

EDITORIALE: DELLE COSE NON ULTIME. Una risposta a Massimo Cacciari.

di

Vincenzo Baldini*

1. Fin dall'inizio dello stato di emergenza sanitaria questa rivista -come tante altre- ha avviato una *Call for paper* ospitando ogni contributo scientifico sul tema che abbia riguardo, in particolare, ad aspetti e problematiche di ordine giuridico-costituzionale. L'obiettivo è di offrire ai lettori un largo spettro di riflessioni che mettano sotto il fuoco dell'attenzione i processi di rimodellamento del sistema politico-istituzionale, a cui questa emergenza conferisce un decisivo impulso, insieme all'analisi circa la legittimità delle singole misure finora adottate.

Il quadro sinottico che viene fuori dalla lettura dei contributi pubblicati lascia rilevare, nella strategia di prevenzione seguita dal Governo, tratti problematici, non di rado debordanti dall'osservanza delle norme costituzionali, incoraggiando così l'incertezza di una declinazione di tale situazione che fluttua tra le zone d'ombra dello stato d'eccezione e quelle in chiaro dello stato costituzionale di diritto.

2. Nel percorso di riflessione avviato e che è destinato a continuare almeno finché dura lo stato d'emergenza, importanti sollecitazioni provengono dalle domande che dalle pagine di un noto quotidiano (la Stampa del 28.7.2021) il Prof. Massimo Cacciari ha rivolto a tutti i "cultori del diritto": *"E' legittima l'imposizione, poiché di imposizione si tratta, di un trattamento sanitario, e nella specie di un trattamento sanitario che presenta le zone d'ombra, i dubbi i problemi che ho succintamente ricordato (nel corso del suo articolo: n.d.r.) ? Esistono molte altre malattie infettive -si prevede il green pass anche per morbillo, scarlattina, tosse cattiva? E, conseguentemente, la norma che impedisce di salire su un treno varrà da qui all'eternità? Dichiareremo fuori legge l'aver febbre, non*

importa se per aver contratto la peste o per indigestione? Metteremo nella carta d'identità le nostre condizioni di salute?". Il Professore così conclude: "Quando subiremo qualsiasi provvedimento o norma senza chiederne la ragione e senza considerarne le possibili conseguenze, la democrazia si ridurrà alla più vuota delle forme, a un fantasma ideale".

Gli interrogativi sono diversi e naturalmente chiamano in causa ogni giurista spingendolo a cimentarsi con questi. Tali interrogativi sono sintomatici di un pensiero critico che lo stesso Prof. Cacciari, insieme ad un altro autorevolissimo scienziato della filosofia, Giorgio Agamben, hanno espresso in una lettera circa i rischi connessi soprattutto all'imposizione di misure il green pass, per tutte, che concorrono alla discriminazione tra cittadini e, in questo senso, rivelano un approccio quasi dispotico nell'agire dello Stato¹.

3. Compito del giurista è dunque quello di misurarsi con tali questioni dal punto di vista strettamente giuridico-positivo, in particolare alla luce delle norme che la

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

¹ Questo il testo della lettera: "La discriminazione di una categoria di persone, che diventano automaticamente cittadini di serie B, è di per sé un fatto gravissimo, le cui conseguenze possono essere drammatiche per la vita democratica. Lo si sta affrontando, con il cosiddetto green pass, con inconsapevole leggerezza. Ogni regime dispotico ha sempre operato attraverso pratiche di discriminazione, all'inizio magari contenute e poi dilaganti. Non a caso in Cina dichiarano di voler continuare con tracciamenti e controlli anche al termine della Tweet Letto 127447 volte pandemia. E varrà la pena ricordare il "passaporto interno" che per ogni spostamento dovevano esibire alle autorità i cittadini dell'Unione Sovietica. Quando poi un esponente politico giunge a rivolgersi a chi non si vaccina usando un gergo fascista come "li purgheremo con il green pass" c'è davvero da temere di essere già oltre ogni garanzia costituzionale. Guai se il vaccino si trasforma in una sorta di simbolo politico-religioso. Ciò non solo rappresenterebbe una deriva anti-democratica intollerabile, ma contrasterebbe con la stessa evidenza scientifica. Nessuno invita a non vaccinarsi! Una cosa è sostenere l'utilità, comunque, del vaccino, altra, completamente diversa, tacere del fatto che ci troviamo tuttora in una fase di "sperimentazione di massa" e che su molti, fondamentali aspetti del problema il dibattito scientifico è del tutto aperto. La Gazzetta Ufficiale del Parlamento europeo del 15 giugno u.s. lo afferma con chiarezza: «È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, anche di quelle che hanno scelto di non essere vaccinate». E come potrebbe essere altrimenti? Il vaccinato non solo può contagiare, ma può ancora ammalarsi: in Inghilterra su 117 nuovi decessi 50 avevano ricevuto la doppia dose. In Israele si calcola che il vaccino copra il 64% di chi l'ha ricevuto. Le stesse case farmaceutiche hanno ufficialmente dichiarato che non è possibile prevedere i danni a lungo periodo del vaccino, non avendo avuto il tempo di effettuare tutti i test di genotossicità e di cancerogenicità. "Nature" ha calcolato che sarà comunque fisiologico che un 15% della popolazione non assuma il vaccino. Dovremo dunque stare col pass fino a quando? Tutti sono minacciati da pratiche discriminatorie. Paradossalmente, quelli "abilitati" dal green pass più ancora dei non vaccinati (che una propaganda di regime vorrebbe far passare per "nemici della scienza" e magari fautori di pratiche magiche), dal momento che tutti i loro movimenti verrebbero controllati e mai si potrebbe venire a sapere come e da chi. Il bisogno di discriminare è antico come la società, e certamente era già presente anche nella nostra, ma il renderlo oggi legge è qualcosa che la coscienza democratica non può accettare e contro cui deve subito reagire".

Costituzione reca come parametro di orientamento per l'azione dei pubblici poteri. A Tale compito non mi sottraggo peraltro rifuggendo, come impostazione di metodo, da ogni giudizio prognostico. In questa direzione appare senz'altro condivisibile l'affermazione del Prof. Cacciari circa la realtà di una pressione (non si tratta affatto di *moral suasion...*) delle istituzioni in favore della vaccinazione attraverso la previsione di molteplici, anche irragionevoli perché sproporzionati limiti imposti alla condotta di coloro che non risultano munito di *green pass*, in quanto attiene non soltanto al godimento dei cd. diritti secondari (Ainis)². Quanto ora detto stimola due ordini di considerazioni, il primo, relativo al giudizio di irrazionalità/non proporzionalità delle misure in questione, il secondo relativo alla carenza di una legge del Parlamento che ai sensi dell'art. 32 c. 2 Cost. imponga l'obbligo del trattamento vaccinale a tutta la comunità (almeno, agli individui a partire da una certa età).

3.1. Sul primo versante, quello della razionalità della legge è un parametro risalente alla scienza naturalistica (non, dunque, al diritto positivo) fortemente impressionato da soggettivismo in quanto, a prescindere dalle specifiche condizioni (culturali, di sensibilità etc.) di chi è chiamato a svolgerlo, che pure svolgono una certa influenza. Soprattutto, però, esso riesce influenzato, nelle conclusioni, dalla previa adesione all'una piuttosto che all'altra premessa teoretica, tanto relativamente alla Costituzione quanto in particolare alla natura dei diritti fondamentali³. L'opzione per una teoria dei diritti fondamentali intesi come sistema di valori piuttosto che riguardati secondo una concezione tipicamente liberale o anche istituzionale, conduce verosimilmente ad apprezzamenti differenti circa la ragionevolezza di una scelta politico-legislativa, laddove possa ritenersi dominante la funzione generalmente orientativa dei primi o, invece, la loro

² Ritenere il contrario, sulla premessa che la certificazione verde è acquisibile anche con un tampone che dia esito negativo, vorrebbe dire ignorare volutamente l'onere economico sul bilancio familiare di questo esame clinico, la cui breve durata lo rende in buona sostanza improponibile come alternativa ragionevole al certificato vaccinale.

³ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat - Verfassung-Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 115 ss.; nonché, ivi, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation- Bestandsaufnahme und Kritik*, (1976), p. 53 ss.

precipua funzione di diritti di difesa dall'ingerenza del potere⁴. Allo stesso modo, la prevalenza di un'idea della cittadinanza come del processo democratico riconducibile, rispettivamente, alla concezione liberale o, invece, a quella repubblicana, implica un diverso apprezzamento anche del ruolo della solidarietà, quale fattore di coesione e integrazione comunitaria⁵.

Nell'esperienza giuridica contemporanea, risalta un attivismo giurisprudenziale, soprattutto del giudice costituzionale, fondato essenzialmente su un'idea assiologica (oltre che normativa) della Costituzione e, sul piano metodologico, sul largo impiego dei parametri di razionalità -essenzialità, necessarietà, adeguatezza- in un contesto in cui la regola è il conflitto tra diritti costituzionali non ordinati in senso gerarchico. L'impiego di tali criteri nel bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco si configura verosimilmente come necessario.

Ma la prevalenza accordata in modo assoluto all'uno o all'altro dei diritti in gioco - diritto alla vita e alla salute o libertà di autodeterminazione, etc.- appare spesso apodittico e, come si è detto, largamente di impronta soggettiva. Basti ricordare, in proposito, che la Cassazione ha ritenuto in alcuni casi prevalente l'istanza di libertà su quella di dignità, in altri ha inteso la dignità come "il principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali ed è riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano (o, in questo senso, alla "umanità", secondo la dizione dell'art. 7.1 dello Statuto cit. della Corte penale internazionale, costituzionalmente rilevante per effetto dell'art. 10 cost.), come "simile" alle altre persone o "eguale" o, per riprendere un'espressione adoperata in altro contesto (art. 8 cost.) "egualmente libero" "⁶.

La Corte costituzionale, a propria volta, ha ritenuto che, per determinate fattispecie, la tutela dei cd. soggetti deboli faccia premio sull'istanza di libertà di iniziativa economica (Corte cost. sent. n. 141/2019). Quest'ultimo giudice, poi, ha

⁴ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., p. 119 ss.

⁵ J. Habermas, *Drei normative Modelle der Demokratie* in, Id., *Die Einbeziehung des Anderen* (1992), Frankfurt am Main, 1996, p. 277 ss., part. p. 278 ss.

⁶ Cassazione Penale Sent. n. 26636 ud. del 04-04-2002.

cercato un razionale bilanciamento tra istanza di autodeterminazione in materia di fine vita e il diritto fondamentale della vita e della salute, inteso anche nella sua consistenza di "valore" costituzionale.

Inoltre, nella congerie del dibattito scientifico sui vaccini, c'è chi si è spinto a sostenere apoditticamente la legittimità della misura del green pass obbligatorio, anche alla stregua di un principio di precauzione elevato, secondo un criterio di razionalità (non di positività) a norma costituzionale, senza offrire alcuna argomentazione riguardo alla necessità e proporzionalità della stessa. Tanto, si oppone alla posizione di quanti tale necessità contestano ritenendo la misura in parola non essenziale e nemmeno adeguata rispetto all'effetto di prevenzione che con essa si intende perseguire.

3.2. L'interrogativo ultimo verte ancora intorno alle presumibili ragioni che inducono il Parlamento, a fronte di una così larga campagna di induzione vaccinale, a scegliere (almeno, per ora) di rinunciare ad imporre per legge (ex art. 32 c. 2 Cost.) un obbligo a sottoporsi a tale trattamento. Tale scelta non si mostra congrua rispetto all'obiezione di chi ritiene, nella specie, l'interesse alla tutela della salute come Bene pubblico risulti senz'altro prevalente sulla libertà individuale di autodeterminazione.

Sul piano costituzionale ciò che rileva è che un tale giudizio di prevalenza spetta esclusivamente al legislatore ordinario- di formulare così che sembra incontestabile, in carenza della suddetta legge, l'affermazione di prevalenza della libertà di autodeterminazione individuale materia di salute (art. 32 c. 1 Cost.), che include il legittimo rifiuto di rinunciare a vaccinarsi. Né può valere, in contrario senso, il richiamo alla solidarietà che, come norma-principio di natura costituzionale configura un vincolo deontico essenzialmente in capo al legislatore ordinario, poi, più in generale, a tutti i poteri pubblici.

Pertanto, se un'ampia copertura vaccinale quale condizione fondamentale per superare la pandemia e uscire dallo stato di emergenza, necessaria per scongiurare gli effetti più gravi del contagio e indispensabile per salvare vite umane evitando

affollamenti nei reparti delle strutture sanitarie corrisponde ad un'istanza di solidarietà, allora spetta alla responsabilità politica delle Assemblee parlamentari, sulla base dei dati scientifici acquisiti, decidersi eventualmente per l'obbligo del trattamento vaccinale, come la Costituzione consente di fare, nel rispetto in ogni caso della dignità della persona.

4. Un altro aspetto problematico connesso a tale esperienza investe l'ulteriore aggravamento della crisi che da tempo investe la rappresentanza politica e, in particolare, l'assetto di democrazia parlamentare.

Anche qui, se già dati oggettivi ufficiali (tra i quali è la progressiva scarsa affluenza di votanti alle varie competizioni elettorali)⁷ dimostrano l'assoluta congruenza delle considerazioni formulate da Massimo Cacciari, l'esperienza della pandemia ha concorso a rendere ancora più profondo il solco scavato tra Parlamento e comunità sociale.

In generale, di una crisi dei partiti come premessa ai diversi tentativi di sostituire alla decisione di maggioranza dell'Assemblea rappresentativa l'espressione diretta del popolo⁸ si parla già da qualche tempo⁹. Si sottolinea come la democrazia deliberativa si basi, ora, sulla razionalità degli apporti all'interno di una società del sapere (*Wissensgesellschaft*), in cui, in particolare, "le strutture e i processi di riproduzione simbolica e materiale di una società sono così fortemente penetrati da operazioni dipendenti dalla conoscenza che l'elaborazione dell'informazione, l'analisi simbolica e i sistemi di esperti hanno la prevalenza sugli altri fattori della riproduzione"¹⁰.

Ma questa esperienza ha impresso una nuova spinta reale al centralismo governativo come soluzione organizzativa più idonea a premiare l'efficienza della strategia di lotta all'emergenza sanitaria, relegandosi le Assemblee rappresentative e, più in generale, il ruolo in un cono d'ombra. Peraltro, la composizione della

⁷ S. Issacharoff, *Die Defizite der Demokratie*, in *Der Staat*, 56 (2017), p. 329 ss.

⁸ Ibidem, p. 335.

⁹ A. Voßkuhle, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staat*, 57 (2018), p. 119 ss.

¹⁰ H. Wilke, *Demokratie im Umbruch*, in *Der Staat*, 56 (2017), p. 357 ss., part. p. 365 ss.

maggioranza di governo, in cui converge gran parte delle forze politico-parlamentari, concorre a indebolire la dialettica del confronto pluralistico intra-istituzionale che pure si configura come uno dei connotati della democrazia pluralista sancita in Costituzione.

La tensione tra figurino costituzionale della democrazia rappresentativo-parlamentare e neocentralismo governativo connotato da un'ampia concertazione esclusivamente nella linea retta di procedimenti o consessi in cui sono presenti componenti dei governi locali ¹¹, lascia dunque realizzare nuove geometrie di allocazione del potere di decisione politica che sempre di più coinvolgono il livello formalmente amministrativo dell'azione pubblica.

5. L'emergenza sanitaria ha dato impulso ad una trasformazione -dal punto di vista organizzativo e sostanziale- dello Stato costituzionale di diritto inducendo anche a rinnovate teorizzazioni dello stesso. Quest'ultimo non sembra più rinvenire il proprio fondamento e la ragione di coesione come "comunità nel diritto", nel "riconoscimento e liberazione dell'individualità" ¹², nella riconduzione ad unità del pluralismo ma postula una nuova unità di sentimento politico che rinviene nella scienza la nuova religione civile¹³, in grado di operare come collante (*das Zusammenhaltendes*) della comunità nella prospettiva rinnovata di uno Stato etico¹⁴. Quest'ultimo, dunque, non sembra più risolversi nella versione funzionale del *Not- und Verstandstaat* ¹⁵ ma si spinge fino all'ingerenza nella sfera interna delle coscienze individuali, conformandole alle istanze che ritiene primarie.

In questa versione, la scienza finisce inevitabilmente per generare solchi e produrre divisioni all'interno della società civile, inducendo a riflettere a lungo sul ruolo dello Stato e sull'esercizio delle libertà individuali ¹⁶. Non siamo più al tempo dello Stato liberale, in cui la fede nella legge razionale per eccellenza bastava di per sé a

¹¹ S. Issacharoff, op. cit., p. 335.

¹² E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin, 1978, p. 24.

¹³ Ibidem, p. 25.

¹⁴ Ibidem, p. 21 ss..

¹⁵ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto (Grundlinien der Philosophie des Rechts: 1821)* (a cura di G. Marini), 5. Ed., Bari, 1996, p. 195 ss.

¹⁶ E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, cit., p. 20 ss.

generare unità sociale e politica. Democrazia e pluralismo politico-partitico, oltre a un pluralismo di interessi socio-economici e culturali hanno rappresentato e rappresentano ancora fattori decisivi di disgregazione di un *Ethos der Gesetzlichkeit*¹⁷; la legge, quale prodotto della volontà di una maggioranza politica ha finito sempre di più per perdere ogni alone di sacralità, anche formale, per rivestirsi di un connotato di approssimazione e di partigianeria che nemmeno la finzione della sua natura di forma della manifestazione della decisione popolare riesce ad edulcorare. Al più, si riferisce allo Stato democratico un senso di lealtà legislativa intesa essenzialmente come trasfigurazione dell'*ethos* andato che si traduce, ora, in una spontanea e libera obbedienza della comunità alla legge¹⁸. Anche questa prospettiva, tuttavia, svela i tratti reali della *fictio* e, perciò, si mostra debole nell'attuale contesto sociale, connotato da forti tensioni politiche e da uno strutturale, reciproco disconoscimento tra le forze politiche. Tale debolezza peraltro è destinata ad aumentare in uno con il sempre più vistoso arretramento di ruolo delle Assemblee rappresentative, soppiantato da un nuovo centralismo governativo che non trova alcun riferimento nella disciplina costituzionale della forma di governo e contro il quale già ebbe tempo fa a dolersi il giudice costituzionale (sentt. n. 302/1988; 360/96).

In questo modo sempre più flebile appare anche quell'*ethos* inteso quale naturale presupposto dell'esistenza di uno Stato democratico¹⁹. Disaffezione alla partecipazione politica da parte dei cittadini, divaricazione tra corpo politico e corpo sociale, incremento dell'istanza efficientista basata sui tempi solleciti della decisione²⁰, non sul confronto politico che a quest'ultima dovrebbe risultare funzionale, sono le condizioni che sembrano sancire una crisi non reversibile del

¹⁷ E.-W. Böckenförde, *Der säkularisierte Staat*, 2. Aufl., München 2006, p. 36 ss.

¹⁸ Sul punto, v. quanto riportato in U. Volkmann, *Gespräche mit Hegel*, in *Der Staat*, 59 (2020), p. 507.

¹⁹ E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Staat -Verfassung-Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 289 ss., part. p. 359 ss.; nonché, ivi, *Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion*, (1983), p. 379 ss., part. p. 388 ss.

²⁰ ... di cui può dirsi sintomatica, ad es., la severa contrazione del confronto parlamentare su importanti proposte di legge attraverso soluzioni-tecnico-procedurali che blindando il testo di un disegno di legge, impediscono alle minoranze una congrua partecipazione (anche costruttiva...) alla decisione politica. da ultimo, l'approvazione della nuova disciplina di riforma della giustizia, su cui il Governo ha posto ancora una volta la questione di fiducia.

parlamentarismo in generale (*) e della forma di governo parlamentare, in particolare.

Se è vero che il pluralismo della comunicazione pubblica assicura su scala larga l'autenticità del confronto politico è, del pari, incontestabile che il rifiuto mirato della maggioranza parlamentare al confronto con le opposizioni -attraverso l'impiego di soluzioni tecniche sancite dalla disciplina dei regolamenti parlamentari- come anche la (quasi) sistematica ingerenza degli atti governativi primari in ambiti materiali riservati alla legge rappresentano fattori che concorrono senz'altro ad una progressiva erosione dell' *ethos* della democrazia.

6. In definitiva, più di un dubbio affiora, in tale esperienza emergenziale, circa il rendimento della Costituzione quale medio in cui una società si identifica e definisce i propri principi politici fondamentali, sulla sua forza d'integrazione²¹, oltre che sulla sua capacità di porsi ad argine dell'esercizio (illegittimo) del potere. L'estrema diversità di posizioni e prospettazioni, sul piano teoretico-scientifico come su quello giurisprudenziale, per quanto attiene in particolare alla legittimità delle misure e delle soluzioni anche organizzative intraprese per fronteggiare l'emergenza, rivela che il pluralismo dei principi in cui si fa da tempo rientrare, secondo un'esegesi funzionale, il sistema dei diritti fondamentali lascia delineare corrispondentemente una varietà di declinazioni assiologiche della Legge fondamentale, anche reciprocamente in conflitto, entro cui oscillano le posizioni degli organi di decisione politica e dei giudici, costituzionali e di merito. Valori, diritti, principi costituiscono in definitiva gli essenziali presidi di metodo dell'esegesi razionale e assiologicamente orientata della Carta costituzionale, i quali, tuttavia non si sottraggono all'insidia di conformare secondo specifiche contingenze e singolarità culturali il significato delle norme costituzionali.

Qui va ancora ribadita l'esigenza di tenere distinti, sul piano dell'analisi, rispettivamente, i profili giuridico-costituzionali da quelli relativi a considerazioni etiche o naturalistiche *lato sensu*. I numerosi appelli al dovere civico di vaccinarsi

²¹ U. Volkmann, op. ult. cit., p. 509.

e/o al senso di comune solidarietà sociale si iscrivono su quest'ultimo piano e non possono, come tali, infirmare l'argomentazione giuridico-costituzionale.

Sul primo piano, ogni strategia di prevenzione e freno della pandemia, per risultare legittima, non può non tener in debito conto il dato giuridico-positivo della garanzia delle libertà costituzionali entro i limiti della legge, quando quest'ultima sia conforme ai paradigmi e limiti fissati nella norma costituzionale.

In definitiva, il diritto costituzionale vale a frenare le insidie connesse alla regola di azione politica delineata da Thomas Hobbes, secondo cui chi ha abbastanza potere da proteggere tutti è anche potenzialmente in grado di opprimere tutti²².

Di fronte ad una Legge fondamentale i cui tratti prescrittivi di principio tendono ad incoraggiare la società aperta degli interpreti (*) quello che più conta, alla fine sembra essere unicamente l'argomentazione ("*Es zählt das Argument*"): purché quest'ultima risulti in sé coerente e corrispondente al codice specifico del sistema sociale di riferimento (Luhmann).

²² T. Hobbes, *De Cive (Elementa philosophica de cive: 1646)* (a cura di T. Magri), II ed., Roma 1988, Cap. VI, Annotazione, p. 137.