dichiarazione di emergenza, peraltro senza modificare esplicitamente la norma su cui la dichiarazione si basa.

Al diritto costituzionale spetta rispondere alle seguenti domande: può il Governo, rispettando la lettera e lo spirito della Costituzione, con atto di necessità e urgenza prorogare dopo un anno e undici mesi lo stato di emergenza nazionale? Dopo due anni un'emergenza (nel significato basilare di circostanza imprevista) è ancora un'emergenza?

Può la determinazione dello stato di emergenza spettare nella sua configurazione sostanziale (di termini, efficacia) a chi ne fa utilizzo?

Può il Governo dettare con decretazione d'urgenza le regole emergenziali che, successivamente convertite in legge dal Parlamento, servono al Governo medesimo per proseguire nella gestione emergenziale?

Ancora. Il Governo si è mosso, se si accetta la terminologia, secondo tre modalità d'azione che si definiscono qui politica del rinvio, della gradualità e della spallata. Apparentemente sono contraddittorie l'una con l'altra, ma solo se si considerano i tre aspetti come momenti separati, che concretamente non sono.

discute dell'opportunità – vi è la consapevolezza (anzi presupposto) da parte di chi parla di un'avvenuta compressione dei diritti, per tutti nel primo caso, per una specifica categoria nell'altro.

¹¹ www.mise.gov.it: *Rifinanziato fondo con 20 milioni di euro per radio e tv locali*, 10 Settembre 2021. «firmato il decreto che destina ulteriori 20 milioni di euro in favore delle emittenti radiotelevisive locali che si impegnano a trasmettere messaggi di comunicazione istituzionale, con l'obiettivo di informare i cittadini e le imprese sulle misure introdotte per fronteggiare l'emergenza Covid e rilanciare l'economia del Paese». In generale sul tema, S. CANNAVÒ, *Il finanziamento pubblico all'editoria è raddoppiato*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 dicembre 2021.

1- La politica del rinvio ha comportato il progressivo differimento di scadenze e tempi. La normativa pandemica è piena di termini rinviati, prassi già nota alla normativa repubblicana in generale (basti pensare ai tanti “Milleproroghe”), ma qui estesa fino alla minuta regolamentazione della vita dei consociati e al godimento (se si preferisce, al bilanciamento) di diritti costituzionalmente garantiti. Ne è esempio lo stato di emergenza nazionale rapidamente descritto sopra¹². Ne è ulteriore esempio il termine del lockdown nella primavera del 2020¹³.

Di nuovo, al diritto costituzionale spetta rispondere ad alcune domande a tal proposito: può il Governo forgiare nuovi comportamenti sociali da applicarsi da parte di tutta la popolazione? In caso affermativo, con quali limiti di estensione e per quanto tempo? Quali sono i limiti costituzionali che incontra un Esecutivo che si ponga a guida della società (in altri termini più espliciti, quale è il contenuto e quali sono i limiti del “paternalismo di Stato”)?

È lecito per il Governo fissare delle scadenze a provvedimenti limitativi, restrittivi o di obbligo sapendo (o anche solo ipotizzando) che la scadenza fissata non si sarebbe dimostrata congrua (in altri termini, porre una scadenza vicina al preciso scopo di non scontentare o spaventare l’opinione pubblica, salvo procrastinare i termini man mano)?

2- La politica della gradualità consiste nell’introdurre le misure ritenute necessarie un po’ per volta oppure – ma è lo stesso – svuotando progressivamente le condizioni poste dalle norme stesse per accedere a un determinato servizio o godere di un determinato diritto. Ne è esempio perfetto l’obbligo vaccinale e il cd. green pass. L’obbligo vaccinale è stato applicato alle professioni sanitarie (d.l. 44/2021), poi ai comparti difesa, sicurezza, al settore scolastico e al soccorso pubblico (d.l. 172/2021), e, al momento in cui si scrive, si parla insistentemente di un’ulteriore estensione.

Il green pass – con non poche semplificazioni – nasce per il trasferimento oltre i confini di Stato (regolamento UE 953/2021); viene poi usato per l’accesso a taluni esercizi e servizi (d.l. 105/2021), ne viene esteso l’utilizzo prima per l’accesso ai luoghi di lavoro nella Pubblica Amministrazione (d.l. 111/2021), poi per tutti i lavoratori (d.l. 127/2021). Diventa poi rafforzato (cd. super green pass), impossibile da ottenere con tampone rapido, dapprima per accedere alla ristorazione e a taluni servizi (d.l. 172/2021), poi per i trasporti e una serie ulteriore di attività (Consiglio dei Ministri del 29 dicembre, applicazione dal 10 gennaio 2021) e, al momento in cui si scrive, si parla insistentemente di un’ulteriore estensione.

¹² Continuamente “spostato in là”: v. delibere del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, del 29 luglio 2020, del 7 ottobre 2020, del 13 gennaio 2021 e del 21 aprile 2021. Poi prorogato dapprima con l’art. 1, co. 1 d.l. 23 luglio 2021, n. 105 e infine (almeno al momento in cui si scrive e sia lecito dubitare che si tratti di autentico termine finale) dal d.l. 24 dicembre 2021, n. 221.

¹³ Fissato in due settimane per le prime limitate “zone rosse”, poi previsto come fine per il 3 aprile, poi il 13, poi il 3 maggio, cui non segue termine generale bensì la “fase 2” e poi la “fase 3”, salve poi le nuove chiusure estive e così via.

È del tutto evidente che le due misure brevemente descritte siano complementari e siano volte, appunto, a limitare un po' per volta le libertà di chi non si è vaccinato rispetto a chi lo ha fatto.

Può l'ordinamento introdurre un obbligo vaccinale indiretto tramite l'utilizzo di un strumento giuridico creato per fini diversi e piegato ad hoc alle esigenze della nudge theory (o se si preferisce la declinazione informale del concetto, del "bastone e carota")?

Può l'ordinamento condizionare l'esercizio di fatto del diritto al lavoro, fondamento costituzionale (artt. 1 e 4 Cost.) a un trattamento sanitario? È opportuno che tale condizionamento derivi dalla decretazione d'urgenza?

Può il Governo creare consenso e combattere il dissenso attraverso un'opera costante e ripetuta di propaganda comunicativa combinata ad una azione di stretta progressiva?

Può l'ordinamento, senza debordare dalle garanzie formali e sostanziali del disegno costituzionale e dunque cadere nell'arbitrio, modificare di continuo le norme attraverso la decretazione d'urgenza?

3- La politica "della spallata" consiste nell'introdurre le misure ritenute necessarie con provvedimenti che vanno a creare una sorta di "fatto compiuto" giuridico, per far accettare all'opinione pubblica e all'ordinamento allo stesso tempo il provvedimento. E, in linea teorica, per farle accettare anche al potere giudiziario e alla Corte costituzionale, facendo pesare su una eventuale pronuncia che vada a contraddire la decisione governativa (nella pluralità di forme giuridiche che l'ordinamento conosce, intervenendo sull'atto o sugli effetti, sulla legge o sul provvedimento, sull'interpretazione piuttosto che sulla statuizione di diritto e così via) la responsabilità di essere il proverbiale "granello di sabbia" che blocca il meccanismo. Porre, dunque, un "fatto politico compiuto" al cospetto degli altri poteri dello Stato.

Di nuovo, sono perfetti esempi il lockdown 2020 e la campagna vaccinale del 2021. Sia consentita una rapida esemplificazione. Al confinamento nelle abitazioni ha fatto seguito il sistema delle Regioni "a colori" e il coprifuoco. Rispetto al non poter uscire di casa, la sola limitazione nelle ore serali era apparsa come minor cosa; così come la differenziazione delle restrizioni a seconda dei colori. Presupposti psicologici chiarissimi, dei quali come sempre si può dibattere la necessità o l'opportunità, ma che non spostano nulla sul piano della severità dei provvedimenti o della restrizione dei diritti. Ancor più evidente il meccanismo dell'estensione della campagna vaccinale e del relativo obbligo attraverso provvedimenti normativi che si sono succeduti a ritmo sempre più ravvicinato nell'autunno del 2021¹⁴.

¹⁴ Va osservato che le modalità di introduzione dei vari passaggi del green pass, del super green pass e dell'obbligo vaccinale sono state particolarmente rapsodiche (*absit iniuria verbis*), in ogni caso in totale assenza di preventivo dibattito parlamentare e variamente presentate sulla stampa (unica fonte di informazione dell'intero processo decisionale, ma non lontana dalla linea politica governativa, come si è ricordato e come si vede nella nota che segue) letteralmente con aggiornamento all'ultimo minuto nelle giornate di riunioni governative, come

Plastica esemplificazione di questa politica sono le norme di necessità e urgenza ad efficacia differita: si vogliono così chiamare tutte quelle norme emanate immediatamente ma che lasciano un tempo per l'adeguamento (es. 1 settembre per il d.l. 6 agosto, n. 111; 15 dicembre per il d.l. del 26 novembre n. 172). Di fatto, dei decreti-legge dall'efficacia riaccelerata. Norme che giungono subito in quanto urgenti e al tempo stesso posticipano gli effetti in quanto non immediate sembrerebbero contraddittorie, a meno di ipotizzare (ipotesi non priva di spunti problematici) che l'obiettivo sia saltare il dibattito parlamentare, porlo a margine mentre già la norma esiste.

Al diritto costituzionale spettano alcune domande formulabili come segue.

La decretazione d'urgenza consente senza difficoltà modulazioni temporali volte a posticipare misure asseritamente urgenti? Questo come incide sui rapporti Parlamento-Governo?

Spetta al Governo un ruolo di autentica formazione ed educazione dell'opinione pubblica? Nel caso di eventuale risposta affermativa, con quali limiti alla moderna propaganda di Stato?¹⁵

In tutto questo ragionamento, che ha riguardato esplicitamente il Governo, restano sullo sfondo alcuni interrogativi generali di rilevante importanza, che si aggiungono.

È lecito al Governo sostituirsi di fatto al Parlamento nella discussione e nell'adozione di misure che incidono così estesamente e minutamente sulla vita dei consociati?

È costituzionalmente opportuno che il Governo guidato da Mario Draghi abbia posto dal 13 febbraio al 31 dicembre 2021 35 voti di fiducia¹⁶ al Parlamento?

È opportuno che il Presidente della Repubblica operi da cassa di risonanza comunicativa delle iniziative governative?

È opportuno che il Governo comunichi le decisioni già prese in conferenze stampa o comunicazioni con il pubblico con frequenza talmente ripetuta da saltare l'intermediazione politica parlamentare¹⁷?

“necessarie secondo gli esperti” oppure “richieste dalle Regioni”. Va osservato che tempi e modi delle modalità di introduzione sono pienamente compatibili con quanto metodologicamente dichiarato dal Presidente del Consiglio (cfr. quanto citato nelle note 10 – far tornare i non vaccinati nella società – e 17 – avvisare i cittadini delle modifiche normative compatibilmente con i tempi dell'evoluzione della pandemia): ma è proprio sul metodo che si discute.

¹⁵ L'art. 8 del d.l. 172/2021, ad esempio, rappresenta un perfetto esempio di moderna propaganda: «Al fine di promuovere un più elevato livello di copertura vaccinale, il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri elabora un piano per garantire i più ampi spazi sui mezzi di comunicazione di massa per campagne di informazione, formazione e sensibilizzazione sulla vaccinazione anti SARS-CoV-2.»

¹⁶ Per tutti, V. FORGNONE, *Manovra e decreti legge, 35 voti di fiducia in 11 mesi: il governo Draghi batte il record di Monti*, in *La Repubblica*, 29 dicembre 2021; L. CESARETTI, *Sì alla 35esima fiducia. Il primato di Draghi (che ora irrita i partiti)*, in *Il Giornale*, 30 dicembre 2021.

¹⁷ Il Presidente Conte era stato criticato (come ovvio, dall'opposizione) per la prassi di comunicare provvedimenti e decisioni adottati nel corso di conferenze stampa o comunicazioni tramite social e solo successivamente, anche a distanza di giorni, riferire al Parlamento sui medesimi provvedimenti. Il tema delle comunicazioni con l'opinione pubblica, tuttavia, è più radicato di quanto appaia: secondo le dichiarazioni del

Prospettive costituzionali delle situazioni emergenziali

Le domande sopra poste sono state tutte formulate in modo da avere un'unica risposta, che, limitatamente all'opinione personale di chi scrive, è negativa in tutti i casi.

Poiché si tratta di argomenti grandemente discutibili, che richiedono ampia argomentazione al di fuori dei limiti che ci si è imposti qui, al netto della risposta, si crede che valgano le domande. Le quali riguardano la metodologia del diritto costituzionale e l'indipendenza di questo dalle istanze della politica e soprattutto dalle scelte governative.

Ognuna delle questioni sollevate meriterebbe approfondimento, certo non per giustificare “qualsiasi tesi” e tantomeno “le più assurde”, come nell'esempio storico in apertura. Piuttosto, ognuna di quelle questioni chiede di mettere in discussione il rispetto della legalità costituzionale. Rispondere di no anche ad una sola di esse significa notare un problema nell'operato del Governo o nel funzionamento dell'ordinamento giuridico che non può essere derubricato a mero problema di interpretazione o a momento di sfasatura. Significa notare uno scuotimento (o – addirittura – una modifica) delle regole fissate dalla Costituzione, che hanno indubbiamente un risvolto valoriale, ma sottratto alla politica partitica e alla politica (anche normativa) del Governo. Ed è proprio dalle regole costituzionali che il diritto pubblico prende le mosse.

Da ciò discende che, per usare una metafora, se improvvisamente ci si accorge di partire da punti di partenza diversi, non solo saranno diversi i punti di arrivo, ma sarà imparagonabile il viaggio. Fuori di immagine: partendo da una Costituzione diversa si avrà una democrazia diversa. Migliore o peggiore, coraggiosa o pusillanime (direbbe Vittorio Emanuele III) non conta: diversa, ed è già tutto.

Dopo due anni di risposta giuridica alla pandemia è tempo di chiedersi esplicitamente se l'ordinamento costituzionale italiano è cambiato e, ove si consideri che ciò è avvenuto, domandarsi con quale estensione e con quali caratteristiche. Non per accontentare il potente di turno, non per rabbonire o eccitare l'opinione pubblica, non per sostenere tesi valoriali, ma perché questa è la tecnica del diritto costituzionale, il contributo che la scienza può dare alla realtà.

In ultimo, il tema delle transizioni costituzionali preme sotto le apparenze dell'emergenza e dell'eccezione e, senza evocare sconvolgimenti da coup d'état, se si è giunti a notare modifiche già avvenute o si ipotizzano futuri scenari di modifiche costituzionali, è opportuno guardare alle prospettive future.

Presidente Draghi (comunicazioni al Senato sulle dichiarazioni programmatiche del Governo, 17 febbraio 2021, www.governo.it) «Ci impegniamo a informare i cittadini con sufficiente anticipo, per quanto compatibile con la rapida evoluzione della pandemia, di ogni cambiamento nelle regole» (corsivo aggiunto).

È pur vero che prima di pensare ad altre emergenze è necessario terminare quella in cui ci si trova. Tuttavia, poiché secondo alcuni – tra cui la presidentessa della Commissione europea¹⁸ – ci attende l’“età delle pandemie” è metodologicamente fondato, al netto di ogni valutazione di merito, arrivare giuridicamente preparati alla prossima emergenza.

Poiché si sono attivati meccanismi e procedure forti e dalle notevoli implicazioni, come quelle sopra delineate, se al primo funzionamento essi sono stati una sorpresa e una novità, è già nei fatti che nel perdurare della situazione emergenziale iniziano ad emergere degli schemi di comportamento, i quali diventano immediatamente meccanismi noti e, dunque, opportunità da sfruttare politicamente e giuridicamente (cui bisogna aggiungere, con prudenza ma con realismo: militarmente e geopoliticamente). Si è creato un precedente e non si può, dunque, evitare di pensare a come questo precedente possa essere a sua volta piegato ad ulteriori valutazioni. I pericoli insiti nella deviazione e nel controllo dei meccanismi democratici sono ben noti in dottrina: non appartengano solo a speculazioni teoriche o a ricordi di periodi storici.

¹⁸ REDAZIONE, Von der Leyen, “l’Europa si prepari all’era delle pandemie”, in *Ansa.it*, 28 febbraio 2021.