

L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione

Andrea Venanzoni**

(26 marzo 2020)

In memoria del Prof. Carlo Urbani

La sensazione più precisa e più acuta, per chi vive in questo momento, è di non sapere dove ogni giorno sta mettendo i piedi. Il terreno è friabile, le linee si sdoppiano, i tessuti si sfilacciano, le prospettive oscillano. Allora si avverte con maggiore evidenza che ci si trova nell'innominabile attuale

R. Calasso, L'innominabile attuale, Milano, Adelphi, 2017, p. 13

Sommario: 1. Covid-19 e provvedimenti del Governo: una analisi critica. – 2. Il virus come stato di eccezione. – 3. Una problematica e provvisoria conclusione.

1. Covid-19 e provvedimenti del Governo: una analisi critica

La sempre più estesa e drammaticamente eccezionale diffusione del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) che ha aggredito l'Italia, dapprima con alcuni limitati focolai coincidenti con Comuni lombardi e veneti, e successivamente accelerando e aumentando esponenzialmente la mole dei contagi in altre aree geografiche non più solo limitate al settentrione d'Italia, ha imposto misure, da parte del Governo, sempre più draconiane.

Dette misure tra loro cospiranti costituiscono un *framework* normativo complesso e di non sempre facilissima e agevole lettura¹.

Da questo tortuoso e per certi versi escheriano labirinto normativo, emergono alcuni punti che appare di interesse rilevare.

¹ La sequenza è *grasso modo* questa: d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; - d.p.c.m. 23 febbraio 2020, recante “Disposizioni attuative del decreto- legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; - d.p.c.m. 25 febbraio 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; - d.p.c.m. 1 marzo 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; - d.l. 2 marzo 2020, n. 9, recante “Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”; - d.p.c.m. 4 marzo 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”; - d.l. 8 marzo 2020, n. 11, recante “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”; - d.p.c.m. 8 marzo 2020, recante “Ulteriori misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale”; - d.p.c.m. 9 marzo 2020, recante “Nuove misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale – decreto-legge 8 Marzo 2020, n. 11, recante Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziari, decreto-legge 9 Marzo 2020, n. 14, recante Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19., decreto-legge 17 Marzo 2020, n. 18, Cura Italia, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Si è ritenuto di dover precisare *grasso modo* perché alla sequenza non sono state annesse anche le ordinanze e le direttive dei singoli Ministeri, tra i più coinvolti per ovvie ragioni Ministero dell'Interno, Ministero Infrastrutture e Trasporti, Funzione Pubblica, a tacere poi delle molteplici ordinanze regionali su cui comunque si avrà modo di esperire alcuni rilievi.

Per una ricostruzione di insieme della complessa e opaca sequenza, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti del Governo*, in *Federalismi.it*, Paper Osservatorio Covid-19, 18 Marzo 2020, pp 3 e ss.

In primo luogo, la incidenza diretta, per fini di salute pubblica², sulle libertà fondamentali è rimessa alla specificazione di atti amministrativi quali sono i DPCM, sia pure coperti da decreti-legge i quali, in realtà e nel caso di specie, appaiono piuttosto evanescenti nel perimetrare in maniera capillare e precisa la concreta attuazione delle disposizioni più impattanti e limitative.

Il che, va detto, suscita più di una perplessità, considerando che la incisione delle libertà fondamentali, nel caso di specie quella di circolazione e soggiorno³, ma anche quella di riunione e da ultimo ormai anche la libertà individuale, è presidiata, tra gli altri, anche dal principio di riserva di legge⁴: non sembra cioè

² Si veda V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 591.

³ C. BUZZACCHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in *lacostituzione.info*, 2 marzo 2020.

A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 10 Marzo 2020, specie pp. 3 e ss per la ricostruzione della incidenza della sequenza normativa sulla libertà di circolazione.

In tema di libertà e sicurezza, e pertanto di limitazione della prima, e per i legittimi limiti inerenti la sicurezza e il suo rapporto con i diritti fondamentali, segnatamente ii riferimenti di cui agli artt. 13, commi 2 e 3, 14, commi 2 e 3, 25, comma 3, 16, 17, comma 3, 41 Cost., si veda M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, ESI, 2012, p. 23.

⁴ Il punto è da sempre al centro della riflessione costituzionalistica con riguardo alla emergenzialità che dovrebbe connotare il *proprium* ontologico della situazione da normare ricorrendo alla decretazione d'urgenza, alla luce della *relatio* tra art. 77 Cost. e art. 70 Cost. che riserva collettivamente alle Camere l'esercizio della funzione legislativa, sul punto ampiamente, A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, Cedam, I, 1997, pp. 116 e ss. Si veda inoltre G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 41 e ss. per la ricostruzione della riserva di legge nella giurisprudenza costituzionale e per la perimetrazione definitoria ad opera di questa.

A fortiori, vien da dire, se qui ragioniamo non più di decretazione d'urgenza ma di decretazione d'urgenza funzionalmente interrelata a DPCM dispositivi di libertà costituzionali. Mentre quindi nel caso del decreto-legge è possibile comunque, teoreticamente, parlare di un concorso necessario tra il decreto-legge e la legge di conversione, riconducendo nello spazio di una tendenziale non eccezionalità della decretazione d'urgenza, e in questo senso, F. SORRENTINO, *La Corte Costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e società*, 1974, p. 507, G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, Cedam, 1989, pp. 119 e ss. Si dovrebbe ammettere una sorta di fattispecie trilatera per cui il

che in forza di una lettura puramente formalistica si possa ritenere che un decreto-legge, qualunque decreto-legge, anche una enunciazione compilativa di principi più che di indicazioni puntuali e pragmatiche, possa dare adeguata copertura a un atto amministrativo di parte governativa che finisca per limitare la libertà di circolazione e di soggiorno e le altre libertà citate.

Non mi sembra cioè, stante la gravità della situazione e la rilevanza delle libertà in oggetto, che la forza dell'inciso di cui all'articolo 16 Cost. *salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza* possa essere sdilinquiata al punto di ritenere che la sequenza procedurale legittimante decreto-legge/DPCM possa mandare esente da uno scrutinio del contenuto esteso ed effettivo del d.l. stesso.

Ancora più radicale e preoccupante la considerazione se riferita alle altre libertà di cui all'articolo 17 Cost. e a quella dell'articolo 13 Cost⁵.

Giova per altro rammentare come l'articolo 1 del d.l. 6/2020 contenga un inciso secondo cui le *autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*, continuando poi con una elencazione esemplificativa in cui l'utilizzo del verbo, *possono*, lascia ben intendere trattarsi di facoltizzazione, demandando poi nel caso concreto, alle autorità politiche e amministrative locali, dal livello regionale a quello comunale, la decisione di ultima istanza⁶.

concorso necessario in questo caso finirebbe per inglobare anche il DPCM stesso, se non che devesi precisare che il punto di caduta è la analitica definizione di dettaglio della disciplina, e quindi della incisione delle libertà fondamentali, incise non dal decreto-legge, che sarà poi, auspicabilmente, convertito, ma dal DPCM stesso e addirittura dai provvedimenti delle competenti autorità.

⁵ Sul lungo periodo per altro vi sarà da prendere in considerazione la libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost. che risulta parimenti e gravemente incisa dalle ripetute chiusure di imprese, esercizi commerciali, e della intera filiera produttiva.

⁶ Per la criticità del riferimento contenuto nel d.l. 6/2020 alle generiche autorità competenti, le quali sono chiamate a incidere sulle libertà costituzionali, si veda V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 593. Si evoca pertanto uno Stato di prevenzione come forma di controllo e di potere che mira alla limitazione *ex ante* mediante un giudizio prognostico di matrice scientifica, il quale finisce inevitabilmente per

Stesso rimando, in bianco, all'articolo 2 del citato decreto-legge.

E l'articolo 3, dal quale appunto discendono le misure concrete di contenimento attuate e adottate a livello governativo sono demandate, genericamente, allo strumento del DPCM, facendo discendere già in questa sede, ex art. 3 c. 4, la violazione penale di cui all'articolo 650 c.p., fatta salva ovviamente l'ipotesi che la condotta non integri più gravi fattispecie di reato.

Come si vede, lo stato assoluto di emergenzialità⁷ e di eccezione ha prodotto una sequenza, in prospettiva di fonti del diritto, per cui al decreto-legge mutò nei parametri e nei criteri, ed espresso solo nel fine ultimo, succede un DPCM⁸ che non si limita a dettagliare ma dispone in maniera analitica, puntuale, organica, fino a incarnarsi nella fonte di se stesso, in una torsione *extra-ordinem* di auto-legittimazione derivante dallo stato di eccezione stesso⁹ piuttosto che dal decreto-legge: questo anche perché, se così non fosse,

rendersi *lato sensu* politico, pur permanendo incardinato in un *medium* normativo amministrativo. Evidente inoltre la deriva amministrativizzante della gestione della crisi che finisce per ingenerare una torsione con riferimento al principio di riserva di legge, si veda G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge"*, cit., pp. 64 e ss., laddove si parla, con riferimento ad una organica analisi delle ordinanze sindacali e di atti amministrativi impattanti su libertà costituzionali, di contiguità della eterogenesi dei fini della riserva e desemantizzazione del principio di legalità.

⁷ Con suggestiva metafora, l'emergenza è stata definita una sporgenza rispetto a una linearità, o più esattamente la rottura di una continuità, U. CURI, *Il falegname e la norma*, in *Antigone*, 3-4, 1985.

⁸ I DPCM discendenti dal primo decreto-legge sono ben sette, e come è stato autorevolmente rilevato la sequenza presenta più di qualche episodica distonia: ad esempio, solo di rado appare il riferimento alla legge n. 400/1988, e non appaiono riferimenti nei DPCM più recenti alla legge di conversione del d.l., mentre invece ad essere citato è solo il d.l. stesso, così L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 Marzo 2020, p. 9

⁹ Come sottolinea V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti del diritto con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in onore di Antonino Giuffrè*, Milano, Giuffrè, III, 1967, p. 259, non esistono *rerum natura* fatti-fonte, ovvero fatti che in sé e per sé possano essere considerati normativi. Vi sono però fatti che storicamente fuori da ogni riconoscimento finiscono per imporre la loro intrinseca normatività.

dovrebbe ammettersi che gli straordinari casi di urgenza e necessità¹⁰ che erano presenti nel momento di adozione del decreto-legge permangono nella loro medesima, esatta morfologia anche nella adozione del DPCM, in una trasfusione funzionale che però implicherebbe anche la loro cristallizzazione e il loro rimanere e permanere nella medesima gradazione e intensità¹¹.

In questo senso, sembra quasi di potersi dire che la sequenza di diversi atti scelti di volta in volta dal Governo origini da un lato da una emergenza infinita¹² che però non rimane costante rispetto a se stessa ma tende sempre più a sospendere la architettura portante della logica costituzionale, sublimandosi a tutti gli effetti in stato di eccezione.

La vicenda COVID-19 al contrario, nel suo mutevole e accelerato modificarsi, ci sta insegnando che urgenza, eccezionalità, emergenza, e di contro richiesta di sicurezza e di salute pubblica mutano geneticamente ogni singolo giorno: siamo pertanto inglobati e metabolizzati da uno stato di tensione eccezionale, che addiuvine alle estreme conseguenze di porre in dialettica conflittuale il fatto eccezionale, il virus con la sua oggettivamente imprevedibile replica strutturale sul suolo italiano, e il sistema ordinamentale delle garanzie e delle fonti discendenti dalla Carta Costituzionale.

¹⁰ Sui requisiti di urgenza e necessità da non leggersi in chiave endiadica ma come requisiti distinti a concorrenza necessitata, L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1958, pp. 553 e ss. A. CELOTTO, *L'abuso*, cit. 392 e ss.

¹¹ Cosa che in tutta evidenza non è, posto non solo l'aggravamento della situazione in varie Regioni ma anche la stringente e innegabile differenza del contagio e della gravità dello stesso, il che sembra richiedere un approccio più diversificato e soprattutto una misura geometricamente variabile della urgenza e della necessità, non potendosene inferire una identica entità e qualità e intensità.

¹² L'espressione emergenza infinita, con riferimento alla situazione di un ordinamento giuridico sempre più contraddistinto da decretazione d'urgenza, spesso con ricorso puramente formale ai requisiti di urgenza e necessità, è richiamata da A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita*, Macerata, EUM, 2006, p. 37. Mentre in questo caso però in questione era la effettiva emergenzialità della situazione da affrontare e da normare, ad oggi una emergenza reale e gravissima vi è; il punto problematico è però ora la scelta del *medium* normativo DPCM.

2. Il virus come stato di eccezione

E' nota la severa massima schmittiana, secondo cui sovrano è chi decide sullo stato di eccezione¹³.

Nella partizione teorica schmittiana è la decisione che fonda il criterio risolutivo per la risoluzione del *quantum* di stato di necessità capace di ingenerare il presentarsi dello stato di eccezione medesimo.

Il sovrano decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Si situa fuori dalla latitudine dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e al tempo stesso appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la Costituzione nel suo insieme possa essere sospesa¹⁴.

Schmitt, per formulare la ricostruzione teorica in parola, aveva dalla sua l'articolo 48 della Costituzione di Weimar e una lunga tradizione teoretica e pragmatica.

Dall'articolo 92 della Costituzione francese del 1799 che, in caso di una grave minaccia per la sicurezza nazionale, sospendeva la applicabilità delle garanzie costituzionali, e prima già un decreto dell'Assemblea costituente francese del 1791¹⁵, una lunga sequenza di eccezionalità si era incardinata lungo la linea d'orizzonte che aveva modulato la concezione, debitrice anche della teologia bellica, del giurista di Plettenberg.

Ma la sequenza storica dello stato di eccezione non si è certo arrestata con la Costituzione di Weimar, né è partita da esso, risalendo nella sua evoluzione dal diritto romano¹⁶, passando per i citati provvedimenti di epoca rivoluzionaria,

¹³ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922)*, in id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 33.

¹⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit. p. 34.

¹⁵ Prevedeva un simile esito del tutto eccezionale, l'état de siège. Sullo stato di assedio si veda, in epoca pre-costituzionale e con riferimenti alla normazione di pubblica sicurezza del 1931, L. ROSSI, *L'ordinamento dello stato d'assedio nelle ultime leggi italiane*, in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1936, pp. 261 e ss.

¹⁶ È il caso dello *lustrum*, individuato da G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, p. 56. Il Senato poteva emettere un *senatus consultum ultimum*, provvedimento del tutto eccezionale che consegnava ai magistrati un potere illimitato, ossia non regolato da

per arrivare poi alla Costituzione francese attualmente vigente, in cui l'articolo 16 prevede che il presidente della Repubblica prenda le misure necessarie e alla Costituzione tedesca attuale.

Altri ordinamenti come il nostro prevedono una peculiare forma di (almeno parziale) stato di eccezione, come la deliberazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost.¹⁷, o forme più modulate e opache come quelle concernenti la disciplina dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza in cui non si assiste tanto a una formale sospensione delle libertà quanto a una loro sia pur parziale e magari temporanea dequotazione¹⁸.

norme, grazie alla proclamazione (immediatamente conseguente) dello *iustitium* con cui le leggi venivano momentaneamente sospese. In senso letterale, rileva Agamben, *iustitium* significa arresto del diritto. Perciò esso può essere definito al pari di un paradossale istituto giuridico che consiste unicamente nella produzione di un vuoto giuridico.

¹⁷ Sottolinea A. VEDASCHI, *Art. 78*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. Enea Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 135, come la norma in parola sia nata obsoleta, per la dinamica sostanziale ad esso sottesa. Particolarmente critici in questo senso i poteri necessari evocati dalla norma e conferiti al Governo per la concreta gestione del tempo di guerra, in termini di definizione, qualificazione e soprattutto perimetrazione alla luce del loro incidere certamente su libertà costituzionali. Sembra comunque potersi inferire che essi non equivalgano ai pieni poteri.

¹⁸ Per altro nel generale quadro di una sequenza di atti normativi di matrice amministrativa ci si rende conto che gli stessi sarebbero giustiziabili davanti la giustizia amministrativa, non potendosi qualificare quei DPCM come atti politici ai sensi dell'articolo 7 c.p.a.; sull'articolo 7 c.p.a. e gli atti politici, diffusamente F. F. PAGANO, *Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 22 febbraio 2018, specialmente pp. 3 e ss per la ricostruzione del dibattito dottrinale in tema.

In certa misura, mi sembra, la sequenza di atti normativi di parte governativa miri più a creare la cornice generale dentro cui situare i concreti interventi demandati poi alle Regioni e una generale percezione di sicurezza.

Non si deve dimenticare ovviamente che la percezione della sicurezza è un bene residuale rispetto ai beni costituzionalmente garantiti, M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Cocco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 6.

Pertanto la sicurezza e le misure tese alla sua garanzia, laddove esorbitanti ed eccezionali, dovranno essere temporalmente limitate e sempre proporzionali e ragionevoli.

Come noto, nonostante dai lavori della Assemblea Costituente sia emerso in maniera chiara e netta il ripudio di una concezione di concessione di pieni poteri al governo, la Corte Costituzionale ha ritenuto che a fronte di gravissime emergenze sia consentita la adozione di misure insolite, di matrice eminentemente restrittiva della libertà individuale, a patto che le stesse si presentino come temporalmente limitate¹⁹.

In realtà, a me sembra, quel che sta avvenendo, aldilà di una pulviscolare dispersione e frammentazione delle scelte decisionali, che può spiegare in questo senso il riferimento espresso alle *autorità competenti* e la adozione di un *medium* normativo peculiare come il DPCM in una materia tanto delicata, è un tentativo di nascondimento semantico dell'avvenuta ipostatizzazione dello stato di eccezione su suolo italiano, nel cuore montante di una crisi sanitaria, e a breve economico-sociale, di cui non sembra vedersi la fine.

Eppure che vi sia stato di eccezione è dato che a me non sembra revocabile in dubbio; l'eccezione è ciclico rivolgimento che tende al proprio auto-consolidamento, anche, mediante rituali di mobilitazione.

E' il situarsi fuori dalla architettura portante, sia in chiave di gerarchia normativa sia assiologica, dell'ordine costituzionale, nella sua totalità o in alcuni suoi aspetti.

Lo stato di eccezione prevede la volontà unificante e totalizzante di un corpo mobilitato verso il superamento di una emergenza, e che Rousseau in una celebre lettera ai Polacchi evocava consigliando la costruzione di una enorme statua raffigurante il popolo polacco e i suoi trionfi, attorno cui celebrare ogni dieci anni una grande festa in onore del sentimento nazionale²⁰.

¹⁹ Corte Cost. n. 15/1982. Naturalmente non può sfuggire il periodo storico di riferimento della citata sentenza, la quale interviene all'apice della attività terroristica che ha sconvolto il nostro Paese tra gli anni settanta e ottanta del XX secolo. In tema sanitario, proprio con specifico riguardo a normazione atta al contrasto di epidemia, si segnala Corte Cost. n.127/1995, la quale ebbe a rilevare la necessitata ragionevolezza e proporzionalità degli strumenti impiegati, oltre alla loro temporaneità. In precedenza, Corte Cost. n. 418/1992 aveva rilevato come i poteri conferiti agli organi amministrativi debbano essere ben delineati, definiti nel contenuto, stabiliti nei tempi, non potendosi configurare nei fatti deleghe in bianco.

²⁰ J. J.ROUSSEAU , *Ouvres completes*, Paris, Cornely, 1907, p. 245.

Non casuale, in questo, la mobilitazione del senso nazionale, spontanea in alcuni casi, istituzionale in altro, e che prescinde dalla usuale comunicazione informativa dell'esecutivo²¹.

C'è il dato, assai preoccupante, della tendenziale esautorazione del Parlamento²², tanto più pericolosa considerando la deriva di medicalizzazione della politica a cui si sta assistendo nel cuore di questa crisi²³.

²¹ Non può sfuggire all'osservatore come l'utilizzo di *media* sempre più connessi alla ciclica interattività della dimensione digitale, da ultimo la diretta *Facebook* del Presidente del Consiglio del 21 Marzo 2020 o la decisione di utilizzare un *hashtag* come *nomen* di un DPCM, presenti alcuni preoccupanti profili semi-plebiscitari.

²² Il quale potrebbe ben essere messo in condizione di operare sia pure stante la eccezionalità del contagio, ad esempio potenziando gli strumenti elettronici di voto, F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, pp. 216 e ss.

Autorevolmente si rileva come il Parlamento, pur alla luce della endemica diffusione del contagio e della non secondaria considerazione che la sua apertura implicherebbe spostamenti e viaggi da parte di senatori e deputati, non possa però abdicare alla sua funzione, specialmente in una fase critica come questa, esattamente come non possono abdicare alla loro attività medici, infermieri, appartenenti alle forze dell'ordine, dipendenti della filiera alimentare, autotrasportatori, e via dicendo, in questo senso B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, p. vii.

²³ Quando l'organo detentore della funzione legislativa ed espressivo della sovranità popolare recede dalla sua precipua funzione, soprattutto in materie tanto delicate, si lascia campo libero alla razionalità intrinseca e procedurale dei sistemi tecnici, ad un auto-governo che artificializza l'esistenza e la rende persistente ma spogliata di qualunque caratteristica politica.

Qualunque forza sociale, laddove si ritenga che essa possa positivizzare una norma giuridica per mera imposizione, per il suo mero sopravanzare le altre forze in campo, senza una regolazione compiuta che sintetizzi le opposte opzioni rendendole in pieno equilibrio, e quindi riconducendo nell'alveo della presenza costituzionale le istanze provenienti dalla società, finisce con il legittimare l'arbitrio e l'abuso; la razionalità tecnica lasciata isolata e senza rappresentanza produce il proprio sistema chiuso e autoreferenziale impermeabile alla comunicazione costituzionale, allo stesso modo la società civile scardinata e chiusa fuori dalla rappresentanza politica e dai paradigmi costituzionali diviene un moto di collisione con l'ordine costituito, A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, p. 119.

La tendenziale fuga dalla legge e dall'atto avente forza di legge che sta governando, tra alterne ed oscillanti decisioni, l'emergenza finisce da un lato per disperdere la centralità del coordinamento dal centro²⁴, per minare il senso di fiducia dei cittadini, per ingenerare una deriva crepuscolare di iniziative di regioni e sindaci, finendo per urtare sensibilmente anche con il principio della certezza del diritto.

C'è poi la sequenza delle ordinanze regionali le quali si sono profuse, come un pendolo, in una continua oscillazione in tema di libertà individuali e collettive tra un approccio più limitato e mirato ed un altro più stringente: caso più eclatante di questo tipo è certamente quello della ordinanza del Presidente della Regione Campania, 13 Marzo 2020, n. 16 e dei successivi provvedimenti adottati dalla medesima Regione, tra cui si segnala la conseguente ordinanza 15 Marzo 2020, n. 17²⁵.

La scienza, soprattutto in frangenti di sospensione o di alterazione dell'ordine costituzionale, merita di essere democraticamente governata, assieme a tutte le forze sociali che gravitano attorno ad essa, per incardinare il discorso pluralistico rappresentativo in un cardine garantistico che le renda rappresentate e coperte, al tempo stesso, in termini costituzionali, B. LATOUR, *Politiche della natura*, Milano, RaffaelloCortina, p. 123.

²⁴ Autentico paradosso se si considera che la citata esautorazione del Parlamento origina in certa misura proprio dalle esigenze di speditezza e di consapevolezza della farraginosità degli strumenti normativi, il che però alla lunga finisce per ingenerare una autentica emergenza costituzionale, così M. CAVINO, *Covid-19*, cit., p. 7.

²⁵ Con questa ultima ordinanza è stata adottata la misura della "zona rossa" per l'intero Comune di Ariano Irpino, dove erano stati riscontrati 19 casi di COVID-19, gravando l'intera comunità del divieto di allontanamento e di accesso al territorio comunale, sospensione delle attività dei pubblici uffici. È evidente che l'approccio si basa su un calcolo preventivo del potenziale rischio futuro e della sostenibilità del sistema sanitario campano in caso di ulteriore crescita dei contagi. Attualmente i comuni campani in regime di zona rossa sono quattro. Sottolinea U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000, p. 80, come non si possa più pensare alla società senza la natura, né alla natura senza la società. La industrializzazione ha in certa misura replicato e falsificato il corso storico e l'essenza naturale, rendendone possibile la replicabilità ma non la piena conoscibilità. Questo ha ingenerato appunto esigenze di cautela per una razionale *governance*. Poiché ogni degrado ambientale, e ovviamente anche sanitario, diventa un degrado sociale destinato a innervarsi mediante gli stessi meccanismi di replicabilità nei gangli della vita sociale.

L'approccio campano è particolarmente interessante perché da un lato si basa su una delle caratteristiche tipologiche della società del rischio, ovvero la tendenziale imprevedibilità *ex ante* delle conseguenze e degli sviluppi di una emergenza, e dall'altro lato avendo importato ad esempio misure più stringenti nei termini della libertà imprenditoriale ex art. 41 Cost.²⁶ rispetto a quanto fatto da altre Regioni, conferma quanto si notava *supra* sulla polverizzazione e sulla frantumazione della decisione definitiva delle misure da adottare.

Questo aspetto segnala che la percezione, sia pur frammentaria, dello stato di eccezione, è avvertita dalle Regioni e utilizzata per cautelarsi continuando nel decentramento delle concrete scelte di contrasto al contagio e dei mezzi normativi per farvi ricorso, in un ordine sparso che però tende a far coincidere lo stato di eccezione con il limitato orizzonte delle regioni stesse o addirittura dei Comuni, senza una consapevolezza piena dell'eccezione che avvolge l'intera Repubblica.

Il governo in questo senso, e mi pare ulteriore conferma dello stato di eccezione, invece di aver adottato una politica di coordinamento centralizzato ex art. 120 Cost.²⁷, alla luce della situazione gravissima che si sta registrando in moltissime Regioni italiane e alla luce degli inopinati spostamenti di massa "consentiti" dall'aver annunciato ulteriori restrizioni e giri di vite prima che questi fossero effettivi, i quali preludono stante la endemica contagiosità del Covid-19 a ulteriori focolai, sembra aver voluto da un lato corresponsabilizzare gli attori istituzionali delle autonomie territoriali e però dall'altro lato continua, mi appare, a negare la sostanza fattuale del pieno stato di eccezione in cui l'Italia finisce per trovarsi, volendone condividere la responsabilità e la eccezionalità, certo, ma disponendo che la decisione ultima non sia del Governo stesso quanto delle Regioni.

²⁶ Più stringente rispetto alle ordinanze di altre Regioni è stata la disciplina in tema di attività commerciali e di servizi di consegna cibo d'asporto.

²⁷ I poteri sostitutivi ex art. 120 c. 1 Cost., come insegna la giurisprudenza costituzionale, ineriscono infatti situazioni di particolare emergenzialità, si vedano Corte Cost. 43/2004, Corte Cost. 69/2004.

Al contrario, a fronte della adozione di misure eccezionali deve derivare anche una altrettanto eccezionale assunzione di responsabilità che ad oggi mi sembra purtroppo mancare. Ma questa mancanza, questa negazione non prelude alla assenza dello stato di eccezione.

La negazione a sé stessi dello stato di eccezione è infatti, in fondo, stato di eccezione stesso, la cui unica manifestazione scoperta è *a rebours* la risultante (auto)legittimante dei fini perseguiti e ottenuti²⁸.

3. Una problematica e provvisoria conclusione

L'emergenza Covid-19 rappresenta senza dubbio alcuno una delle prove più dure affrontate dalla Repubblica italiana, e del mondo nel suo complesso: a differenza di altre, per quanto gravi, emergenze come quella affrontata negli anni del terrorismo domestico o come stati di eccezione soltanto ipotetici ma mai realizzatisi come lo stato di guerra di cui all'art. 78 Cost., in questo caso ci si trova davanti a una pandemia strisciante²⁹, altamente contagiosa, che finisce per mettere in ginocchio, oltre alle città piagate dai morti e dal collasso socio-economico, ciò che rimane di servizi sociali sempre più estenuati da anni di *spending review*.

Le vivide immagini delle colonne di camion militari che si snodano nella città di Bergamo trasportando i feretri di deceduti che dovranno essere cremati lontano dalla martoriata città lombarda rappresentano, in termini simbolici, la forma più perfezionata e dolente dello stato di eccezione latente in cui siamo, forse senza adeguata consapevolezza, calati: la forza militare, preludente a misure sempre più estese e draconiane, impattanti non più sulla libertà di

²⁸ J. DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p. 59. Il diritto naturale, in quanto impiego di mezzi violenti a fini giusti, emerge storicamente nella prassi rivoluzionaria e tende a giustificare i mezzi attraverso la giustezza dei fini. Al di là dei suoi esiti infausti, per cui la "santità" dei fini giustifica anche le più atroci efferatezze.

²⁹ Del virus come guerra metaforica parlano S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 Marzo 2020, p. 5, con una riflessione dei parametri costituzionali di riferimento per la gestione della emergenza e con un focus proprio sull'articolo 78 Cost.

circolazione, di soggiorno, di riunione, ma anche ormai su quella individuale ex art. 13 Cost. in cui si finisce per essere ristretti alla finitezza spaziale del proprio domicilio³⁰, in un processo di scoperta istituzionalizzazione della vita quotidiana, e la tragica consistenza del lutto e della morte distanziati socialmente anche essi dal conforto dei familiari, abbandonati nel loro solitario dolore.

E tutto questo però senza la chiara, sovrana, presa di consapevolezza da parte del Governo, che avrebbe valenza unificante e di potenziamento del coordinamento nel contrasto.

Ma proprio la drammatica consistenza della crisi, la forma di autentico nemico invisibile del virus, avrebbero dovuto ingenerare un percorso di auto-coscienza della eccezionalità: mi sembra, detto in altri termini, che la Costituzione, nelle varie sfumature richiamate, consenta rimedi eccezionali ed anche estemporanei per far fronte a situazioni del tutto fuori controllo, ma che questa sospensione, questa cristallizzazione, sia sempre connessa ad un requisito logico di ragionevolezza, di proporzionalità e soprattutto di temporaneità.

Il rischio invece è una sorta di stabilizzazione dell'emergenza, con una torsione *extra-ordinem* della normazione, una dispersione delle decisioni le quali certamente possono essere condivise con gli altri attori istituzionali ma devono intervenire in modalità omogenee e tempestive, senza incorrere in

³⁰ In un celebre passo di *Sorvegliare e punire*, nel capitolo significativamente intitolato *Il panoptismo*, M. Foucault, ricorda come i regolamenti per il contrasto alla peste abbiano funzionalmente organizzato la società pre-moderna, mediante una mobilitazione totale e un controllo esperito dal centro, attraverso la irradiazione di una unica razionalità procedurale. Questo spazio chiuso, rileva Foucault, tagliato con esattezza, sorvegliato in ogni suo punto, in cui gli individui sono inseriti in un posto fisso, in cui i minimi movimenti sono controllati, e tutti gli avvenimenti registrati, in cui un ininterrotto lavoro di scritturazione collega il centro alla periferia, in cui il potere si esercita senza interruzioni, secondo una figura gerarchica continua, in cui ogni individuo è costantemente reperito, esaminato e distribuito tra i vivi, gli ammalati, i morti – tutto ciò costituisce un modello compatto di dispositivo disciplinare, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1993, p. 213.

quegli infiniti costi di transazione politica che si atteggiavano come incompatibili con una risoluzione efficace della emergenza³¹.

Criticabile in questo senso, mi pare, l'utilizzo dei DPCM in luogo dei decreti-legge, con una embricazione funzionale piuttosto stordente; la procedura parlamentare di conversione dei decreti-legge avrebbe certamente anche permesso una maggiore consapevolezza e razionalizzazione parlamentare della emergenza, in una dialettica, anche simbolica, rinvigorente il senso ultimo del canone rappresentativo.

Parimenti criticabile mi sembra l'aver demandato alle *autorità competenti* i mezzi normativi e le scelte decisionali, mancando mi sembra un organico, coerente coordinamento dal centro: la consistenza del virus rende, come appare evidente alla luce delle politiche di contrasto avvenute in Corea del Sud³², imprescindibile una azione coordinata dal centro, con interventi normativi selettivi e una scacchiera di interventi scientifici e sanitari che per la loro natura non possono essere demandati ai territori, i quali in questo senso rischierebbero di andare in ordine sparso, e che al contrario abbisognano di effettivi aiuti e di ausilio finanziario e logistico per la implementazione di politiche appunto elaborate dal centro.

Questa frantumazione dei momenti decisionali, oltre ad una tendenziale sottovalutazione del pericolo quando esso si presentava *in nuce*, ha rallentato il contrasto al contagio e reso ancora più critica la tenuta delle garanzie costituzionali.

³¹ A me questo sembra uno dei più evidenti paradossi della politica adottata nel contrasto al virus; alla apparente centralizzazione degli strumenti normativi che rifuggono dalla dialettica parlamentare non corrisponde però la centralità dell'approccio, il quale al contrario demanda molto, troppo, alle iniziative regionali, le quali fisiologicamente non possono godere di uno sguardo di insieme. Ma il virus non è esteso nella stessa misura in tutto il Paese e la politica dovrebbe essere adeguata, selettiva e tenere conto dei contesti, al fine di non dissanguare aree che potrebbero, essendo scarsamente toccate, convertite alla emergenza produttiva ad oggi praticamente bloccata per evidenti ragioni nel Settentrione. Un approccio di questo tipo deve essere per forza di cose originante dal centro, dal Governo, non lasciato alle Regioni.

³² Il contrasto adottato in Cina può essere assai utile in termini scientifici e medici, ma il confronto è in termini giuridici molto più problematico alla luce delle insanabili distinzioni ordinamentali tra Cina e Italia.

Ha decentralizzato le risposte sanitarie, politiche, normative, frantumando la tenuta della piena unitarietà politica e decentralizzando a livello regionale le reazioni, e sollevando per questo polemiche esulanti dalla usuale, per quanto accesa, polemica politica, posto che in questo caso si snuda la carne viva, pulsante, sanguinante dei lutti e della devastazione economica.

Ha sostituito la politica con la scienza, dimenticando che il governo democratico della scienza non significa invadere le prerogative tecniche ma, semplicemente, accertarsi che le stesse si mantengano in pieno equilibrio nella nostra complessa architettura costituzionale, tesa a garantire che le libertà, per quanto compresse dalla eccezionalità, non evaporino³³.

Non aver agito subito con misure drastiche e con la dovuta, schmittiana, decisione rischia, in termini strettamente costituzionali, di determinare, oltre a una difficoltà sempre più endemica di lotta al virus, anche una sospensione *sine die* delle principali libertà costituzionali e una drammatica normalizzazione della eccezione, che non viene però ripagata da effettivi risultati.

In questo senso appare opportuno che il coordinamento e gli interventi dal centro si facciano più decisi, più puntuali, e che prendano atto della peculiare morfologia del virus e della sua concreta estensione sul suolo italiano, al fine di diversificare l'approccio di contrasto nelle varie aree, consentendo, al tempo stesso, un contrasto più efficace e alle libertà costituzionali di tornare a respirare.

** Dottorando di ricerca in diritto pubblico e costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

³³ Una delle grandi sfide della modernità è certo rappresentata dal governare democraticamente il linguaggio del laboratorio, rendendo la scienza, originariamente regno del non-umano, un elemento simbiotico tra dimensione non-umana e presenza umana, in questo senso B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, Milano, Eleuthera, 2009, p. 45 e ss.