

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA TRA RIPRISTINO DELLA LEGALITA' COSTITUZIONALE PERDUTA E REALIZZAZIONE DI UN NUOVO ORDINE COSTITUZIONALE. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia**

di

Vincenzo Baldini *

1. “Lo stato nel quale anche l’ingiustizia è o può essere sancita nella legge, non è uno stato di diritto”¹. Intendo iniziare le brevi riflessioni introduttive sull’esperienza di gestione dell’emergenza sanitaria con questa affermazione di *Heinrich Maurus*, risalente ad un lavoro della fine del XIX secolo (1878) che ha riferimento ad un concetto sostanziale, oltre che funzionale, dello Stato di diritto quale soluzione mirata a scongiurare un esercizio *contra ius* del potere politico. Tale affermazione, di natura antipositivista, può dirsi fare il paio con quella, di poco successiva, di *Richard Thoma* (inizi del XX secolo) che invece subordina il legislatore all’ “imperativo dell’ordinamento giuridico” di lasciarsi guidare nelle sue decisioni dalla considerazione della giustizia e del bene comune².

In entrambi i casi, dalle parole degli Aa. può evincersi la percezione dell’esistenza di una correlazione naturale, oltre che funzionalmente necessaria, di diritto e politica che l’avvento del positivismo giuridico non è riuscito del tutto a confutare

*Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale.

** Il presente contributo costituisce la versione rielaborata ed ampliata della relazione introduttiva tenuta al Convegno su: “La prevenzione nello Stato di emergenza sanitaria e le dinamiche dello stato costituzionale di diritto”, Roma, 14.10.2021.

¹ “Der Staat, in welchem auch das Unrecht gesetzlich besteht oder bestehen kann, ist nicht Rechtsstaat”: H. Maurus, *Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat* (1878), Heidelberg, 1970, p. 109 ss.

² R. Thoma, *HDSStR*, II, 1932, p. 108 ss., come richiamato in C.-F. Menger, *Das Gesetz als Norm und Maßnahme*, in *VVDStRL*, 15, Berlin, 1957, p. 5.

e che, anzi, appare implicitamente ribadita dai contenuti di principio delle Costituzioni democratiche del II dopoguerra. La Legge fondamentale è intesa rispettivamente come decisione (fondamentale) “guidata dalla ragione”³, come “diritto per la politica”⁴ (Kurt Eichenberger) e/o come “forma o struttura di una condizione permanente di esistenza politica” di una comunità⁵ e anche l’esercizio di discrezionalità legislativa deve conformarsi all’istanza di razionalità che ne informa i contenuti normativi. Quest’ultima si indirizza, dunque, alla politica intesa come presupposto e fonte reale della produzione normativa⁶ la quale nel complesso delle regole costituzionali rinviene l’ordinamento normativo essenziale (*Rahmensordnung*) entro cui può legittimamente esplicarsi⁷.

2. La dinamica relazione di diritto e politica⁸ nel tempo ha seguito crinali differenti che ne rilevano l’innegabile specificità: dall’originaria sottomissione del diritto all’azione politica di un sovrano assoluto alla chiara distinzione assiologica e dogmatica nel periodo liberale, dove il diritto (in particolare, la legge) si erge a forma tipizzata di limitazione del potere (prima assoluto) della Corona. Nell’approdo ultimo dello Stato costituzionale dominato da una fittizia identità di governanti e governati⁹, diritto e politica, pur marciando paralleli, tendono verso una convergenza assiologica e funzionale nella misura in cui il primo è prodotto

³ P. Badura, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, in *HStR*, Band XII, 3. Erw. Aufl., Heidelberg, 2014, § 270, Rdn. n. 2. p. 109 ss.

⁴ K. Eichenberger, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, in: *Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag*, 1991, p. 143 ss., part. p. 229, come citato in J. Isensee, *Verfassungsrecht als “politisches Recht”*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Band XII, 3. Erw. Aufl., Heidelberg, 2014, § 268, Rdn. n. 1, nota n. 1.

⁵ H. Heller, *Staatslehre*, 6. Rev. Aufl., Tübingen, 1983, p. 281.

⁶ Sul doppio ruolo della legge in senso kantiano, quale legge coattiva e, nel contempo, legge della libertà, v. tra gli altri, J. Habermas, *Über der internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie* (1994), ora anche in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1996, p. 293 ss., part. p. 295 ss.

⁷ E.-W. Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 52 ss., part. p. 85 ss.

⁸ Sul concetto di metodo della politica, quale uso esclusivo della forza per la realizzazione degli interessi “generalisti”, v. tra gli altri N. Bobbio, voce *Politica*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di Politica*, vol. 3, Novare, 2006, p. 34 ss., part. p. 38 ss.

⁹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, unveränd., Nachdruck der 1928, Berlin, 1970, part. p. 204 ss..

della volontà di un legislatore democratico che realizza, in tal modo, un programma politico. In questa prospettiva, in particolare, la Costituzione anche decisione fondamentale esprime una natura politica diversa e, per certi aspetti, collidente con la politica definita da una maggioranza parlamentare contingente. In quanto atto normativo fondamentale mirato, in generale, alla limitazione della forza (politica) la Costituzione rivela, in questo aspetto un'essenziale continuità nel transito dal periodo liberale a quello proprio dello Stato democratico. In questo senso, appellandosi il diritto costituzionale come "diritto politico"¹⁰ non si intende evidenziare il dato formale della derivazione del primo dalla politica quanto, soprattutto, alludere alla finalità propria e primaria delle norme costituzionali, organizzative e sostanziali, di porre vincoli e/o tracciare indirizzi per l'azione alla politica. In questo senso, il diritto costituzionale si attegga a sistema, complesso di norme giuridiche fondamentali a cui il potere politico inteso come volontà protesa all' "organizzazione della vita pubblica" deve osservanza per conferire alle decisioni il carattere della legittimità, formale e sostanziale¹¹.

Qualunque possa essere la declinazione assiologica che si voglia riconoscere al concetto di Costituzione -da ordinamento della Giustizia politica a fondamento della comunità politica, da disciplina essenziale della vita comune a medio del processo di cambiamento sociale¹²- non può disconoscersi ad essa la qualità di Legge fondamentale dello Stato¹³, le cui norme giuridiche risultano vincolanti per l'esercizio dei poteri pubblici. Con ciò, forse, si riesce a comprendere meglio anche la venatura *lato sensu* polemica che connota il rapporto tra diritto e politica fin dalle radici del costituzionalismo europeo¹⁴ tradotta poi nella forma organizzativa dello stato costituzionale di diritto. In quanto forza massima organizzata, pertanto, lo Stato trova corrispondenza nella Carta costituzionale e nei processi di decisione

¹⁰ J. Isensee, *Verfassungsrecht als "politisches Recht"*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), cit.

¹¹ A. Voßkuhle, *Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre*, in H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, in *Die Verwaltung*, Beihefte – Band 7, 2007, p. 135.

¹² Al riguardo, v. per tutti U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 39 ss.

¹³ J. Isensee, *Verfassungsrecht als "politisches Recht"*, cit., § 268, Rdn. n.2.

¹⁴ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, 2017, p. 11 ss..

politica ivi regolati la cui legittimità è condizionata, pertanto, dal rispetto dei parametri di forma e dei limiti sostanziali come sanciti nelle norme costituzionali¹⁵. Tanto, vale a definire i termini di una funzionale interazione tra diritto e politica e, così, tra tutela degli interessi generali e garanzia dei diritti individuali che rivelano, in sintesi, la dimensione razionale della Costituzione negli ordinamenti democratici (v. *supra*).

3. Se politica e diritto si mostrano categorie funzionalmente interconnesse nel modo che si è fin qui detto, il discorso può cambiare di tono allorché il fuoco dell'attenzione si concentra (non più sulla politica ma) sul "Politico", di derivazione schmittiana¹⁶, che della politica rappresenta, al tempo stesso, l'origine primordiale e la minaccia più grave in quanto il primo è tipicamente connotato dal distico oppositivo amico/nemico¹⁷. In questo senso, il Politico ha riferimento essenzialmente all'andamento delle dinamiche di aggregazione e disaggregazione nel consorzio sociale, da cui può generarsi l'antitesi suddetta e, con essa, la tensione che può condurre anche alla lotta estrema, nel tentativo di sopraffazione e annientamento del nemico¹⁸.

La dimensione del Politico *nello* Stato costituzionale democratico evoca, dunque, l'esigenza di una chiara sinergia funzionale tra diritto e politica, nel senso che a quest'ultima, ancor prima che al diritto, spetta di impedire la degenerazione del contrasto sociale mantenendolo all'interno dello Stato entro i termini giuridicamente ammessi dell'ordinaria dialettica pluralista, in relazione a cui si realizza il processo d'integrazione sociale che qualifica lo Stato come unità politica di tipo funzionale¹⁹. La politica resa razionale dal rispetto delle norme

¹⁵ Ciò, tanto più in quanto l'interesse reale sotteso alla decisione politica tende ad incontrare il consenso unicamente del gruppo o dei gruppi che rappresentano, in una certa fase, la maggioranza che detiene il potere politico stesso.

¹⁶ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), 7. Aufl., 5. Nachdruck der Ausgabe von 1963, Berlin, 2002, *passim*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 26 ss..

¹⁸ *Ibidem*, p. 28 ss..

¹⁹ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck 20. Auf., Heidelberg, 1999, p. 12, Rdn. n. 10.

costituzionali e delle regole convenzionali si configura, perciò, al tempo stesso come volano dell'integrazione e come contrapposta al Politico, inteso nella sua consistenza irrazionale di lotta estrema tra amico e nemico. Una siffatta dicotomia come condizione di natura è presente anche nello Stato democratico quantunque in forma latente poiché irreggimentato nelle maglie vincolanti del diritto positivo ordinamentale ma potenzialmente idoneo all'espansione allorquando l'efficacia delle regole costituzionali si abbassi o venga meno del tutto, oppure quando si avverte l'esistenza di uno iato profondo tra gruppi sociali e ceti politici o istituzioni dello Stato stesso.

Assetto organizzativo e tutela dei diritti fondamentali rappresentano perciò la base normativa prioritaria e indefettibile di irreggimentazione del Politico nello Stato, la quale tuttavia può dissolversi anche in presenza di una crisi dell'ordine costituzionale vigente che apre la via all'avvento dello stato d'eccezione²⁰, in cui trova esito il regresso della forza vincolante e regolatrice del diritto positivo.

4. Lo stato d'eccezione può indurre, dunque, ad un'epifania del Politico effettivamente mirata al superamento della condizione di emergenza, con il pieno ripristino dell'ordine minacciato o violato. Ma proprio perché emancipato dal vincolo cogente dell'osservanza del diritto, l'azione del Politico può avere un'evoluzione diretta alla fondazione di un nuovo ordine costituzionale, segnandosi il definitivo superamento di quello ancora quiescente. Il Politico nello stato d'eccezione è in grado di innescare forti tensioni e dinamiche associative contrastanti, tra chi aspira alla difesa dei principi e diritti integranti il nucleo inviolabile della Legge fondamentale vigente (e in parte sospesa); e quanti, invece, concordano e concorrono, direttamente o implicitamente, all'avvento del nuovo ordine costituzionale e, con esso, al consolidamento progressivo di una nuova normalità sociale.

²⁰ C. Schmitt, *Politische Theologie* (1922), 8. Aufl., Berlin, 2004, part. p.42 ss .

Le tensioni sociali che, così, giungono a compendiarsi nella forma della lotta estrema risalgono pertanto alla volontà, rispettivamente, di conservazione o di definitivo superamento dell'ordine costituzionale esistente²¹.

5. La preservazione dell'ordine costituzionale, minacciato da situazioni impreviste e imprevedibili che arrivano a porre in pregiudizio l'integrità giuridico-istituzionale e/o materiale dello Stato²², può giustificare una funzionale sospensione di diritti costituzionali, nella fase di reazione ad un'emergenza così grave.

Quando la Costituzione non contiene un'espressa disciplina di una tale emergenza la reazione dello Stato, per quanto ragionevole e giustificata, in mancanza della relativa norma di riconoscimento non si colloca entro l'orizzonte dell'ordinamento giuridico e, dunque, dell'esercizio legittimo di un potere tipizzato. Nella specie, dove la necessità e l'urgenza nel provvedere rappresentano i presupposti esclusivi dell'intervento pubblico, queste ultime finiscono per declinarsi come la "fonte" ultima della produzione giuridica. Una tale attribuzione ha un senso unicamente sulla base della duplice consapevolezza che nella necessità come si riconosca la natura di fatto giuridico che attinge la sua portata regolatrice da un'ipotesi presupposta -una nuova *Grundnorm* che impone in generale di prestare obbedienza al diritto di necessità- da cui trae vita l'ordinamento dell'emergenza. La seconda consapevolezza è che una tale produzione giuridica temporanea in quanto radicata su un presupposto normativo originale, può risultare anche integralmente emancipata dal rispetto della Costituzione quale atto vigente nel tempo ordinario.

Nella circostanza, la forza agente secondo la *Grundnorm* di cui qui sopra si parla, seppur disposta all'autoregolazione, non incontra limiti nei caratteri dello stesso diritto emergenziale che produce ma unicamente, sul piano politico, sulla congruità della finalità perseguita, consistente di norma nel superamento della stessa condizione di emergenza, nonché sui tempi di durata dell'emergenza. Ogni altro

²¹ Parla di razionalità sostanziale della democrazia, K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neuedruck 20. Auf., Heidelberg, 1999, p. 62 ss, Rdn. n. 138.

²² C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)* in *E.d.D.*, XI, Milano, 1962, p. 140 ss., part. p. 194.

paradigma alla condotta dello Stato -proporzionalità delle misure, adeguatezza etc.- non risultando giuridicamente vincolante nello stato d'emergenza, non è in grado di operare alla stessa stregua degli ordinari paradigmi costituzionali che connotano il figurino dello Stato costituzionale di diritto, così da favorire il controllo di costituzionalità della condotta in parola.

6. Concentrandosi il fuoco dell'attenzione sulla situazione di emergenza sanitaria presente in Italia fin dai primi mesi del 2020, la sua giuridica regolazione attraverso una strategia mirata, tra l'altro, a prevenire l'ulteriore diffusione del contagio pandemico ha mostrato fin dall'inizio evidenti disallineamenti di ordine organizzativo e sostanziale rispetto al dettato costituzionale. Su questo piano, una prima disarmonia ha riguardo la forma di esercizio del potere emergenziale attraverso il sistematico ricorso alla decretazione d'urgenza ex art. 77 c. 2 Cost. e, di seguito, ad una serie di atti attuativi, di natura formalmente amministrativa, risalenti al potere centrale o a poteri territoriali (ordinanze ministeriali, dd.p.c.m., ordinanze dei presidenti regionali, ordinanze sindacali).

La riferibilità degli atti emergenziali con forza di legge al figurino dell'art. 77 c. 2, Cost., ben oltre il tratto formale (*nomen iuris*, procedimento di formazione ed esternazione) appare non senz'altro scontata in considerazione del fatto che tali atti, nella specie, lungi dal corrispondere essenzialmente ai bisogni contingenti connessi alla cd. "piccola emergenza"²³, a cui in generale sembra funzionalmente predisposto il decreto-legge²⁴, sanzionano gravi limitazioni di diritti costituzionali, anche al di fuori delle ipotesi previste dalle rispettive disposizioni. Le diverse proroghe che gli stessi decreti emergenziali hanno sancito dello stato di emergenza sanitaria hanno avuto l'effetto, così, di rendere pressoché ordinario l'impiego di tali atti per ormai quasi un biennio, di conseguenza relegandosi in un cono d'ombra il ruolo delle Assemblee rappresentative (*).

²³ Così, v. E. W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in *NJW*, 1978, p. 1884.

²⁴ Al riguardo, v. per tutti: Rodríguez, *Sub Art. 77 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Milano, 1990, p. 476 ss.

Per altro verso, la problematica legittimità costituzionale di tale assetto delle fonti si lega all'evidente regresso della condizione di emergenza sanitaria, come documentato da dati ufficiali relativi al livello del contagio ed al corrispettivo carico sulle strutture sanitarie. Insorge pertanto un dubbio tutt'altro che infondato sulla irragionevolezza dell'uso reiterato del decreto-legge in una condizione che, numeri alla mano, appare invece del tutto rientrata entro canoni di normalità gestionale. Un siffatto centralismo dell'Esecutivo, in effetti, presta il fianco alle critiche che già in passato il giudice costituzionale ebbe a muovere per frenare l'incedere ampio della decretazione d'urgenza come forma di compensazione della carenza, nei regolamenti parlamentari, di un'adeguata regolazione della procedura abbreviata di cui all'art. 72 c. 3 Cost..

Lo sbrego costituzionale risulta addirittura aggravato dal fatto che l'esistenza di una larghissima maggioranza parlamentare a sostegno del Governo rende meno intensa la dialettica democratica anche all'interno delle Assemblee parlamentari e, di converso, più congruo il rischio ultimo di una effettiva trasfigurazione della forma di governo a monismo parlamentare²⁵.

7. Un ulteriore disallineamento costituzionale della normazione emergenziale può rinvenirsi anche nelle più recenti misure di prevenzione poste in campo dal Governo, in particolare, nella previsione del possesso di una certificazione verde (*green pass*) inteso come necessario requisito per l'esercizio di alcuni diritti costituzionali (dalla libertà d'istruzione e culturale in senso lato alla libertà di riunione o di associazione, alla libertà personale, etc.) incluso il diritto fondamentale al lavoro (art. 5 u.c., d.l. n. 127/2021).

Si tratta di una misura solo in parte analoga (i cd. *certificati interoperabili*) a quella prevista anche dalla normativa comunitaria (Regg. Nn. 953 e 954 del 2021) con l'obiettivo di "facilitare l'applicabilità dei principi di proporzionalità e non discriminazione per quanto riguarda le restrizioni alla libera circolazione durante

²⁵ Sul punto, T. Martines, *Diritto costituzionale* (a cura di), 2011, part. p. 199 ss.; G. Morbidelli, M. Volpi, G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, p. 249 ss.

la pandemia” (reg. n. 953/21, Considerando n. 14). La disciplina europea, tuttavia, persegue essenzialmente fini di garanzia, come quello di garantire l’impenetrabilità dei dati sensibili, nel contempo dovendosi evitare il rischio di trattamenti discriminatori tra vaccinati e non vaccinati conseguenti alla misura introdotta, ribadendosi in ogni caso il divieto di introduzione -sia pure in forma surrettizia- di un obbligo alla vaccinazione²⁶.

Rispetto agli obiettivi comunitari, la disciplina nazionale della certificazione verde evidenzia punti di chiara distonia in quanto assecondando poco o nulla le istanze di garanzia rappresentate dalla normativa di livello sovranazionale, introduce evidenti discriminazioni nei trattamenti tra individui, rispettivamente, in possesso o meno della certificazione verde ai fini dell’esercizio di molteplici libertà costituzionali, ignorandosi peraltro l’esortazione della citata normativa comunitaria a una limitazione nell’uso di tali certificazioni.

Oltre alla problematica compatibilità con il diritto comunitario, la previsione nazionale emergenziale manifesta nella sua portata condizionante non poche incongruenze sul piano della legittimità costituzionale finendo per entrare in rotta di collisione innanzitutto con il principio d’uguaglianza (art. 3 Cost.), in ragione delle distinzioni nei trattamenti che la stessa introduce. Tali distinzioni non sembrano trovare ragionevole giustificazione né nel fine di sicurezza/prevenzione né sul piano della adeguatezza e proporzionalità (essenzialità, necessità) della misura.

Sul primo versante, è notoria -perché suffragata dall’accertamento scientifico- l’incapacità della vaccinazione di offrire una completa copertura dal rischio di

²⁶ “È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino anti COVID-19 è attualmente somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l’opportunità di essere vaccinate. Pertanto, il possesso di un certificato di vaccinazione, o di un certificato di vaccinazione che attesti l’uso di uno specifico vaccino anti COVID-19, non dovrebbe costituire una condizione preliminare per l’esercizio del diritto di libera circolazione o per l’utilizzo di servizi di trasporto passeggeri transfrontalieri quali linee aeree, treni, pullman, traghetti o qualsiasi altro mezzo di trasporto. Inoltre, il presente regolamento non può essere interpretato nel senso che istituisce un diritto o un obbligo a essere vaccinati”: Reg. n. 953/2021, Considerando n. 36.

contagio del virus ²⁷ e, quindi, di assicurare nei soggetti vaccinati l'incapacità di risultare a propria volta vettori di contagio. La vaccinazione, pertanto, non sembra in grado di surrogare senz'altro l'efficacia profilattica degli ordinari strumenti della prevenzione igienico-sanitaria (mascherine, uso di disinfettanti, etc.). Rispetto all'ordinaria profilassi, pertanto, la certificazione verde appare come una soluzione del tutto inadeguata e sproporzionata, negli effetti sanzionatori connessi alla carenza di possesso della stessa. Si aggiunga, a ciò, che le misure premiali sancite dai decreti emergenziali in favore della certificazione da vaccinazione -quale, in primo luogo, l'estensione della sua validità oltre il periodo corrispondente ad un'efficace copertura sanitaria conseguente alla vaccinazione- rappresentano a propria volta incentivi indiretti alla copertura vaccinale ma finiscono per aggravare i dubbi d'incostituzionalità in quanto fanno venire meno la logica corrispondenza tra il tempo di validità del *pass* vaccinale e quello della copertura vaccinale.

Ciò produce la conseguenza di trasformare il primo in un mero provvedimento autorizzatorio reso necessario per l'esercizio di attività connesse a diritti costituzionali di libertà.

8. L'intento politico di favorire attraverso l'introduzione delle certificazioni verdi un effetto induttivo alla generale copertura vaccinale di tutta popolazione può intravedersi nella previsione che estende a tutti i lavoratori del settore privato e ad altre categorie importanti di dipendenti pubblici (es., magistrati, professori universitari, personale delle forze di P.S., etc.: art. 1, c. 1, d.l. n. 127/2021; per i magistrati, nello specifico, art. 2 cc.1 e 2., d.l. n. 127/2021) l'obbligo del possesso della certificazione in questione. A ciò si aggiunge l'esortazione agli organi costituzionali ad adeguare "ciascuno nell'ambito della propria autonomia" i rispettivi ordinamenti alla disciplina sulla certificazione verde (art. 1, c. 12, d.l. n. 127/2021).

²⁷ In considerazione della rapida mutazione del virus e dunque della sua capacità di eludere la barriera vaccinale, viene a difettare l'effetto di sicurezza che la certificazione verde dovrebbe assicurare sulla impossibilità per il possessore di certificazione di contagiare e di venire contagiato.

Tale regolazione lungi dal confutare critiche d'incostituzionalità finisce, invece, per alimentarle giacché ha l'effetto di condizionare lo svolgimento di funzioni di immediata rilevanza costituzionale, come l'amministrazione della giustizia, essenziali per l'esistenza stessa dello stato di diritto al previo possesso del provvedimento amministrativo citato. Il condizionamento dell'esercizio effettivo della funzione giurisdizionale a misure di natura amministrativa appare, oltre che incomprensibile alla luce del citato art. 32 c. 1 Cost. che statuisce, in materia, una libertà di autodeterminazione, non ragionevole sul piano degli effetti potenziali che esso reca. Nel caso, infatti, di esercizio legittimo di siffatta libertà da parte degli appartenenti all'ordine giudiziario, il rischio ultimo può consistere nella paralisi effettiva dello Stato di diritto, con inevitabile pregiudizio dei relativi diritti e interessi costituzionali coinvolti nel processo giurisdizionale.

9. Ciò lascia intendere che il fine ultimo della strategia posta in essere dall'Esecutivo debba rinvenirsi non tanto nell'induzione alla vaccinazione quanto, essenzialmente, nella introduzione in forma surrettizia di un vero e proprio obbligo vaccinale in chiaro contrasto con il citato art. 32 c. 1 Cost. Una siffatta eterogenesi di fini riesce in qualche modo confermata dalla esclusione, dal novero dei test che danno luogo al rilascio della certificazione verde, dei tamponi salivari rapidi, il cui costo senz'altro più sostenibile di altri test ammessi e non meno sicuro nell'esito (questo genere di tamponi è stato anche validato dall'Istituto Superiore di Sanità) potrebbe inibire l'effetto induttivo alla vaccinazione perseguito dal Governo con l'introduzione della certificazione verde ²⁸. Tanto può rilevarsi anche dalle parole del Ministro Brunetta che elogiando "la logica ...geniale" del *green pass* ha esaltato la capacità di quest'ultimo di imporre "un costo psichico ("fatevi infilare dentro al naso fino al cervello i cotton fioc lunghi...") ... e un "costo monetario" a chi decida di non vaccinarsi, oltre ad un connesso "costo organizzativo" (andare in farmacia, aspettare il tempo necessario, pagare, etc.).

²⁸ Che l'efficacia accertativa dei tamponi salivari rapidi non sia inferiore a quella risalente ad altri test ammessi testimonia il fatto che anche i primi hanno ricevuto validazione da parte dell'organismo scientifico competente (ISS).

Ma l'esclusione dei test "leggeri" rappresentare un ulteriore fattore di antinomia con la citata normativa comunitaria (Reg. UE n. 953/2021) che, anzi, esorta ad una facilitazione al rilascio della certificazione in modo "economicamente conveniente" (41. "Considerando"). Inoltre, la stessa esclusione si mostra irragionevole giacché non giustificata nella finalità, considerato che le forme di controllo in questione, al pari di altre ufficialmente ammesse al rilascio del *pass* risultano validate dall'organismo competente (ISS).

10. I risvolti problematici dell'esperienza di gestione dell'emergenza sanitaria, alla luce di quanto finora rilevato, non possono essere contenuti entro la questione ultima della sua incostituzionalità in generale o di quella di singole misure di prevenzione ma inducono a spingersi nel tentativo di un inquadramento complessivo delle dinamiche in atto nella società civile.

A ben vedere, in tale esperienza sembrano condensarsi i prodromi di una vera e propria trasformazione, sociale e politico-istituzionale, dello Stato che l'ordinamento emergenziale finisce per favorire. Per un verso, è in atto un cambiamento di *modus vivendi* sociale che abitua all'esercizio di libertà condizionate sul presupposto del permanere dello stato di emergenza sanitaria. Con esso, si fa più incisiva la divisione del contesto dell'unità sociale dello Stato tra l'area dei vaccinati e quella dei non vaccinati al cui aggravamento concorre in modo non lieve anche il flusso della comunicazione pubblica.

Per altro verso, la trasformazione investe tutti i cardini politico-istituzionali dello Stato, dalla democrazia alla forma di governo, per finire al sistema dei diritti fondamentali. La democrazia vede per certi aspetti accentuata la sua condizione critica già rilevata nella dottrina più accorta che è giunta a preconizzare l'avvio di uno Stato post-democratico²⁹.

Sul versante dell'organizzazione, la centralità del Governo e la sua preminenza rispetto alle Assemblee parlamentari elettive tende ad affermarsi quasi come inevitabile, conseguente alle esigenze di efficienza e celerità che la politica

²⁹ C. Crouch, *Postdemokratie* (2003), Frankfurt am Main, 2008, part. p. 101 ss..

contemporanea impone di soddisfare. Pertanto, sorveglianza costante del potere pubblico sulla vita dei cittadini, esercizio condizionato dei diritti individuali, predominanza costante dell'interesse pubblico sulle libertà secondo una deformata logica di stato repubblicano³⁰ sembrano delinearci come tratti inediti di un nuovo ordine, destinato a sostituire in forma definitiva quello recato dalla Costituzione del '48. Rispetto all'orientamento appena descritto il diritto emergenziale, oltre a segnare una discontinuità anche con l'assetto dei valori costituzionali appare strettamente prodromico e funzionale alla trasformazione di cui si parla. Esso giunge nella realtà a rivestire la natura e il carattere di una *Wandel-Verfassung*³¹ che nell'esito rinnovatore incoraggiato rinviene anche il fine ultimo della propria esistenza e realizzazione piena. In questo senso, può rinvenirsi nel diritto emergenziale una portata costituente che è anche il fine pratico ultimo della sua esistenza.

11. Tirare le conclusioni dopo quanto finora detto può apparire persino inutile e ridondante giacché il quadro rappresentato è sufficiente a definire condizioni ed esiti dell'esperienza presente. Può sembrare naturale, allora, in questo contesto segnato da una zona grigia di legalità costituzionale la (ri)emersione del Politico nello Stato e, con esso, il rischio di un deterioramento progressivo del confronto pluralistico. In quest'ordine di idee, l'apprezzamento delle misure emergenziali non viene più tanto a riconoscersi nella sfera esclusiva del diritto costituzionale che quanto, soprattutto, nella effettiva forza associativa e/o dissociativa, nel senso che si è sopra indicato, che le stesse lasciano manifestare rispetto all'unità sociale.

Può dirsi aperta, ora, una fase nuova dell'esperienza connessa allo stato di emergenza, dove l'urgenza della prevenzione per la tutela della salute pubblica cede il passo ad un'azione più strutturata nella prospettiva della fondazione di una nuova normalità, dal punto di vista politico-istituzionale come da quello

³⁰ Sul punto, cfr. ancora J. Habermas, *Drei Modelle der Demokratie* (1992), ora anche in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, cit., 1996, p. 277 ss.

³¹ H.P. Ipsen, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. Schwarze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, 1983, p. 29 ss., part. p. 51.

sostanziale. L'espressione del Politico rende evidente, oltre alla capacità divisiva delle misure impiegate, la forza del confronto sottostante tale processo di rimodellamento dello Stato. Essa, dunque, lungi dal rappresentare unicamente la reazione ad un'amministrativizzazione dello stato di emergenza sanitaria rivela, piuttosto, la condizione problematica di un'identità sociale smarrita, che si afferma in modo solo parziale e frammentato nel consenso rinnovato alla razionalità propria della Costituzione. L'intrinseca consistenza polemica esistente anche in questa manifestazione del Politico³² deve intendersi come il risvolto del pericolo avvertito di una distonia grave del diritto emergenziale rispetto al sistema dei principi e libertà che realizzano l'identità dello Stato come soggetto di unità politica e volano dell'integrazione sociale.

12. Ad un'osservazione puramente statica dell'esperienza si può affermare, parafrasandosi una nota dottrina³³, che lo stato costituzionale democratico di diritto quale definito nella Legge fondamentale repubblicana del '48 sia giunto ormai alla fine. Ad un più attento esame, però, una tale conclusione risulta fallace se la si intende riferire ad una presunta perdita di attualità e di consenso di valori e principi della Carta repubblicana.

Pur in una condizione di tensione nutrita dall'accentuazione dei toni critici con cui la gestione dell'emergenza sanitaria è declinata quale forma di transito verso la creazione di un *"un nuovo ordine culturale, legislativo e sociale nutrito d'irresponsabilità politica e di coartazione tecnologico-sanitaria"*³⁴ la Carta costituzionale si mostra viva e radicata nel substrato culturale della comunità statale. L'auspicio è, pertanto, che ogni manifestazione del Politico sia riassorbita entro i vincoli reali della cornice normativa costituzionale. A tanto deve adoperarsi soprattutto "la" politica, recuperando come valore prima ancora che come limite normativo la dimensione

³² Sottolinea il valore polemico di tutti i concetti fondamentali della politica, B. Ladwig, *„Die Unterscheidung von Freund und Feind als Kriterium des Politischen (26-28)“*, in R. Mehring (Hrsg.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen – Ein kooperativer Kommentar*, Berlin, 2003, part. p.45 ss .

³³ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, cit., p.10.

³⁴ Lettera degli studenti inviata al Rettore e docenti dell'Università di Bergamo il 01.09.2021.

del costituzionalmente legittimo entro cui lasciar rientrare ogni istanza di interesse o bisogno, generale e individuale.

Il Politico in senso schmittiano, come è noto, per condizione propria sfugge ad una declinazione di tipo giuridico³⁵ e, quando trova sempre più ampi spazi di manifestazione, è destinato a contraddire l'esistenza stessa dello stato costituzionale di diritto. In tal caso, continuare a discettare di illegittimità costituzionale del diritto emergenziale rischierebbe di apparire incongruente e persino fuorviante, di certo non molto utile.

³⁵ Conforme, C. Schönberger, „Staatlich und Politisch“ (20-26) - *Der Begriff des Staates im Begriff des Politischen*, in R. Mehring (Hrsg.), *Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen*, cit., p.21 ss.