

IL POLITICO NELL'EMERGENZA (SANITARIA): Divagazioni minime su un tema classico.

di
Vincenzo Baldini *

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La Costituzione giuridico-positiva come forma di razionalizzazione del Politico. 3. La normalità perduta. La cd. amministrativizzazione dell'emergenza come apparenza di normalità giuridica. 4. Il Politico dentro lo Stato: tra confronto pluralistico e lotta di identità. 5. Conclusioni. Il Politico nella terra di nessuno: tra ritorno allo status quo e instaurazione di una nuova normalità costituzionale e ordinamentale.

1. Premessa.

Nella lettera di protesta inviata dagli studenti dell'Università di Bergamo al proprio Rettore contro le misure più recenti assunte dal Governo in ragione dell'emergenza sanitaria, in particolare contro l'introduzione della certificazione verde quale presupposto e condizione per accedere alle strutture universitarie, viene sottolineata *“la drastica riduzione e il graduale smantellamento delle libertà fondamentali sancite dalla Costituzione Italiana e dell'ordinamento democratico del nostro Paese”* che tali misure hanno prodotto e stanno ancora producendo. In un passaggio della lettera, poi, si fa richiamo alla responsabilità morale (degli studenti stessi) a *“non assecondare, per il bene nostro e altrui, un nuovo ordine culturale, legislativo e sociale nutrito d'irresponsabilità politica e di coartazione tecnologico-sanitaria”*¹.

*Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Cassino.

¹ Lettera degli studenti inviata al Rettore e docenti dell'Università di Bergamo il 01.09.2021.

La costruzione di un nuovo ordine giuridico e sociale-culturale quale esito ultimo dell' emergenza sanitaria presente costituisce una sensazione generalizzata in diversi gruppi sociali, oltre che un pericolo avvertito anche nel dibattito politico, da cui è scaturito, soprattutto da ultimo, uno scontro anche culturale all'interno della comunità statale. Così, le dinamiche aggregative e disaggregative, di individui e gruppi, che si vanno sviluppando in questa fase dell'esperienza recano con sé un'estremizzazione in grado anche di convertire lo scontro in una vera e propria lotta tra chi apprezza la strategia di prevenzione posta in essere dal governo e chi, invece, ne dissente censurando soprattutto le ultime misure intraprese per arginare la pandemia.

Il presente lavoro non intende tanto ricostruire contenuti delle misure emergenziali finora adottate dal Governo sotto il profilo dei dubbi di legittimità costituzionale che riguardano alcune di esse ma vuole concentrare il fuoco dell'attenzione, in particolare, sulle dinamiche sociali cui tali misure stanno dando luogo come fasi che, rispettivamente, preconizzano o lasciano intravedere barlumi di quel Politico caratterizzato, secondo *Carl Schmitt*, dal distico oppositivo amico/nemico². Di tale Politico possono dirsi, ad es., sintomatici i numerosi movimenti di piazza o le catene aggregative attraverso i social di persone che si oppongono all'azione di Governo evocando il "ritorno" a una legalità costituzionale che avvertono come irrimediabilmente perduta. Tali movimentazioni, che sempre di più tendono ad assumere la natura reale di identità politiche, rivelano una trasformazione dell'ordinario confronto pluralistico in una situazione sociale inedita, connotata dall'estremizzazione delle opposte posizioni che tendono a manifestarsi in questo contesto.

In particolare, il rispetto delle libertà costituzionali individuali, per un verso, per altro verso, il timore dell'avvento di un nuovo ordine connotato, in generale, dall'esistenza incrementale di una libertà condizionata rappresentano il terreno su

² C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 7. Auf., 5. Nachdruck der Ausgabe von 1963, Berlin, 1996, p. 30 ss.

cui il Politico sembra in grado di riproporsi, anche all'interno dell'ordinamento statale nella forma pura e pericolosa dell'antitesi amico/nemico³.

2. La Costituzione giuridico-positiva come forma di razionalizzazione del Politico.

"Il Politico ... ha suoi propri criteri che in particolar modo sono efficaci nei confronti dei diversi, relativamente autonomi ambiti/settori materiali dell'agire e del pensare umano, in particolare della morale, dell'estetica, dell'economia. ... La distinzione specificamente politica a cui si lasciano ricondurre le attività e i motivi politici è la distinzione di *amico* e *nemico*"⁴ (corsivo dell'A.: n.d.r.). In tale concetto del Politico, dunque, si comprende tanto l'inconciliabilità assoluta degli opposti, in grado di portare alla guerra, quanto la disponibilità dei singoli a sostenere fino al sacrificio ultimo della vita le rispettive posizioni.

Una tale consistenza del Politico dunque non può appartenere alla logica propria dello Stato costituzionale democratico di diritto in cui il pluralismo che postula una concorrenza di interessi e di *Weltanschauungen* all'interno della comunità sociale viene a spiegarsi, in ultima analisi ed ordinariamente, entro il perimetro delle regole costituzionali che recano, essenzialmente, norme fondamentali attributive di diritti e di poteri, oltre a definire istituzioni di garanzia per l'esercizio non arbitrario dell'autorità. Inoltre le regole procedurali per l'esercizio della democrazia valgono a veicolare e stabilizzare il confronto tra interessi in forme e modi resi accettabili a tutte le parti politiche. Lo Stato si configura così quale soggetto di pace e di potere⁵ che garantisce, insieme alla sicurezza, lo svolgimento di compiti e funzioni essenziali a giustificare l'esistenza ed a conferire effettività al complesso dei principi e diritti sanciti dalla Costituzione. Quest'ultima, a propria volta, oltre a

³ Ibidem, p. 70 ss.

⁴ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, cit., p. 26. Sul senso polemico di tutti i concetti politici in Carl Schmitt, v. M. Hirsch, *Politische Theologie des Konflikts*, in R. Vogt (Hrsg), *Der Staat des Dezisionismus*, Baden-Baden, 2007, p. 83 ss., part. p. 84.

⁵ E.W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin, 1978, p. 12 ss.; nonché, Id., *Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts* (1988), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 352.

costituire la cornice normativa essenziale dei processi di decisione politica, manifesta sul piano assiologico una valenza identitaria irretrattabile.

La natura dello Stato costituzionale non vale dunque a dare forma e identità a un'unità politica precostituita come il popolo nel senso ritenuto da Carl Schmitt, dunque, a una realtà pregiudiridica, quasi di derivazione naturalistica. Esso si presenta invece come un'unità politica di natura funzionale⁶ in grado di includere il pluralismo degli interessi sociali senza mai comprimerli o annullarli, contemperandone l'espressione nella sintesi formale della decisione politica riguardante l'esperienza della vita sociale⁷.

Si tratta, con riguardo allo Stato, di un "processo storico concreto"⁸ ed effettivo mirato essenzialmente alla creazione di un'unità di azione⁹ la cui preservazione si mostra necessaria per la realizzazione dell'ordine, della sicurezza e della pace sociale, ragioni giustificative della sua esistenza. In questo specifico senso, riferito precipuamente alla sua capacità di prestazione, può dirsi ancora che il concetto di Stato postula quello del Politico¹⁰, in un senso diverso e, per certi aspetti, più evoluto rispetto a quello che -schmittianamente, potrebbe dirsi- risolve il primo nell'unità di popolo e intende il secondo come forma di manifestazione e difesa estrema di tale unità.

All'interno dell'ordine statale, dunque, il Politico, convertito nella forma mitigata della politica razionale, si atteggia come confronto e dialettica ordinaria della società pluralista, senza mai estremizzarsi nella lotta amico/nemico, mantenendosi entro il confine di osservanza delle norme costituzionali. Le sue dinamiche non giustificano perciò il ricorso alle categorie classiche (amico/nemico) proprie di esso e non arrivano al punto da porre in pregiudizio l'integrità dello Stato¹¹ quale unità

⁶ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 5 ss.

⁷ Idem.

⁸ Ibidem, p. 6.

⁹ Ibidem, p. 7 ss.

¹⁰ C. Schmitt, op. ult. cit. p. 20.

¹¹ Nel contempo, lo Stato rappresenta anche la premessa istituzionale di realizzazione (e manifestazione) del concetto di sovranità, al quale si correla in qualche modo l'identità del Politico. E.W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 350 ss.

politica nel senso di cui si è detto sopra¹². In quanto soggetto di potere lo Stato è in grado di norma di prevenire le cause generatrici di un disordine istituzionale anche nelle condizioni più gravi dell'emergenza.

La Costituzione nella sua parte giuridico-positiva si mostra, perciò, il presidio finale in quanto complesso normativo essenziale entro cui la dialettica e il confronto politico si svolge in forme legittime e ammesse nello Stato. In particolare, il catalogo dei diritti/principi fondamentali esalta l'istanza primaria di libertà come premessa e condizione necessaria delle dinamiche pluralistiche fissando anche i casi della sua limitazione a tutela di interessi generali. La previsione al riguardo di riserve di legge risponde essenzialmente ad un bisogno di trasparenza e comprensibilità, oltre che ad un'esigenza di partecipazione, che valgono a qualificare la densità democratica del relativo procedimento di decisione. In ciò, del resto, si evidenzia la condizione di "razionalità sostanziale"¹³ propria della democrazia (e della democrazia parlamentare, nello specifico). In questo senso, le norme costituzionali valgono a favorire una stabilizzazione del confronto politico mantenendolo entro un alveo che contempla l'espressione delle differenze ma senza inibire la decisione politica.

La valorizzazione del concetto di democrazia non si connette tanto ad una concezione "identitaria" fondata sul postulato, teoreticamente discutibile, dell'unità politica di popolo e/o di una sua omogeneità sostanziale, da cui deriva - per Schmitt- l'"equivalenza" indistinta di tutti gli appartenenti a tale unità¹⁴. Su questo versante, è stata opportunamente rilevata la natura di *fictio iuris* della democrazia identitaria¹⁵ e, perciò, del popolo come sinonimo dell'unità politica dello Stato¹⁶, condizione che Schmitt reputava necessaria per quest'ultimo per

¹² E.W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts* (1988), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 344 ss., part. p. 346 ss.

¹³ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 62 ss.

¹⁴ H. Dreier, *Kelsen im Kontext*, Tübingen, 2019, p. 80.

¹⁵ H. Kelsens, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), ora anche in Id., *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. Von M. Jestaedt, O. Lepsius), Tübingen, 2006, p. 149 ss., part. p. 164.

¹⁶ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 62 ss.

esistere ed operare assumendo decisioni politiche¹⁷. Non si nega, con ciò, l'esigenza di un minimo di omogeneità sostanziale del popolo quale presupposto etico della democrazia¹⁸ necessario a garantire consenso e condivisione delle regole democratiche, soltanto, si vuole smentire la piena e completa integrazione di identità e rappresentanza¹⁹ che si fonda sulla concezione dello Stato/unità politica nel senso proprio del pensiero schmittiano²⁰, che ignora l'autonomia anche funzionale delle singole componenti il pluralismo politico-sociale. La valorizzazione di queste ultime appare correlata, invece, ad un assetto democratico di stampo essenzialmente liberale-parlamentare, al cui fondamento è l'autodeterminazione individuale²¹, il principio della libertà del singolo e, così, della eguale libertà di tutti²².

¹⁷ E.W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, cit., p. 350 ss.

¹⁸ E.W. Böckenförde, *Demokratie und Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 348 ss.

¹⁹ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck erster Auflage (1928), Berlin, 1970, p. 204 ss., part. p. 206.

²⁰ Idem.

²¹ H. Dreier, *Kelsen im Kontext*, cit., p. 81. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), ora anche in Id. *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. Von M. Jestaedt, O. Lepsius), Tübingen, 2006, p. 149 ss., part. p. 153 ss.; v. H.P.Schneider, W. Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin-New York, 1989, p.171.

²² H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., part. p. 162. La democrazia come esercizio della libertà collettiva di autodeterminazione rende compatibile (superandosi, così, il naturale contrasto) l'istanza di libertà individuale con i vincoli dell'ordinamento statale. In questa prospettiva, rileva il principio di maggioranza (assoluta), mostrandosi peraltro utopica la ricerca dell'unanimità ("„Nur der Gedanke, daß -wenn schon nicht alle- so doch *möglichst viele Menschen frei sein*, d.h. *möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen* (corsivo dell'A.: n.d.r.) , führt auf einem vernünftigen Wege zu Majoritätsprinzip.“ (p. 159). Riesce, così, valorizzato il ruolo dei partiti politici come necessarie strutture di organizzazione del consenso, essendo inadeguata l'espressione della maggioranza come mero calcolo di una quantità di voti atomisticamente considerati ("„Die moderne Demokratie beruht geradezu auf den politischen Parteien, deren Bedeutung um so größer ist, je stärker das demokratische Prinzip verwirklicht ist.“ (p. 166). L'effettivo trasferimento in capo ai rappresentati politici del potere di decisione è concepito come conseguenza inevitabile che non contraddice l'essenza della democrazia giacché nelle società moderne, la complessità delle decisioni politiche rende "praticamente impossibile" l'impiego di modelli di democrazia diretta come forma ordinaria di espressione della volontà statale (p. 176). Il parlamentarismo è inteso, allora, come un prodotto della (necessaria) ripartizione del lavoro, non come soluzione organizzativa legittimata secondo il principio della volontà popolare (p. 174 ss.) seppure il suo modello negli Stati democratici attinga le specifiche soluzioni dall'idea della sovranità popolare. Ciò non equivale, per Kelsen, a ritenere che l'esistenza di un corpo rappresentativo possa costituire l'unica forma di espressione della

In relazione a tali differenti approcci teoretici finisce per mutare, dunque, il senso, la forma e la natura dello stato democratico. In particolare, nel primo approccio (democrazia identitaria) risulta valorizzata la relazione diretta e immediata tra l'indistinta unità di popolo²³ e la sua rivelazione attraverso manifestazioni dirette ed empiriche (acclamazione, raduni di piazza), non veicolate o istituzionalizzate attraverso la regola giuridica²⁴. Del resto, La critica di Schmitt all'esercizio dei diritti politici come espressione di volontà popolare si incentra sulla considerazione, nella specie, del singolo come individuo e non, invece, come componente l'unità politica. L'azione di questo in quanto rivelatrice dell'identità di gruppo vale ad esprimere la forza politica reale dell'unità di quest'ultimo che reca in sé una carica potenzialmente esclusiva e ostile (*hostis*) verso chiunque a quell'identità non appartenga. Tale carica si predispone o, quanto meno, giunge a contemplare la possibilità di lotta estrema quando non razionalizzata nelle forme tipizzate dall'ordinamento costituzionale.

volontà democratica, negandosi di conseguenza ogni possibilità di ricorso a forme di democrazia diretta. E' vero tuttavia che la prima ne rappresenta la forma ordinaria, a cui può affiancarsi, per situazioni specifiche, anche il ricorso a forme di democrazia diretta (referendum, plebiscito) (p. 176.).

²³ . Per Schmitt, come è noto, l'espressione adeguata di democrazia non sta nell'esercizio del diritto individuale di voto ("Es gehört zu den undemokratischen, im 19. Jahrhundert aus der Vermengung mit liberalen Grundsätzen entstandenen Vorstellungen, das Volk könne seinen Willen nur in der Weiße äußern, daß jeder einzelne Bürger, in tiefstem Geheimnis und völliger Isoliertheit, also ohne aus der Sphäre des Privaten und Unverantwortlichen hervorzutreten, unter „Schutzvorrichtungen“ und „unbeobachtet“ - ...- seine Stimme abgibt, dann jede einzelne Stimme registriert und eine arithmetische Mehrheit berechnet wird": C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, 8. Auf., Berlin, 1996, p. 22), in quanto non si rinviene, in questa forma di manifestazione della volontà, l'unità indistinta di popolo ("Die Gleichheit aller Menschen als Menschen ist nicht Demokratie sondern eine bestimmte Art Liberalismus": (p. 18). Perfino l'orientamento unanime di una moltitudine non identifica la volontà del popolo, almeno nella misura in cui essa racchiude solo il complesso di singole volontà individuali („Die einstimmige Meinung von 100 Millionen Privatleuten ist weder der Wille des Volkes, noch öffentliche Meinung": p. 22.). Solo nell'acclamazione del Capo si rinviene l'essenza propria del popolo quale soggetto unitario e omogeneo nella complessità indistinta dei suoi appartenenti ("Der Wille des Volkes kann durch Zuruf, durch *acclamatio* (corsivo dell'A.: n.d.r.), durch selbstverständliches, unwidersprochenes Dasein ebensogut und noch besser demokratisch geäußert werden als durch den statistischen Apparat...": p. 22).

²⁴ Tanto porta lo stesso Schmitt a riconoscere come dotati di essenza democratica -seppure di natura illiberale- regimi dittatoriali, come il bolscevismo e il fascismo ("Bolschewismus und Fascismus ... sind wie jede Diktatur zwar antiliberal, aber nicht notwendig antidemokratisch": C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, cit.,).

Una matura percezione dei valori costituzionali ed un consenso comune agli stessi si mostra, così, una precondizione anche di natura politica, di fatto necessaria a fare sì che l'antitesi tra gruppi non giunga ad integrare "contrapposti punti di orientamento per la concreta forma dell'unità politica" del popolo²⁵ innescando conflitti irriducibili entro una dimensione di legittimità.

3. *La normalità perduta. La cd. amministrativizzazione dell'emergenza come apparenza di normalità giuridica.*

L'emergenza sanitaria ha indubitabilmente alterato in maniera grave quella condizione di normalità che costituisce "il presupposto stabile della normatività", per cui "e senza dubbio" non c'è alcuna norma "applicabile in una condizione di caos" ²⁶. In effetti, quali aspettative di condotta dotate di forza ordinatrice²⁷, le regole giuridiche postulano una condizione di normalità il cui venir meno comporta, corrispettivamente, il ridursi o il venir meno del tutto della loro capacità regolativa. Stante, dunque, la necessità di una correlazione di tipo assiologico-funzionale tra "la norma giuridica e la situazione della realtà sociale" dalla prima presupposta ²⁸ l'obiettivo di una "piena pacificazione all'interno dello Stato e del territorio" ²⁹ in conseguenza dell'efficacia delle norme costituzionali e dell'intero ordinamento statale rientra esclusivamente nelle prestazioni "di uno Stato normale (corsivo mio: n.d.r.)" ³⁰, dove insistono "tranquillità, sicurezza e ordine" in quanto condizioni integranti la "situazione normale" (corsivo dell'A.: n.d.r.)³¹. Tale correlazione valorizza in buona sostanza l'indefettibile connessione causale

²⁵ In ogni Stato può esserci la prevalenza dell'uno o dell'altro ma entrambi "appartengono all'esistenza politica di un popolo": C. Schmitt, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck erster Auflage (1928), Berlin, 1970, p. 204 ss., part. p. 206. In effetti, rileva Schmitt, nella specie agisce il complesso dei cittadini attivi (maggioenni) che, come tale, non è l'unità politica del popolo ma soltanto la rappresenta.

²⁶ Così H. Heller, *Staatslehre*, 6. Rev. Aufl., Tübingen, 1983, p. 288.

²⁷ E.W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in NJW, 1978, p. 1881 ss., part. p. 1884.

²⁸ Idem.

²⁹ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, cit., p. 46.

³⁰ Idem, p. 46.

³¹ Idem, p. 46.

esistente tra normalità e normatività³² quale premessa reale della capacità del diritto positivo di regolare fattispecie e condotte di singoli e poteri all'interno dello Stato. In presenza di situazioni eccezionali, dove la normalità fatalmente declina, la normatività dell'ordinamento statale giunge, di conseguenza, a perdere consistenza aprendosi così varchi alle manifestazioni del Politico.

Ciò è senz'altro verso sul piano pratico, su quello giuridico, tuttavia, occorre interrogarsi, se il difetto di normatività debba essere inteso come condizione di fatto, desumibile in concreto dall'esperienza di una normazione emergenziale derogatoria del diritto positivo ordinario (anche di livello costituzionale); oppure se essa sia la conseguenza di una determinazione tipizzata dallo stesso diritto positivo, contenuta in una norma di rango costituzionale che disciplini, pertanto, l'emergenza "grave", capace di giustificare la sospensione di principi e garanzie sanciti dalla Legge fondamentale e vigenti in tempo ordinario in forme e modi ivi previsti.

Nel primo caso, stante che la normalità "è presupposto per garantire all'interno del territorio statale, la piena vigenza delle norme giuridiche"³³ la sua effettiva carenza quando tocchi il livello del diritto costituzionale traduce senz'altro l'apertura dello stato d'eccezione³⁴. Nel secondo caso, la normatività è presunta in via assoluta pur sussistendo uno stato reale di emergenza, così che la sospensione di diritti e garanzie costituzionali può conseguire soltanto ad una decisione prevista dalla norma di riconoscimento, se questa sia prevista nella Carta costituzionale. Tacendosi del tutto su tale situazione la regolazione di un'emergenza andrebbe declinata come fattispecie necessariamente sottoposta all'osservanza del diritto costituzionale, salvo a configurarla come situazione di fatto, esterna ed estranea al diritto positivo.

Tanto considerato va sottolineato in premessa come la Costituzione italiana non abbia inteso regolamentare l'emergenza costituzionale oltre il caso esclusivo della

³² Così H. Heller, *Staatslehre*, cit., p. 288.

³³ C. Schmitt, op. ult. cit., . 46.

³⁴ Al riguardo, v. in particolare G. Agamben, *Stato d'eccezione*, Torino, 2003, part. p. 40 ss.

guerra (art. 78 Cost.)³⁵, limitandosi alla previsione che conferisce al Governo il potere di adottare sotto la propria responsabilità provvedimenti provvisori con forza di legge per la gestione dei “casi straordinari di necessità ed urgenza “ (art. 77 Cost.). Nondimeno, tale previsione, non contemplando ipotesi di sospensione di diritti e garanzie costituzionali nello stato d'emergenza, parrebbe limitare l'adozione dei suddetti provvedimenti ai soli casi rientranti nella “piccola emergenza”³⁶.

Si tratta allora di cercare di definire preliminarmente la natura dell'emergenza sanitaria in atto, per comprendere la legittimità innanzitutto delle soluzioni organizzative poste in essere per la sua gestione. Queste sono innanzitutto caratterizzate da un punto di vista istituzionale da una alterazione della forma di governo parlamentare che ha favorito l'assoluta centralità dell'Esecutivo nella gestione di tale fase e, corrispettivamente, da una marginalizzazione del ruolo delle Assemblee parlamentari³⁷. Un tale (neo) centralismo governativo in principio giustificato dall'esigenza d'immediatezza nella reazione al fenomeno della pandemia ha finito per strutturarsi nel tempo prolungandosi -da parte del Governo- la durata dello stato di emergenza sanitaria e avviando una vera e propria amministrativizzazione nella gestione di quest'ultimo attraverso, principalmente, una serie di atti formalmente amministrativi (deliberazioni, ordinanze etc.) di esecuzione/attuazione delle misure emergenziali definite in generale nella sequenza dei decreti legge emanati.

Più nello specifico, l'originaria dichiarazione di emergenza sanitaria risale a una delibera del Consiglio dei Ministri adottata ai sensi degli artt. 7, comma 1 lett. c. e 24 c.1, d. lg.vo n.1/2018 (T.U. Protezione civile)³⁸, quindi, con riguardo ad una condizione che, seppure intesa come emergenza, non avrebbe di per sé giustificato

³⁵ Sul punto, v. anche C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)* in *E.d.D.*, vol. XI, Milano 1970, p. 140 ss., part. p. 192 ss.

³⁶ Sulla distinzione tra piccolo e grande stato di eccezione v. in particolare E.W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, cit., p. 1890.

³⁷ Ciò, sia per la decisione relativa alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria sia, anche, per la gestione dello stesso.

³⁸ Lo stato di emergenza sanitaria è stato poi prorogato con le successive delibere del 29 luglio e 7 ottobre 2020.

-per inabilità della norma di riconoscimento- gravi e inedite compressioni di diritti costituzionali³⁹. Imperniato su tale dichiarazione, l'assetto delle fonti emergenziali rinviene nella normazione primaria provvisoria del Governo le norme di riconoscimento dei successivi atti amministrativi di esecuzione/attuazione, in qualche caso introduttivi di misure derogatorie della stessa regolazione primaria. Ma oltre la discussione sulla congruità dell'uso ormai ordinario del d.l., anche in una fase -come quella attuale- recessiva dell'emergenza sanitaria secondo l'evidenza dei dati scientifici e statistici, resta il fatto della definizione progressiva di un vero e proprio ordinamento emergenziale basato sulla forza effettiva di una nuova *Grundnorm* ⁴⁰ nonché, sul piano organizzativo, sulla centralità del provvedimento rispetto alla legge che già il passato non era andata scevra da critiche da parte del giudice costituzionale ⁴¹.

³⁹ Per una comparazione con le misure emergenziali assunte dal governo federale tedesco, v. da ultimo A. Sangs, H. Eibenstein, *Die epidemische von nationaler Tragweite – Eine Analyse der aktuellen Pandemiegesetzgebung*, in *JZ*, 2021, p. 710 ss.

⁴⁰ Il rilievo conferito alla necessità quale fonte *extra-ordinem* è infatti condizionato dalla previa accezione teoretica della Costituzione, ad es., quale Legge fondamentale o quale medio della vita sociale (*) o, ancora, quale assetto di Giustizia (*). Rileva, inoltre, la distinzione tra un'accezione eminentemente liberale, a cui finisce in ultima analisi per ricondursi anche l'idea della Costituzione quale cornice normativa essenziale (Rahmensordnung); e quella invece specificatamente connessa ad un sistema di valori (solidarietà, eguaglianza, sicurezza etc.: Grundordnung). Tanto, finisce per incidere, oltre che sulla configurazione della Costituzione come tale, sull'interpretazione delle singole previsioni: ad es., l'inclinazione ad esaltare la portata garantista dei diritti di libertà individuale induce ad un'esegesi rigorosa di tali limiti muovendosi dall'istanza di libertà come regola fondamentale anche nel contesto di uno Stato democratico. Di contro, tende a sposarsi meglio con la natura di *Grundordnung* della Costituzione il criterio di un' "ottimizzazione" dei diritti (R. Alexy) che postula, tra l'altro, un'azione mirata del legislatore rappresentativo, oltre che degli altri poteri pubblici, al pieno sviluppo delle potenzialità normative insite nella disciplina costituzionale (*). Il metodo del bilanciamento di interessi costituzionali, individuali e generali, proprio della Costituzione quale ordinamento fondamentale della vita sociale è anche quello che specialmente comporta un'attenuazione della rilevanza esclusiva della norma di diritto positivo in favore dell'attrezzatura di un sistema di parametri di giudizio di natura razionale che trovano il loro esclusivo fondamento di legittimazione nella coerenza logica dell'argomentazione giurisdizionale. In definitiva, la determinazione di significato, come la concretizzazione delle norme costituzionali viene a dipendere dalla previa opzione in favore dell'una o dell'altra teoria della Costituzione (*), opzione destinata a mutare in ragione non soltanto dell'evoluzione del contesto (politico, sociale, culturale) ma anche delle soggettive sensibilità culturali dell'interprete, in relazione alle differenti fattispecie concrete per le quali può sorgere una questione d'incostituzionalità.

⁴¹ Nel caso dell'adozione di misure emergenziali, in particolare, sfugge alla conoscenza pubblica l'insieme della documentazione tecnico-scientifica di supporto sulla cui base trova un

Le misure di prevenzione adottate entrano sovente in conflitto con l'ordinaria normatività della Costituzione⁴² allorquando sanciscono limitazioni di diritti fondamentali non riconducibili al dettato della relativa previsione costituzionale ed appaiono non in linea con lo standard di proporzionalità, inteso quale adeguatezza, necessarietà ed essenzialità dei limiti apportati all'esercizio dei relativi diritti costituzionali⁴³. Del resto, la giurisprudenza, salvo sporadiche eccezioni, ha riconosciuto la ragionevolezza delle misure sulla base di un'affermazione apodittica di prevalenza dell'interesse generale alla tutela della salute collettiva su ogni altro interesse o diritto concorrente, omettendo spesso di considerare la diversa valenza specifica di diritti e interessi implicati nella Legge fondamentale.

In un tale contesto stabilizzato, in cui peraltro aspetti etico-naturalistici e dimensione giuridico-positiva tendono ad intrecciarsi, si intravede un

ragionevole fondamento ogni singola misura, né sussiste il coinvolgimento di forze sociali (sindacati, imprenditori etc.) direttamente e/o indirettamente interessati dalla misura di prevenzione in questione.

⁴² Da ultimo, a cadere sotto il fuoco dell'attenzione scientifica è, dopo l'obbligo vaccinale imposto al personale sanitario (art. 4, d.l. n. 44/2021) la misura della certificazione verde introdotta dal Governo con il d.l. n. 105/2021, il cui utilizzo è stato progressivamente esteso ad alcune categorie di lavoratori dal d.l. n. 111/2021 (*).

I profili di dubbia legittimità costituzionale di tali misure sono stati opportunamente rinvenuti nella consistenza complessiva della disciplina in parola che viene a realizzare nella realtà un vero e proprio obbligo di trattamento vaccinale anche in carenza della legge generale di cui all'art. 32 c. 2 Cost.

In particolare, gli effetti collegati al possesso (o al mancato possesso) di tale certificazione risultano contraddire in maniera chiara ed inequivocabile le finalità per le quali, secondo la disciplina comunitaria, tale certificazione può essere validamente impiegata.

Ad ogni modo, la normativa sulla campagna vaccinale posta in essere dal Governo, basata sulla capacità dei vaccini di inibire (non la diffusione del contagio ma) gli effetti più gravi della patologia, non sembra nemmeno conformarsi ai paradigmi di essenzialità/proporzionalità nella limitazione dei diritti fondamentali. L'obiettivo ultimo della sicurezza sanitaria, intesa come frequentazione di luoghi o partecipazione ad eventi non essenziali da parti di individui non contagiati, può essere infatti più agevolmente realizzato attraverso sistemi (es. tamponatura salivale sul posto) certamente meno invasivi e rischiosi di quanto non possa esserlo, allo stato, l'inoculazione di vaccini approvati solo in via d'urgenza, che non hanno tuttavia ultimato ancora la fase della sperimentazione completa (*), in grado comunque di rispettare la libertà costituzionale di autodeterminazione individuale in materia di cure, di cui all'art. 32 c. 1 Cost. La garanzia della sicurezza sanitaria, infatti, consegue non tanto alla sottoposizione del singolo al trattamento vaccinale quanto, unicamente, all'accertamento dell'esito negativo ad un test (salivare, molecolare o altro) a cui un individuo può sottoporsi per poter operare o sostare in stretta contiguità con altre persone.

⁴³ Sui paradigmi integranti il criterio di ragionevolezza, v. tra gli altri J. Ipsen, *Staatsrecht II*, 10. Aufl., Köln, 2007, p. 45 ss. (Rdnn. 171 ss.). V., inoltre, A. Blankenagel, *Did Constitution Matter ?*, in *JZ*, 2021, p. 702 ss., part. p. 705 ss.

irretrattabile abbondano del “vecchio” ordine e l’embrione di una nuova “normalità” a cui la normatività emergenziale vuol conferire ordine e stabilità.

4. *Il Politico dentro lo Stato: tra confronto pluralistico e lotta di identità.*

Sul piano politico-sociale, l’incrementale dissenso verso la descritta gestione governativa dell’emergenza provoca dinamiche aggregative in parte nuove all’interno della comunità statale basate unicamente sul riconoscimento di una critica verso misure di prevenzione percepite come fortemente ostili allo spirito ed ai dettami della Carta costituzionale. Da ultimo, il confronto tra favorevoli e contrari a tali misure ha finito per trasformarsi in una vera e propria lotta tra identità contrapposte lasciando così emergere bagliori del Politico nella sua pura ed estrema connotazione. In tale confronto, inasprito dal susseguirsi rapido di misure sempre più costrittive dell’esercizio di diritti con finalità induttive alla vaccinazione, il Politico nello Stato costituzionale di diritto tende infatti a manifestarsi sintomaticamente e potenzialmente, in modi (anche nel linguaggio della comunicazione pubblica) evocativi dell’antitesi di amico/nemico. Si tratta, infatti, di un confronto non riducibile senz’altro alle dinamiche interne al pluralismo politico dello Stato poiché non intravede nelle forze politico-parlamentari i soggetti esclusivi e principali della lotta né trova un esatto corrispondente nelle posizioni di alcuna di tali forze.

A venire in pregiudizio, in questo contesto, è non tanto l’unità politica di popolo secondo l’accezione propria di Schmitt che, in tale versione teoretica originale, appare in chiaro e irreversibile declino in relazione allo Stato costituzionale democratico e pluralista quanto, essenzialmente, la tenuta dello Stato quale unità politica di natura funzionale (v. *supra*). Pertanto, a tale condizione male e/o poco si adatta il riferimento a un “concetto secondario del Politico”⁴⁴ giacché l’iniziale razionalità del confronto non sembra in grado di rifuggire del tutto da ogni

⁴⁴ E.W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts* (1988), cit., p. 347 ss..

estremizzazione e degenerazione. La perdita in concreto della normale forza razionalizzatrice che è propria della Costituzione lascia incanalare la lotta lungo crinali inediti e imprevedibili mantenendo costante la minaccia concreta di un pregiudizio dell'unità politica dello Stato. Un'evidente svolta in questo senso hanno rappresentato, in particolare, gli ultimi provvedimenti emergenziali con cui il Governo ha sancito, oltre all'obbligo vaccinale per personale sanitario (art. 4, d.l. n. 44/2021) l'introduzione e poi la progressiva estensione del possesso della certificazione verde quale presupposto anche per lo svolgimento delle prestazioni lavorative, nel settore pubblico come nel privato (scuole, università: d.l. n. 111/2021; altri lavoratori, pubblici e privati: d.l. 122/21), oltre che per la partecipazione ad eventi ludici e/o culturali -dall'accesso in bar e ristoranti, alla visita a musei e teatri oltre che alla circolazione su treni e altri mezzi di lunga percorrenza.

Tali misure⁴⁵, che appaiono di dubbia legittimità costituzionale, hanno innescato così una forte reazione in alcuni ambiti della sfera sociale palesandosi, in ragione di ciò, una grave cesura e un deficit di rappresentatività delle forze politico-parlamentari rispetto a parti della comunità statale. In questo quadro di grave e radicale divisione le dinamiche aggregative che si vanno sempre più sviluppando tendono a generare identità politiche contrapposte, pronte alla lotta per l'affermazione dei propri obiettivi. La sagoma del Politico che, come rileva E.W.

⁴⁵ Si delinea, così, un inammissibile paradosso, conseguente al fatto che ad oggi tale libertà costituzionale si configura come la regola in mancanza della legge generale di cui all'art. 32 c. 2 Cost., la sola in grado di sancire un trattamento sanitario obbligatorio. Nondimeno, l'esercizio di questa libertà comporta la sottoposizione a irragionevoli -perché sproporzionati e non necessari- trattamenti discriminatori che, oltre a contraddire il principio dell'uguaglianza, producono una vulnerazione anche della dignità umana di chi non ha inteso sottoporsi al trattamento vaccinale (*).

Tanto, ad oggi non ha impedito all'Esecutivo di introdurre misure discriminatorie nell'esercizio di diritti fondamentali tra vaccinati e non vaccinati, con l'esito che l'esercizio legittimo della libertà costituzionale di autodeterminazione in materia di salute viene pagata a prezzo carissimo senza, peraltro, che la conoscenza scientifica attesti che il vaccino è l'unica soluzione idonea a realizzare l'effetto profilattico voluto dal Governo. La rinuncia ad ogni proposta di gratuita tamponatura dei soggetti interessati, vaccinati e non vaccinati, -al fine della sicurezza sanitaria, infatti, non può esservi distinzione alcuna tra tali categorie, data la accertata penetrabilità del vaccino da parte del virus nell'organismo anche di soggetti vaccinati-corrisponde dunque al preciso obiettivo di forzare l'estensione della campagna vaccinale e indurre chiunque alla scelta in favore del trattamento vaccinale (*etsi coactus, tamen volui*).

Böckenförde, “anche nello Stato non è scomparso”, si rivela in tali dinamiche in quella forma pura che, nello Stato stesso, non si mostra presente ed attuale⁴⁶ solo fin tanto che resta operante la cornice normativa della Costituzione. Nel presente, esso si lascia avvertire come un rischio non astratto, come una deriva pericolosa cui può approdare tale contrasto nel caso si fuoriuscisse dalla normatività costituzionale a cui tutti, individui e poteri, sono sottoposti⁴⁷. Le numerose proteste di piazza contro tali misure costituiscono altrettanti sintomi di una presenza latente del Politico nello Stato e, al tempo stesso, di una sua capacità di imposizione, svelando così una prossimità non astratta alla condizione dello stato d’eccezione.

In qualunque modo si voglia interpretare la strategia di contrasto all’emergenza sanitaria si assiste a manifestazioni plurime di democrazia diffusa che rivelano, per certi aspetti, l’incontinenza del Politico ben oltre le forme istituzionali in cui esso è regolato all’interno dello Stato. Sono essenzialmente i concetti fondamentali attinenti al Politico, come popolo, unità politica, democrazia identitaria ad essere sottoposti, dunque, ad un processo di riconversione e attualizzazione, che ne rivela la crisi ben oltre la tenuta di forme e modelli tipizzati.

Soprattutto la democrazia tende a mostrare, per certi aspetti, una inflessione schmittiana nella capacità delle differenti unità politiche parziali (riferite ad una specifica ragione di coesione identitaria) di legittimarsi attraverso informali e virtuali acclamazioni da cui trae vigore effettivo l’unione di identità e rappresentanza.

Tanto, suona conferma del fatto che l’espressione del Politico resta una possibilità permanente, presente anche nello Stato se, venuta meno la *Normallage*, si apre l’orizzonte del provvisorio e del contingente. Tanto più tale possibilità si rende manifesta se il terreno della lotta tra unità contrapposte è la Costituzione in senso politico e giuridico-positivo, quale forma più alta di garanzia del singolo e sistema di valori di una comunità⁴⁸.

⁴⁶ E.W. Böckenförde, op. ult. cit. p. 348.

⁴⁷ In tema di correlazione ontologica tra normalità e normatività v. anche I. Augsberg, *Die Normalität der Normativität*, in *JZ*, 2020, p. 425 ss., part. p. 425.

⁴⁸ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 15 ss.

5. Conclusioni. *Il Politico nella terra di nessuno: tra ritorno allo status quo e instaurazione di una nuova normalità costituzionale e ordinamentale.*

In conclusione, il Politico di Carl Schmitt è una categoria che non è teorizzata ma che da questo viene descritta come realtà presente e incancellabile, di natura essenzialmente polemica. Esso non è inteso in senso valutativo, non è ascrivibile tra le categorie della scienza giuridica e non manifesta in sé virtù o difetti ma è una condizione delle dinamiche sociali che si rapporta alla lotta estrema. In questo senso, il Politico nello Stato è un pericolo da avvertire sempre e considerare tanto più quando la dialettica sociale nello Stato pluralista investe termini e regole fondamentali della convivenza e della democrazia. Occorre fare affidamento sull'efficacia della Costituzione come Legge fondamentale per mantenere il Politico in una forma razionale.

L'esperienza della gestione emergenziale presente non sembra riconducibile ad una situazione di "normalità" costituzionale. Com'è stato lucidamente ritenuto, tale esperienza si configura come condizione intermedia tra una normalità pregressa, ormai in abbandono, in cui l'istanza di libertà e l'esercizio dei diritti costituzionali ha rappresentato il principio applicativo generale; e l'approdo verso una nuova normalità⁴⁹, costruita attraverso la stabilizzazione progressiva della disciplina emergenziale, senza pregiudizio per la tenuta dell'unità politica funzionale dello Stato. A venire in gioco non è tanto l'esistenza di quest'ultimo come titolare esclusivo della decisione politica: è incontestabile, infatti, che lo Stato da tempo abbia perso il "monopolio della decisione politica" ("*Die Epoche der Staatlichkeit geht zu Ende ...*" affermava Carl Schmitt all'inizio degli anni '60)⁵⁰ che si articola, oggi, su una pluralità di livelli concorrenti, interni e internazionali o sovranazionali. L'unità politica dello Stato alla cui tutela ci si predispone, non implica l'esigenza di superamento o annichilimento del confronto pluralistico al proprio interno ma,

⁴⁹ R. Mehring, *Überlegungen zur Aktualität Carl Schmitts*, in *JZ*, 2021, p. 747 ss., part. p. 749

⁵⁰ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 7. Auf., 5. Nachdruck der Ausgabe von 1963, Berlin, 1996, p. 10.

solo, richiede la preservazione di quelle condizioni che ne rendono possibile la manifestazione senza pregiudizio per l'unità di decisione. Il Politico, così, alligna nelle trame della dialettica tra istituzioni e società civile all'interno dello Stato democratico, rimanendo latente fin tanto che la decisione politica si rende comprensibile ed apprezzabile, anche sul piano del consenso diffuso, promuovendo il ragionevole contemperamento tra interessi concorrenti, individuali e generali. Di contro un'estremizzazione del dissenso, quale può misurarsi nella lotta tra identità contrapposte, è in grado di rimettere al Politico spazi inediti di azione anche all'interno dell'ordinamento statale.

Nell'odierna situazione giuridica generatasi dall'emergenza sanitaria ancora in atto (formalmente) non è del tutto incongruo maturare la consapevolezza che il Politico rappresenti la forma dello scontro tra chi propende per l'avvento del "nuovo ordine culturale, legislativo e sociale" di cui si parla nella lettera degli studenti (v. *supra*) e chi invece, pur nella consapevolezza che sempre meno certo e credibile risulti il ritorno allo status quo⁵¹, intende opporsi ad un tale avvento. Si percepisce a livello diffuso che la condizione intermedia di cui si è detto realizzi lo spartiacque tra ordini di normatività -anche costituzionali- concorrenti⁵², una sorta di processo costituente *in itinere* in cui rileva un nuovo assetto del rapporto tra pubblico e privato, un esercizio condizionato e controllato di gran parte dei diritti di libertà individuale poiché sottomessi al valore poziore dell'interesse generale. In quest'ordine di idee, il Governo dell'emergenza non può nemmeno intendersi come il soggetto di una dittatura commissariale⁵³, per la quale l'attribuzione di poteri assoluti -temporalmente limitati- avviene in funzione esclusiva del superamento repentino dello stato d'eccezione⁵⁴. La crisi pandemica ha comportato un consolidamento dello stato di prevenzione⁵⁵ che reca con sé profili di disallineamento rispetto al quadro costituzionale e, corrispettivamente, elementi di

⁵¹ R. Mehring, op. ult. cit., p. 751.

⁵² Ibidem, p. 749.

⁵³ C. Schmitt, *Die Diktatur* (1921), 7. Auf., Berlin, 2006, part. p. 3 nonché p. 168 ss.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ In tema, v. soprattutto E. Denninger, *vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (2003), ora anche in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 223 ss.

costruzione di un nuovo ordine anche della società civile. In questa dimensione, il Politico rappresenta la forma adespota di reazione allo stato reale d'eccezione evidenziando nel quotidiano condizioni di lotta che possono giungere fino alla fase estrema della selezione amico/nemico.

dirittifondamentali.it