

EDITORIALE – 27 MAGGIO 2020

Legalità ed effettività negli *spazi* e nei  
*tempi* del diritto costituzionale  
dell'emergenza. È proprio vero che  
“nulla potrà più essere come prima”?

di Enrico Grosso

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università di Torino



# Legalità ed effettività negli *spazi* e nei *tempi* del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?

**di Enrico Grosso**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università di Torino

1. Molti hanno sostenuto in questi mesi che l'emergenza Covid avrebbe modificato irreversibilmente alcuni paradigmi della nostra convivenza, avrebbe mutato per sempre il rapporto tra ciascuno di noi e gli altri, avrebbe insomma alterato la nostra percezione dello stare al mondo e del relazionarci con esso. “Nulla potrà più essere come prima”, è lo slogan più e più volte ripetuto.

Questi discorsi, dal vago retrogusto apocalittico e millenarista, si sono variamente intrecciati – soprattutto nella riflessione di alcuni giuristi – con altrettanto catastrofiche considerazioni in merito alla prossima minacciata “fine del diritto costituzionale”, al tracollo dell'età dei diritti, e – via via scendendo nella scala di valore degli allarmi – allo sconvolgimento irreversibile del sistema delle fonti, all'imminente se non già avvenuto fallimento finale del regionalismo, fino a più spicciole (e futili) polemiche sull'abuso del DPCM. Forse, a oltre tre mesi dall'inizio dell'emergenza e superata la sua fase più acuta, è possibile provare a tracciare un primo bilancio di come il diritto costituzionale ha effettivamente risposto all'improvviso (e largamente imprevisto) sconvolgimento delle vite individuali di ciascuno di noi. Ossia di come il diritto costituzionale ha reagito a un improvviso (e imprevisto) *fatto costituzionalmente rilevante*. Perché una cosa mi pare certa: un fatto oggettivo, un “accadimento esogeno” di forte e rilevante impatto su ogni singolo aspetto della vita individuale e collettiva del paese, e soprattutto privo di qualsiasi originaria e diretta dipendenza dalla responsabilità politica di chi si è trovato ad affrontarlo, è calato come un maglio sulle nostre esistenze. Un accadimento che ha riguardato e coinvolto letteralmente *tutti*, anche se – ad ennesima riprova, se ce ne fosse bisogno, che l'aspirazione alla piena uguaglianza sostanziale costituisce tuttora una delle tante “promesse non mantenute” – non ha di certo colpito tutti con la stessa violenza: chi era fisicamente, socialmente, economicamente, culturalmente più attrezzato ha potuto resistere con ben maggiore serenità. Un accadimento, per giunta, che nello stesso periodo e più o meno nello stesso modo si è abbattuto sulla maggior parte dei paesi del mondo, e ha costretto i governanti di tutti quei paesi a porsi le stesse domande e a misurarsi con le stesse difficoltà.

È da uno sforzo di contestualizzazione che occorre dunque partire per giudicare la capacità mostrata dal diritto costituzionale di adattarsi a tale inedita situazione emergenziale e di indirizzarne le modalità di gestione politica. I fatti sono testardi. Si fa sovente fatica a ricondurli docilmente alle categorie astratte care ai giuristi. I fatti, in genere, sono più forti, ci sfuggono dalle mani. Alla fine ci presentano sempre il conto e pertanto con essi siamo sempre costretti a fare i conti.

Sotto questo profilo, mi sento straordinariamente in sintonia con una recente riflessione di Filippo Patroni Griffi, pubblicata su *Federalismi* il 13 maggio scorso: «Penso che non occorra inserirsi nella disputa tra neopositivisti e storicisti per richiamare l'esigenza che il diritto serva a fini pratici, cioè per regolare una società nel momento in cui la regola viene applicata ... Il diritto positivo va contestualizzato, in tale cornice ineludibile, a certe situazioni di fatto. E tra queste esiste lo stato di emergenza. Non sempre è tipizzato (come avviene per lo stato di guerra) ma da sempre è immanente al sistema. ... Se ragioniamo, nella situazione emergenziale, con gli stessi parametri di riferimento, con la stessa "raffinatezza giuridica" che tutti riconosciamo ai giuristi italiani, con il pensiero rivolto al regime ordinario e con il retropensiero che il regime derogatorio ci condurrà dallo stato di emergenza allo Stato di eccezione nell'accezione schmittiana del termine, non andiamo da nessuna parte. Al contrario, ci infiliamo in disquisizioni teoriche, di sicuro pregio, sull'applicazione di un diritto che, per essere decontestualizzato, diventa inutile, cioè non serve» (cfr. *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, in *Federalismi*, n. 14/2020).

2. Al contrario, all'affacciarsi della pandemia, si è talvolta continuato, per amor di tesi o forse per un'eccessiva concessione all'*esprit de finesse*, a ragionare con schemi che mal si adattavano a quel *fatto costituzionale*, a quell'accadimento oggettivo ed esogeno, il quale esigeva invece, in tutta evidenza, una nuova e specifica contestualizzazione giuridica.

Il primo riflesso di molti, di fronte alle draconiane misure di *lockdown*, è stato quello di denunciarne la violazione costituzionale sotto un duplice profilo, variamente intrecciato: quello dell'illegittima, eccessiva, compressione delle libertà fondamentali da un lato; quello della violazione della gerarchia delle fonti dall'altro. Si è disquisito sul perimetro delle limitazioni che la legge può stabilire «in via generale» alla libertà di circolazione e sulle differenze strutturali tra questa e la libertà personale; si è messa in dubbio la compatibilità con l'art. 19 delle misure che vietavano l'esercizio della libertà di culto; si è argomentato sull'illegittima limitazione della libertà di riunione e di associazione; per non parlare del diritto di difesa in giudizio, delle libertà economiche, del diritto al lavoro, del diritto all'istruzione ... Qualcuno si è perfino spinto a ritenere minacciata (non si sa bene da quale atto) la libertà di manifestazione del pensiero. E si è comunque, in tutti i casi, denunciata la violazione della riserva di legge, ovvero comunque l'uso improprio,

o in qualche ipotesi apertamente illegale, di talune fonti del diritto. La polemica sui famigerati DPCM ne è un esempio lampante. Con l'acribia e la pignoleria dell'entomologo, si è insistito sui limiti entro i quali sarebbe esercitabile la discrezionalità del Presidente del Consiglio in assenza, ovvero in presenza, di una fonte legittimante di grado gerarchico superiore la quale – *ex ante* ovvero *ex post* – intervenga ad autorizzarla. Si sono sviscerate opposte teorie in merito al rapporto tra le norme introdotte con DPCM e quelle contenute in singole ordinanze regionali, ovvero comunali. Si sono ampiamente illustrate antinomie, contraddizioni, conflitti, denunciate invalidità, segnalate incompetenze ed eccessi di potere, preconizzati interventi giurisdizionali.

Tali osservazioni si sono poi variamente mescolate a critiche di merito, sull'opportunità che determinate decisioni pubbliche venissero assunte, sulla loro ragionevolezza, sulla loro pratica utilità e financo sulla loro concreta applicabilità (il climax, in tale ultimo caso, è stato raggiunto con l'infinita discussione sull'esatta quantificazione, in metri, dei "pressi della propria abitazione" in riferimento alla possibilità di esercitare il proprio "diritto all'esercizio fisico", e poi, qualche settimana dopo, sulla corretta definizione del termine "congiunti").

Io non mi permetto di contestare giuridicamente neppure una di queste critiche. Si tratta anzi, il più delle volte, di considerazioni del tutto corrette, anche (astrattamente) condivisibili, pienamente adeguate ad alimentare una discussione pubblica ricca e plurale in momenti di "normalità costituzionale". Mi paiono tuttavia, in larga misura, considerazioni non contestualizzate. Non adeguatamente rapportate all'assoluta specificità di quell' "*accadimento*" cui si faceva riferimento all'inizio. Vorrei provare a proporre una ricostruzione diversa.

3. C'è chi ha scritto che l'emergenza rappresenta una "sfida" alla democrazia costituzionale. Non sono d'accordo. Premetto di essere perplesso di fronte all'affermazione di chi ritiene necessario l'inserimento in Costituzione di dettagliate disposizioni espressamente dirette a offrire una disciplina degli stati di emergenza. Può anche darsi che una più specifica "copertura" costituzionale di tali situazioni possa troncare alcune delle attuali accese disquisizioni accademiche in merito alla "fonte più adatta". Ma qui, francamente, sembra essere – contrariamente a prima – l'eccesso di *esprit de géométrie* a tradire le intenzioni di chi propone questa ennesima riforma costituzionale (ancora?!).

La verità è che l'emergenza non sta affatto "fuori" dalla Costituzione, e dunque non vi è alcuna necessità di normarla più dettagliatamente. Essa è dalla Costituzione non soltanto presupposta, ma contemplata. E non, come qualcuno ha provato, con encomiabile quanto vano sforzo "positivistico" a sostenere, in virtù della possibilità di adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 78, che davvero, e fortunatamente, non c'entra nulla con ciò di cui stiamo parlando.

L'emergenza è parte della vita, e dunque è anche parte della vita degli ordinamenti democratico-costituzionali. Su questo ha perfettamente ragione Massimo Luciani, quando sottolinea che il diretto fondamento costituzionale dell'emergenza sta «nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*». Da tale punto di vista non c'è proprio nulla da “sfidare”. Al contrario, c'è da riconoscere quanto tali valori siano stati introiettati e financo, in qualche modo, positivizzati nella Carta (cfr. sul punto M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, 4).

Qualcuno ha scritto che viviamo nella “società globale del rischio”. Il rischio è dunque un elemento ineliminabile dell'esistenza delle società, e dei loro ordinamenti. Anche del nostro. L'equivoco è proprio quello di credere un po' irenicamente che il mondo della democrazia costituzionale sia il mondo in cui tutto è prevedibile a priori, a priori disciplinato e a priori riconducibile a procedure interamente predeterminate o predeterminabili. Un mondo statico, un mondo senza storia, o in cui la storia è finita. E che quindi la Costituzione che non disciplini espressamente ogni rapporto tra istituzioni in ogni e qualunque specifico stato di emergenza sia mancante di un tassello. Invece è proprio l'emergenza a svelare il volto più “sincero” e vero della democrazia costituzionale. Che essendo un sistema intrinsecamente fragile nella sua pretesa di controllare il potere attraverso la sua sottoposizione al diritto (ossia a procedure formalizzate e – appunto – tendenzialmente predeterminate di produzione della decisione politica), scommette sulla capacità di quel sistema di non andare in pezzi nel momento in cui l'emergenza lo mette alla prova. Ossia di non rompersi quando è costretto – nel senso letterale di oggettivamente forzato – a flessibilizzarsi, a rendersi “adattivo”, per fare fronte al pericolo, e contemporaneamente di non snaturarsi per effetto di questa necessità e di saper ritornare rapidamente com'era prima.

4. Ovviamente flessibilità e adattività non significa anomia. Le misure limitative dell'ordinario svolgimento della democrazia costituzionale – si è detto – in tanto sono, dalla Costituzione, ammesse in quanto sorrette da *proporzionalità* e soprattutto da *temporaneità*.

Il problema è che una obiettiva valutazione della proporzionalità in concreto di provvedimenti assunti urgentemente per fronteggiare accadimenti improvvisi e inaspettati come quello di cui stiamo discorrendo è molto difficile, se non impossibile, salvo casi-limite su cui tutti possiamo convenire ma che per fortuna non si danno in natura. Che il rispetto della proporzionalità vieti, per fare un esempio, di ordinare all'esercito di sparare a vista contro chi provi a forzare una “zona rossa”, non è certo controvertibile. Ma è altrettanto incontrovertibile che nessun governante italiano ha mai proposto, né mai proporrebbe, nulla di simile. Il problema è che, fuori da inverosimili casi di scuola, la natura “proporzionata” di una specifica misura dipende il più delle volte dalla soggettiva scala delle preferenze di ciascuno. Il giudizio di proporzionalità è sovente difficile da distinguere da un giudizio di merito sul contenuto delle misure di

volta in volta adottate. Ed è quindi sommamente insidioso infilarsi nel vero e proprio ginepraio di opposte interpretazioni cui l'evocazione di tale principio può condurre. E proprio questa – mi pare – è stata la miccia che ha acceso il dibattito tra i costituzionalisti sulla natura delle misure di *lockdown* che via via venivano assunte in Italia. Si evocava il difetto di proporzionalità perché in realtà si contestava nel merito il loro contenuto, ritenuto (sulla base delle individuali, rispettabilissime, scale di valori di ciascuno) lesivo di specifici diritti o pretese personali (a loro volta ritenute, sulla base delle medesime rispettabilissime scale di valori individuali) più o meno negoziabili.

Il dibattito si è dunque concentrato sul primo criterio (la proporzionalità, appunto), finendo per offuscare, o comunque far calare l'attenzione sul secondo: la *temporaneità*. È la temporaneità delle misure di emergenza, più che il loro contenuto, a segnare la loro compatibilità con l'ordine costituzionale complessivo. È la loro *oggettiva e non politicamente sindacabile* connessione con la natura e l'evoluzione dell'accadimento improvviso ed esogeno che ha generato la situazione emergenziale a giustificarle. Non, si badi bene, temporaneità legata a soggettive valutazioni dell'autorità pubblica, bensì temporaneità agganciata a – e strettamente giustificata da – precisi dati concreti, pubblici e misurabili (sul livello attuale di diffusione del virus, sul suo grado di curabilità, sulla capacità ricettiva degli ospedali, sull'utilità misurata *ex post* delle misure assunte sino a quel momento, ...), in base ai quali sia possibile dimostrare, sotto il controllo democratico, che quelle misure sono *oggi* necessarie, nel senso di *razionali rispetto allo scopo*, mentre domani, quando quei dati – resi pubblici misurabili e fatti oggetto di confronto tra gli studiosi – saranno diversi, le stesse misure non si giustificheranno più.

Diciamolo più esplicitamente: il problema non è costituito dall'uso del DPCM in quanto tale. Anzi, a voler essere pignoli, alcune delle libertà che sono state oggettivamente limitate, dal punto di vista del formale rispetto delle riserve di legge non avrebbero potuto essere esplicitamente comprese neppure da un intervento legislativo (penso ad esempio al diritto di professare la propria religione e di esercitarne «in privato e in pubblico» il culto, che non mi risulta essere subordinato a “casi e modi” di esercizio legislativamente disciplinabili). E dunque di cosa stiamo parlando? Il problema, tutt'al più, sarebbe costituito da una ingiustificata e permanente “ripetizione” *sine die* del contenuto di quei DPCM, oltre il tempo in cui l'originario “accadimento esogeno” di cui sopra lo renda strettamente necessario. Su cosa debba intendersi per «necessario» lo vedremo tra un momento. Non è un caso, peraltro, che ciascuno dei famigerati atti del Presidente del Consiglio su cui tanto si è scatenata la polemica è sempre stato rigorosamente circoscritto nei suoi effetti temporali, riportando a specifiche (e brevi) scadenze e a puntuali verifiche fattuali l'eventuale riproposizione di analoghe misure per tempi, altrettanto limitati, successivi. Solo un atteggiamento aprioristicamente cospirativo può portare a ritenere che tale *modus*

*operandi* sia animato dalla volontà di “occupare il potere” o addirittura (come ho letto su un quotidiano dalla penna di un’autorevole collega) di realizzare un colpo di stato strisciante.

Il che non significa, ovviamente, che i singoli provvedimenti di volta in volta adottati non possano, da un lato, essere oggetto di una anche radicale critica nel merito (cioè nella valutazione del rapporto mezzi-fini e della loro specifica utilità a fronteggiare efficacemente la pandemia), dunque a un continuo e approfondito controllo democratico; e soprattutto, dall’altro lato, essere sottoposti a un controllo successivo di legittimità, anche sotto il profilo dell’eccesso di potere, da parte delle competenti autorità giurisdizionali. Le stesse autorità giurisdizionali cui non sarà neppure vietato (*ex post*) sindacare il sufficiente livello di determinatezza delle fonti ad essi sovraordinate che hanno conferito al Presidente del Consiglio i relativi poteri, ed eventualmente investire la Corte costituzionale delle relative questioni.

5. Tutto ciò comporta due rilevanti conseguenze.

La prima è che – di fronte a dati epidemiologici, sanitari, organizzativi, messi a disposizione della comunità scientifica, spiegati ai cittadini in forme chiare e con ragionevolezza, resi pubblici e trasparenti, in grado di dimostrare la necessità di introdurre misure limitative di diritti costituzionalmente garantiti al fine di tutelare la vita e la salute della collettività – quelle misure, siano esse *legali* o *illegali*, ossia conformi o non conformi alle rispettive fonti sulla produzione, saranno vissute dai consociati come legittime, perché percepite come funzionali alla tutela della più democratica delle libertà: la libertà dalla malattia e dalla morte. Saranno largamente e spontaneamente rispettate e dunque saranno *effettive*.

Ricorda Vezio Crisafulli nel secondo volume delle sue *Lezioni* che tra i fatti normativi “originari” in grado di produrre diritto al di fuori degli schemi della validità formale vanno annoverati non soltanto quelli instaurativi di nuovi assetti costituzionali (che sono in realtà, per fortuna, abbastanza rari), ma altresì, e soprattutto, molte e frequenti ipotesi di «autoassunzione di particolari poteri formalmente non previsti, o addirittura vietati, o non attribuiti al soggetto che pretende di esercitarli, dal diritto vigente ... per regolare situazioni non specificamente disciplinate dall’ordinamento positivo o per regolarle in modo difforme dalle norme che le prevedono». E tali fatti normativi, continua Crisafulli, «rivelano sempre, alle loro radici, un fattore di volontà umana», che si concreta «in comportamenti storicamente reali di concrete persone», vale a dire in una «*effettività legittimante*» che si manifesta «nel reale conformarsi dell’esperienza alle norme, nel concreto prodursi degli effetti da queste disposti». Insomma: la spontanea e volontaria *adesione* dei consociati alle obbligazioni nascenti da tali norme formalmente illegali, per un tempo limitato e senza che esse pretendano di modificare permanentemente l’ordinamento, sarà giudicata, *ex post*, come la prova che esse, per quanto illegali, sono state idonee a creare diritto. Un diritto accettato e condiviso. In definitiva un diritto legittimo: una «creazione *extra* sistema di un diritto singolare o eccezionale, del

quale non sarebbe tuttavia contestabile che ha avuto temporaneo vigore in deroga ed ai margini della legalità formale» (tutte le citazioni sono tratte da V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., vol. II, Padova, 1984, 165 ss.).

A me pare che sia esattamente ciò che è capitato nei mesi del *lockdown*, e soprattutto nelle sue prime settimane: si è assistito a un'adesione larghissima e tendenzialmente spontanea, da parte dei cittadini, a misure palesemente limitative di taluni diritti costituzionali il cui abituale esercizio era fino a quel momento dato per scontato. E tale adesione è avvenuta, al di là di qualche ironia sulle autocertificazioni e di qualche protesta dei *runners* più incalliti, indipendentemente dal fatto che quelle misure fossero, nella maggior parte dei casi, contenute in fonti asseritamente inidonee a introdurle perché (almeno originariamente) non autorizzate. Non entro nel merito (molti lo hanno fatto) della questione se l'utilizzo di tali fonti sia stato più o meno "opportuno" o "consigliabile", né sull'idoneità del codice della protezione civile, ovvero delle norme più o meno genericamente formulate contenute nel D.L. n. 6/2020 o del successivo D.L. n. 19/2020, a offrire loro un sufficiente fondamento di validità. È probabile che, in molti casi, il governo (o i presidenti di Regione, o i sindaci ...) avrebbero potuto scegliere meglio, nel senso di "più opportunamente", il loro *modus operandi* (anche se segnalo che paradossalmente, nei casi in cui il governo ha deciso di intervenire con decreto legge, spesso quel decreto legge, dopo la sua approvazione in Consiglio dei Ministri, ha dovuto attendere svariati giorni, se non settimane, per la sua effettiva entrata in vigore, con buona pace della *ratio* dell'art. 77, laddove i vituperati e forse "illegali" DPCM hanno avuto l'indubbio merito di consentire che quelle misure di distanziamento sociale, in quel momento assolutamente indispensabili per impedire il rapido collasso del pronto soccorso e delle terapie intensive, entrassero in vigore davvero immediatamente).

Vorrei tuttavia provare ad andare oltre la discussione, pur del tutto legittima, sul grado di opportunità di ciascuna scelta politica che il governo o i vertici regionali o gli Enti locali, in un difficilissimo momento della loro esistenza, hanno dovuto affrontare. Segnalo soltanto, in punto di fatto, che tutti si sono trovati in quei giorni a fronteggiare la più classica delle "tempeste perfette".

In primo luogo, l'assoluta novità della vicenda, l'assenza di precedenti, la scarsissima, per non dire inesistente, disponibilità di dati precisi, informazioni tecniche e relative risorse predittive da parte della comunità scientifica, rendeva fin dall'inizio molto difficile la redazione di un "piano di interventi" consapevole, completo, stabile e duraturo. Il governo è stato costretto a navigare a vista, adattando quasi quotidianamente i provvedimenti da introdurre ad una situazione obbiettiva in costante e rapido mutamento (e, almeno nelle prime settimane, in rapido aggravamento e deterioramento), senza neppure poter prevedere con decente approssimazione se ed in qual misura, tali provvedimenti avrebbero prodotto effetti positivi sull'andamento dell'infezione. Insomma: azioni di contrasto alla diffusione del

virus comportanti drastici condizionamenti all'esistenza quotidiana dei cittadini hanno dovuto essere assunte, almeno nelle prime settimane, sotto uno spesso "velo di ignoranza" circa le effettive conseguenze e gli specifici impatti che quegli atti avrebbero avuto sull'obiettivo primario di contenere il contagio. Si può anche sostenere che il governo ha agito "a tentoni". Ma c'era davvero poco altro da fare.

In secondo luogo, e soprattutto, l'esplosione della pandemia (forse sarebbe meglio dire: la presa di coscienza che era ormai esplosa una pandemia, la quale probabilmente covava sotto la cenere da alcuni mesi e all'inizio di marzo era ormai dilagata senza che lì per lì nessuno ne avesse preso piena coscienza) ha comportato come noto la necessità di una prima immediata e draconiana misura: prevedere con la massima sollecitudine drastiche limitazioni allo spostamento – e alla possibilità di incontrarsi – delle persone. *Di ogni singola persona*. Il problema è che proprio l'adozione *secundum Constitutionem* di qualunque misura di questo genere, nonché di tutti gli atti prodromici, coincidenti e susseguenti alla sua assunzione, presuppone solitamente proprio lo spostamento e l'incontro fra persone. Si spostano e si incontrano, a Palazzo Chigi, i membri del consiglio dei ministri che adottano un decreto-legge; si spostano e si incontrano, nei rispettivi palazzi, i parlamentari che sono chiamati a convertirlo; si spostano e si incontrano, più tardi, nelle aule di giustizia (ordinaria, amministrativa, costituzionale ...), i giudici e gli avvocati che, delle violazioni ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi degli individui eventualmente contenute in quegli atti, discutono e decidono. Se ben riflettiamo, ogni aspetto della "vita costituzionale", ogni atto di esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti, ogni elemento costitutivo dei meccanismi di funzionamento dello Stato costituzionale, presuppone proprio quel movimento, spostamento, incontro di persone che l'improvvisa emergenza epidemica imponeva tuttavia di sospendere con immediatezza. Solo nelle dittature, nei regimi dove comanda uno solo, la decisione da assumere è una decisione individuale. Si trattava di un cortocircuito oggettivo, che rendeva quindi oggettivamente complessa, per non dire fisicamente impossibile, la gestione "normale" di ciascuna delle molteplici attribuzioni costituzionali assegnate ai singoli organi. Soprattutto in un contesto in cui la maggior parte degli attori politici (e – a mio giudizio del tutto incomprensibilmente – la maggior parte degli studiosi e dei "consiglieri del principe") ha immediatamente rifiutato anche solo di discutere di soluzioni che consentissero agli organi costituzionali collegiali (a cominciare dal parlamento) di riunirsi e deliberare a distanza mediante l'uso dei molteplici strumenti telematici che hanno consentito in tanti altri ambiti di non fermare del tutto qualsiasi attività privata e pubblica.

Facile oggi accusare il Presidente del Consiglio di protagonismo, accentramento di poteri, pulsione all'autoritarismo. Con tutti i limiti che l'azione di governo in questi mesi può aver mostrato, con tutte le critiche cui essa può legittimamente essere soggetta, non dovremmo mai dimenticare che ogni decisione politica viene sempre assunta entro le condizioni di fatto che la rendono materialmente possibile. Senza

voler qui riproporre l'abusata frase di Otto von Bismark sulla politica come "arte del possibile", penso che dimenticare tali condizioni di fatto non renda un buon servizio alla comprensione dei meccanismi reali entro i quali la politica inevitabilmente opera. In Italia e dappertutto, viste le non edificanti prestazioni di tanti e tanti governi di paesi cui solitamente guardiamo con ammirazione e invidia per la loro presunta superiorità in termini di capacità decisoria, rispetto delle procedure democratiche ed efficienza prestazionale.

Ma proviamo pure a prescindere da tutte le oggettive difficoltà di cui si è detto. Prendiamo pure per buona (ancorché discutibile) la conclusione che le misure contenute negli atti monocratici del Presidente del Consiglio (capaci di essere approvati senza indugio e di entrare in vigore letteralmente "subito" e non – come i decreti-legge – in un "subito" inevitabilmente posticipato di fatto di molti giorni), siano state, nella maggior parte dei casi, "illeghi", ossia contenute in una fonte inidonea a introdurli, o perché "incompetente", o perché contraria ad altra fonte ad essa gerarchicamente sovraordinata, o perché coperta soltanto *ex post* (e non originariamente autorizzata) da tale fonte, o per una qualunque delle altre ragioni di invalidità messe in luce dagli studiosi. Sta di fatto che, in larga misura, quelle misure ipoteticamente illegali sono state spontaneamente e *adesivamente* osservate. E questo non perché il governo ha ordinato all'esercito di schierare i carri armati per le strade. Ma perché nessuno (o pochissimi) le ha contestate, disobbedite, o in qualche modo contrastate (ad esempio impugnandole giudiziariamente), dal momento che, in fondo, le ha giudicate in concreto del tutto *ragionevoli*, e dunque, in definitiva, *giuste*.

Esse hanno prodotto esattamente gli effetti che si prefiggevano di produrre e che era obiettivamente indispensabile, in quel momento, che producessero (ossia il c.d. "distanziamento sociale" necessario a provare a ridurre la curva di estensione del contagio per un tempo ragionevolmente sufficiente a evitare l'ulteriore esponenziale propagazione dell'epidemia e il collasso dei presidi ospedalieri, consentendo nel frattempo di allestire nuovi posti-letto e nuove terapie intensive, di reperire nuovi infermieri, nuovi medici, di acquistare tamponi, farmaci, mascherine, ecc. ecc.). Tali misure non sono state affatto vissute, dalla stragrande maggioranza chi ne subiva le conseguenze, come "oppressive", ma da essi comprese e accettate nella loro intima connessione con quell'originario e obiettivo "accadimento esogeno" che aveva indotto il governo a disporle. Accadimento che, nella percezione collettiva, rappresentava una minaccia esiziale e diffusa alla vita e alla salute di ciascuno e di tutti. Vita e salute individuale e collettiva sono precondizioni necessarie per il godimento di qualsiasi altro diritto. Anzi, in assenza di vita e salute possiamo dire che non c'è neppure bisogno del diritto: il diritto serve ai vivi, e serve (anche) per consentire a tutti di continuare (possibilmente) a restare vivi.

6. Ciascuno dei consociati, dunque – o almeno la gran parte di essi – si è reso conto della necessità di contribuire con il proprio individuale comportamento e la propria personale responsabilità all’adempimento di un dovere collettivo a favore della salute sua e di tutti gli altri, e ha così spontaneamente favorito la tenuta del sistema, in termini di coesione sociale, facendosi in qualche modo custode dei fragili presupposti di sopravvivenza dello Stato-comunità, indipendentemente e a prescindere da quanto “illegali” fossero le singole e specifiche forme di manifestazione del “comando” da parte dello Stato-apparato. Questo non è affatto un “male minore”, come qualcuno ha scritto. È al contrario la massima espressione della consuetudine di riconoscimento che regge e legittima la Costituzione. La Repubblica, nel suo complesso, ha interpretato correttamente il significato dell’evocazione costituzionale all’adempimento dei doveri di solidarietà. Adempiere a un dovere non significa obbedire passivamente a un comando, ma aderire responsabilmente a una comune e reciproca obbligazione di cui l’intera comunità di persone che costituiscono la Repubblica si fa carico in vista, appunto, della sopra evocata *salus rei publicae*. E in questo modo (restando in casa per settimane o mettendosi disciplinatamente in coda con la mascherina di fronte ai supermercati), ha offerto una straordinaria prova di legittimazione della Costituzione e dei poteri pubblici da essa istituiti. Altro che sovranità nello stato di eccezione!

A partire da tale constatazione, tuttavia, occorre fare un passo in avanti. E si tratta della seconda delle due conseguenze, cui si faceva cenno sopra, della scelta di attribuire – in questa vicenda – un valore e un significato pregnante al principio di temporaneità. Proprio perché “legittime in quanto effettive”, quelle misure non possono – logicamente – che essere temporanee, nel senso delineato in precedenza. Ossia razionali rispetto a uno “scopo” che sia esplicitato e reso noto, e che soprattutto sia comprensibile a chi a tali misure sia assoggettato, da lui obiettivamente valutabile e misurabile, e soltanto finché quello scopo non sia stato, altrettanto “obiettivamente”, raggiunto.

Per questo trovo sommamente pericolosi e – quelli sì – davvero minacciosi per la tenuta dell’ordine costituzionale, i discorsi di chi oggi prova a sostenere che, dopo la pandemia, “nulla potrà essere come prima”. È vero esattamente il contrario. Tutto (nel senso della nostra vita individuale e sociale e dell’esercizio dei nostri diritti individuali e collettivi) deve il più presto possibile tornare ad essere proprio come prima e tutti devono agire affinché tale obiettivo sia raggiunto. Sono francamente stupito di come, per qualche collega, l’ipersensibilità manifestata nei confronti dei presunti “spazi” di compressione di sacri diritti individuali non si sia ugualmente espressa con riferimento ai “tempi” di tale compressione. È sul terreno del tempo, non su quello dello spazio, che si misura la capacità della democrazia costituzionale di fare fronte all’emergenza senza perdersi. Lo sforzo dello Stato-apparato, così come dello Stato-comunità, dovrebbe convergere sul creare rapidamente le condizioni affinché quelle misure,

indipendentemente dal fatto che siano legali o illegali, diventino il più presto possibile ingiustificate (ossia *irrazionali rispetto allo scopo*). Che si spezzi dunque la catena necessità – legittimità – effettività.

Tuttavia, proprio per evitare che le ragioni obiettive dei provvedimenti assunti, ancorati a quell'originario "accadimento esogeno", si trasformino in soggettive, arbitrarie e insindacabili valutazioni da parte di chi governa, sottratte al confronto e al dibattito pubblico (e dunque, alla lunga, divengano incomprensibili e inaccettabili lesioni al patrimonio di diritti che l'ordine costituzionale garantisce e protegge), è necessario uno specifico sforzo, sicuramente maggiore di quanto sia stato garantito fino ad oggi, di *trasparenza*. Che è trasparenza dei processi decisionali, ma che è innanzi tutto trasparenza dei dati a partire dai quali quei processi decisionali si dispiegano.

Ciò che nella c.d. "fase 1" della pandemia era tutto sommato chiaro era la attuale gravità della diffusione del contagio, cui le strutture sanitarie in quel momento non erano in grado di far fronte con sufficiente tempestività ed efficienza, e che dunque occorreva in qualsiasi modo provare a rallentare. In quella fase, paradossalmente, anche dati approssimativi (in termini di numero dei contagiati, numero di tamponi eseguiti, numero di decessi, luoghi in cui contagi e decessi erano stati registrati, distanza temporale tra l'insorgere dei sintomi e la diagnosi, catene di contact-tracing, elementi sulla base dei quali calcolare il cd. Fattore Rt ...) erano comunque sufficienti a rendere oggettivamente evidente a tutti, tranne che a coloro che si rifiutassero testardamente di vederla, l'assoluta indispensabilità di misure severe e rapide. È invece da oggi in poi, nella c.d. "fase 2", quella della "convivenza con il virus", quella in cui non ogni misura appare più, intrinsecamente e *ictu oculi*, razionale rispetto allo scopo di tutelare la salute dei cittadini, quella in cui il c.d. "test di proporzionalità" appare più aleatorio e discutibile, che un rigoroso aggancio a dati certi, verificabili, pubblici, diventa assolutamente imprescindibile.

È necessario da qui in poi che il governo renda disponibili al Parlamento e pubblicamente consultabili da chiunque (in primo luogo dalla comunità scientifica nel suo complesso, che a sua volta deve essere libera di confrontarsi e di prospettare in merito argomenti interpretativi anche divergenti tra loro) tutti i dati di base monitorati quotidianamente dalle diverse autorità sanitarie cui il governo chiede pareri in vista dell'adozione delle singole misure. Non sto parlando del data base della protezione civile, che come noto contiene dati oggi in larga misura inutili alla bisogna (in quanto incoerenti, aleatori, non confrontabili ed intrinsecamente arbitrari, perché dipendenti in sostanza dalla diversa capacità delle singole Regioni e addirittura delle singole ASL di effettuare e processare tamponi, di scovare pazienti "asintomatici", di ascrivere deceduti a quella o quell'altra causa, ecc. ecc.). Parlo dei dati "di monitoraggio" sui quali l'Istituto Superiore di Sanità, in base a quanto disposto dal Decreto del Ministro della Salute del 30 aprile 2020, si basa per «classificare tempestivamente il livello di rischio» attraverso l'esame dei famosi 21 «indicatori con valori di soglia e di allerta» (divisi in tre tabelle allegate al Decreto). E soprattutto parlo dell'algoritmo

che viene utilizzato per trasformare quei 21 parametri in un unico “indice di pericolosità”. Dall’elaborazione di tali dati dipende la decisione di classificare una singola regione o una singola area come a rischio. Si tratta di dati molto dettagliati, con i quali si pretende di poter leggere in profondità, e non più con l’inevitabile approssimazione dei primi momenti di emergenza, l’andamento di diffusione dell’epidemia giorno per giorno. E si tratta di un algoritmo complesso, dalla cui progettazione ed esatta costruzione sembra dipendere la credibilità stessa dell’indice che – regione per regione, area per area – verrà sfornato.

Oggi quei dati non sono consultabili. O comunque non sono resi pubblici. Non sono conoscibili dagli analisti, e neppure messi a disposizione del parlamento. Non sono in alcun modo assoggettati, come sarebbe costituzionalmente necessario, al confronto delle idee. E lo stesso vale per il fantomatico “algoritmo”, la cui verificabilità in concreto è di fatto sottratta a qualsiasi valutazione – ed eventuale falsificazione – da parte della comunità scientifica. Tutto resta confinato nell’ambito di un confronto opaco e nebuloso interno alla «cabina di regia» cui si fa riferimento nel decreto stesso (nella quale siedono governo, Regioni, ISS). Questo è il vero *vulnus* alla democrazia costituzionale. Non i DPCM.

Solo la pubblicità e la trasparenza di quei dati, la loro verificabilità, la loro confutabilità, la loro sottoposizione alla libera critica scientifica, possono consentirci di affermare che le decisioni limitative di diritti che, da qui in poi, dovessero essere adottate, continueranno ad essere “giustificate” (se vogliamo “proporzionate”) nel senso sopra illustrato. Perché solo a tali condizioni le scelte politiche che saranno assunte potranno essere oggetto di consapevole controllo democratico. La democrazia è innanzi tutto controllo pubblico delle giustificazioni. Altrimenti si trasforma in un’inammissibile oligarchia dei tecnici, dei pochi sacerdoti cui è affidata la custodia della “ricetta miracolosa”, del giusto “cocktail” tra i dati che essi insindacabilmente decidono di valorizzare. La vera differenza tra il dispotismo e la democrazia non passa, in conclusione, dal livello *spaziale* di limitazione dei diritti nei momenti di emergenza, ma dal rigoroso controllo *temporale* sulla sua durata. E quest’ultimo, a sua volta, dipende dalla garanzia della messa a disposizione e della pubblica confutabilità dei dati a partire dai quali tale durata temporale viene stabilita (ed eventualmente prorogata).

7. Che “tutto torni come prima”, il più presto e il più largamente possibile, deve essere quindi il nostro obiettivo e il nostro compito. Ossia che le regole eccezionali cui siamo stati sottoposti e alle quali ci siamo, in larga misura spontaneamente se non proprio volentieri, assoggettati non durino oltre i tempi strettamente e “oggettivamente” giustificati dall’emergenza, e che esse non finiscano per innescare processi irreversibili di trasformazione dei nostri assetti sociali e dei modi di esercizio dei nostri diritti



costituzionali individuali e collettivi (nelle scuole, nelle università, nelle aule dei tribunali, negli ospedali, nei luoghi di lavoro ...). Altro che smartworking, didattica a distanza e udienze virtuali!

Il che non toglie, ovviamente, che dobbiamo tutti continuare a ragionare sulle possibili modifiche strutturali dei rapporti tra organi, sullo stato di salute del regionalismo, sulla crisi del sistema delle fonti, su tutto ciò che potrà in futuro consentirci di affrontare le inevitabili emergenze che verranno con maggiore efficienza ed efficacia. Ma questo, ovviamente, è un altro discorso: quei problemi li avevamo prima – e dunque continueremo ad averli anche dopo – che quell’ “accadimento esogeno” calasse come un maglio sulle nostre esistenze. Un accadimento che, per il resto, dobbiamo tutti sforzarci di relegare presto in un angolo, come una breve e dolorosa parentesi della nostra vita individuale e collettiva.