

Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione

Giacomo Menegatto

Dottore in Giurisprudenza, Cultore della materia presso l'Università di Padova.

Mail: menegattojiacomo@gmail.com.

Se davvero, come ha autorevolmente sostenuto il Presidente emerito della Corte costituzionale, Paolo Grossi, il diritto non è altro che «realità incarnata nella storia»¹, non certo «una nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico», bensì «esso stesso paesaggio»², anche in una situazione di grave emergenza – qual è quella che il Paese sta attraversando a causa della diffusione del c.d. *CoViD-19* –, al *ius* non resta che *adattarsi* alle contingenze registrabili sul piano *fattuale*³. Del resto, è naturale che il diritto, in quanto disciplina delle vicende umane e dei rapporti sociali – come tali, costantemente mutevoli e spesso imprevedibili – sia chiamato a far fronte a particolari situazioni di necessità, anche laddove queste ultime richiedano, in ragione del loro carattere eccezionale, l'adozione di misure drastiche, comportanti, in certi casi, la limitazione o la sospensione di alcune garanzie che, in quanto

solennemente sancite dalla stessa Costituzione, rappresentano veri e propri fondamenti del moderno Stato democratico. Di fronte all'emergenza, il diritto non può che plasmare se stesso, conformandosi in diversa misura a seconda dell'entità delle condizioni di fatto, fino ad arrivare, in casi straordinari, se non alla totale negazione di sé, certamente ad una temporanea abdicazione di alcuni dei suoi cardini fondamentali. Le norme positive, infatti, non possono che assumere, quale termine di riferimento, l'ordinarietà e l'abitudine, vale a dire *l'id quod plaeumque accidit*, senza essere in grado di prevedere quell'urgenza che, in quanto tale, richiede il ricorso ad una vera e propria *eccezione alla norma*, e dunque l'adozione di misure straordinarie.

È un tema, quello del rapporto tra *emergenza e diritto*, che da decenni interessa giuristi, storici e filosofi: a partire da Carl Schmitt, che individuava, quale carattere peculiare dello *stato di eccezione*, il dominio della *decisione* sulla *norma*⁴, fino ad arrivare a Giorgio Agamben e alle sue riflessioni intorno al *iustitium* nella Roma repubblicana⁵. E sul tema della *necessità* ha avuto modo di meditare anche uno dei più grandi giuristi del secolo scorso – se non il più grande –, ossia Santi Romano, secondo il quale

¹ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 44.

² P. GROSSI, *op. cit.*, 43.

³ Valgono, come sempre, le limpide parole di A. GUARINO, *La coda dell'occhio. Appunti e disappunti di un giurista*, Padova, 2009, 8: «il diritto, quello genuino, nasce inarrestabilmente dalla storia, dall'economia, dalla realtà sociale effettivamente sentita dalla gente e non ha consistenza durevole se formulato, sia pure con piglio autorevole e voce grossa, da comandi normativi (meno che mai da raffinate teorie) che si distaccano troppo da cose, persone, vicende concrete». È necessario, in altri termini, che il diritto non perda mai di vista (ed è questa una massima di ordine generale, di certo non limitata all'epoca dell'emergenza) quel «campo fecondo delle cose attuose, dei fatti» di cui ha parlato E. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Gli*

aspetti storici degli squilibri regionali, in AA.VV., *Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, Milano, 1962, 271.

⁴ C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München, 1922. Per un quadro più completo in ordine al tema dello stato di eccezione nel pensiero di quest'autore, v. anche *Id.*, *Die Diktature*, München-Leipzig, 1921; *Id.*, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928; *Id.*, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931; *Id.*, *Staat Grossraum Nomos*, Berlin, 1995.

⁵ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003: egli, com'è noto, concepisce lo stato di eccezione – e lo stesso *iustitium* – come «uno spazio vuoto di diritto, una zona di anomia in cui tutte le determinazioni giuridiche [...] sono disattivate» (ivi, 66). In senso contrario, v. *infra*, nota 11.

«la necessità [...] deve concepirsi come una condizione di cose che [...] non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma essa non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto»⁶.

Se, a parere di molti, catalogare la necessità quale *fonte* del diritto *extra ordinem*, propriamente intesa, può senz'altro risultare eccessivo, non lo è invece considerare quest'ultima come *presupposto* giustificativo di fonti diverse⁷, quali, ad esempio, i decreti legge: questi ultimi – nonostante la deprecabile prassi degenerativa⁸ che ne ha fatto uno strumento di normazione pressoché ordinario – si fondano (o, per l'appunto, si dovrebbero fondare, assumendoli quale *presupposto*), proprio su *casi straordinari di necessità e urgenza*, ex art. 77, 2° co., Cost.

Non c'è dubbio che la difficile situazione che l'Italia, in queste ore, si trova a fronteggiare – tanto sotto il profilo medico-sanitario, quanto sotto quello, non meno rilevante, economico-sociale – a causa del dilagare del c.d. *Coronavirus*, integri a pieno titolo una condizione del tutto eccezionale ed imprevedibile, come tale idonea a giustificare (almeno per una volta, a pieno diritto) il fisiologico ed appropriato ricorso al decreto-legge. Ed è proprio in questa direzione che –

ovviamente – ha scelto di operare il Governo, adottando, in prima battuta, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, seguito, ad un mese di distanza, dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, avente ad oggetto, analogamente, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19*⁹.

Si tratta, ad una prima analisi, di provvedimenti di carattere eccezionale (in quanto, appunto, rivestiti della forma del decreto legge), recanti, al loro interno, misure altrettanto eccezionali che, in larga parte, finiscono per deferire alle «autorità competenti» il potere di adottare atti che si pongono, in tutta evidenza, come pienamente *derogatori* rispetto ad alcuni tra i più importanti *diritti di libertà* sanciti dalla Parte prima della Costituzione. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla limitazione della possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non in caso di necessità, al divieto di uscire da (o di entrare in) alcuni Comuni o Province, alla sospensione delle manifestazioni e delle riunioni in luogo pubblico o privato, nonché delle attività didattiche, delle funzioni religiose e delle udienze civili, penali e amministrative non urgenti, o ancora alla chiusura di gran parte degli esercizi

⁶ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909 (ora in *Id.*, *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, 362). Del resto, del tema del rapporto tra *lex* e *necessitas* si erano già occupati – in tempi non sospetti – Graziano e Tommaso d'Aquino (cfr. G. AGAMBEN, *op. cit.*, 34).

⁷ In questo senso, ad esempio, v. F. CUOCOLO, *Lezioni di diritto pubblico*, IV ed., Milano, 2006, 15, ove osserva che, in tali ipotesi, «la necessità non opera propriamente come fonte, inserendosi piuttosto, quale presupposto legittimante, in un procedimento di produzione normativa disciplinato dall'ordinamento, sicché la necessità, pur potendo risultare straordinaria in fatto non dà luogo a provvedimenti *extra ordinem*,

lo stesso ordinamento prevedendo gli strumenti per ripristinare la regolarità derogata dal provvedimento necessitato».

⁸ A tal riguardo, v., ad esempio, A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997 e A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

⁹ Gli altri decreti adottati *medio tempore* dal Governo (ad esempio, i dd.l. 2 marzo 2020, n. 9; 9 marzo 2020, n. 14; 17 marzo 2020, n. 18, quest'ultimo detto "Cura Italia"), concernono i diversi profili del sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese e del potenziamento del Servizio sanitario nazionale e, perciò, non rilevano in questa sede.

commerciali e delle attività produttive non essenziali: misure, queste, che, una volta attuate, non possono che comportare – innegabilmente – un vero e proprio *sacrificio*, tra gli altri, dei diritti di *circolazione* (art. 16 Cost.), *riunione* (art. 17 Cost.), *professione di fede ed esercizio del culto* (art. 19 Cost.), *tutela giurisdizionale* (art. 24 Cost.), *istruzione e ricerca scientifica* (artt. 33-34 Cost.), *lavoro* (art. 35 Cost.), *iniziativa economica privata* (art. 41 Cost.), *suffragio* (art. 48 Cost.), e così via.

Misure – tra l'altro – che i decreti legge menzionati prevedono debbano essere concretamente attuate per mezzo di uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, salva la possibilità, nelle more dell'adozione di questi ultimi, di ricorrere, «nei casi di *estrema* necessità e urgenza», alle ordinanze contingibili e urgenti (del Ministro della Salute, dei Presidenti della Giunta regionale o dei sindaci) contemplate all'art. 32 della legge n. 833/1978, all'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e all'art. 50 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali.

Non v'è dubbio – sotto il profilo logico, ancor prima di quello strettamente giuridico – che provvedimenti di questo tipo, per le rilevanti restrizioni che impongono, debbano rispondere, in generale, a canoni di *adeguatezza e proporzionalità*, da interpretare, senz'altro, secondo la massima rigidità: del resto, è lo stesso d.l. n. 6/2020 a prevedere, testualmente, che «ogni misura di contenimento e gestione» debba risultare

«adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (art. 1, 1° co.).

Infatti, non bisogna certo dimenticare la necessità di far convivere lo *stato di emergenza* con lo *stato di diritto*: il primo, infatti, si affianca, in situazioni eccezionali, al secondo, ma di certo non vi si sostituisce. Già per quanto concerne la *res publica* di Roma antica – della quale tutto può dirsi, tranne che integrasse uno stato di diritto – , il *iustitium* – nonostante lo stesso Giorgio Agamben lo abbia inteso, in termini estremi, quale fase di anomia, vale a dire di temporanea “assenza” del diritto¹⁰ – implicava, in realtà, come alcuni romanisti hanno avuto modo di dimostrare¹¹, una mera sospensione delle attività pubbliche, come quelle giurisdizionali e istituzionali e, alle volte, anche private, come quelle commerciali o ricettive: non certo del *ius* in sé e per sé.

A fortiori, nell'ambito di uno Stato democratico e pluralista qual è – o dovrebbe essere – il nostro, è imprescindibile che misure implicanti un sacrificio così considerevole nei confronti di *libertà* che costituiscono il vero *sale* degli ordinamenti liberali contemporanei, siano – proprio in quanto eccezionali – il più possibile proporzionate rispetto alle effettive esigenze di prevenzione, nonché temporalmente limitate. E ciò non solo dal punto di vista della legittimità costituzionale delle disposizioni adottate, ma anche – e prima di tutto – nell'ottica dell'imprescindibile esigenza che i cittadini, chiamati a tollerare questi

¹⁰ Cfr. *supra*, nota 5. L'idea di un *iustitium* integrante una vera e propria 'sospensione' del diritto, laddove quest'ultimo fosse apparso inidoneo a garantire la sua stessa funzione, era già stata avanzata da A. NISSEN, *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1877.

¹¹ V., a tal proposito, L. GAROFALO, *In tema di 'iustitium'*, in *Index*, 37, 2009, 113, ora anche in ID., *Echi del diritto romano nell'arte e nel pensiero*, Pisa, 2018, 179, ove osserva che un eventuale vuoto normativo

«sarebbe stato troppo rischioso, per non dire esiziale, per la *civitas*, in quanto, se idoneo a sottrarre chi deteneva l'*imperium* ai vincoli del diritto [...], avrebbe però nel contempo liberato i singoli dal doveroso rispetto degli ordini dei magistrati e soprattutto delle regole di convivenza sociale» (*ivi*, 185); sul punto, v. anche R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XXX, Palermo, 1967, 159.

sacrifici, possano dividerli ed avvertirli come *giusti*, vale a dire conformi a quel senso di *giustizia* che solo di rado riesce a trovare riscontro nel dato positivo. *Proporzionalità, adeguatezza, temporaneità*, infatti, rappresentano, se così si può dire, vere e proprie ancore di salvezza, “*apigli*” di *stato di diritto* cui è imprescindibile aggrapparsi quando si versa nello *stato di necessità*¹².

Tuttavia, anche laddove il rispetto di tali canoni venga formalmente declamato (come nel caso del testo dei decreti-legge menzionati), sorgono comunque spontanei, nel vivo di una situazione di tal genere, alcuni quesiti: fino a che punto può dirsi ammissibile che un numero così rilevante di diritti fondamentali venga sacrificato – sia pur temporaneamente – in nome di un *unico* diritto, qual è quello alla salute? E ancora: fino a che punto il criterio della proporzionalità può fungere da guida in un terreno così ignoto, *imprevedibile* ed inevitabilmente soggetto a costanti mutamenti?

Da un punto di vista strettamente giuridico-formale, le restrizioni contemplate nel decreto-legge non possono che dirsi legittime e dotate di precisi addentellati costituzionali. Si pensi, ad esempio, alle limitazioni imposte alla libertà di circolazione dei cittadini all’interno del territorio nazionale: nonostante sia innegabile che «la libertà di movimento» rappresenta «un bisogno fondamentale di tutti gli individui»¹³, l’art. 16 Cost. ne ammette espressamente l’operabilità, purchè siano stabilite «per legge», «in via generale» e per soli «motivi di sanità o di sicurezza». Il Costituente – per ritornare alla metafora già utilizzata in precedenza – ha voluto prevedere

¹² Sul tema del rapporto tra costituzionalismo democratico ed emergenza v., fra tutti, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, 13. Per una visione d’insieme, in chiave comparata, relativa all’emergenza in corso, v. anche L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte*

una *riserva di legge rinforzata* proprio come àncora di *stato di diritto* nello *stato di necessità*, come fondamentale lume di garanzia nell’oscurità dell’eccezione. Così, gli stringenti limiti alla libertà di circolazione dei cittadini, progressivamente estesi a tutta la popolazione italiana a fronte dei molteplici decreti succedutisi in materia di prevenzione del contagio da *CoViD-19*, hanno trovato la propria base nella legge (più precisamente, in un atto avente forza di legge, adottato però, questa volta, nel pieno rispetto della sua peculiare funzione emergenziale), attraverso previsioni di carattere generale (cioè, non riferite a singoli individui) e per indiscutibili ragioni di tutela della sanità pubblica.

Per fare un ulteriore esempio, è sempre il dettato costituzionale a prevedere, all’art. 17, 3° co., la possibilità di vietare le riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», tra i quali può senza dubbio dirsi ricompresa l’eventualità di un’emergenza sanitaria.

Da un punto di vista sostanziale, invece, potrebbe non essere banale rispondere al primo interrogativo che si è formulato *supra*, vale a dire in base a cosa la tutela di un solo diritto – e cioè quello alla salute, sancito, com’è noto, dall’art. 32 Cost. – permetta di sacrificarne numerosi altri, che forse qualcuno potrebbe giudicare di pari rango.

La dottrina costituzionalistica, a tal proposito, suole affermare che «l’art. 32 – sotto il [...] profilo dell’interesse alla salute collettiva – può fungere da *limite* o “*restrittore*” delle libertà costituzionali»¹⁴ (il corsivo è mio): quindi, il diritto alla salute – l’unico, si badi, per il quale la

all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata, in federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19.

¹³ G. DEMURO, *Art. 16*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 375.

¹⁴ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, cit., 671, ove giustamente si

Costituzione utilizza espressamente l'aggettivo "fondamentale" – vanterebbe il peculiare privilegio di "imporsi" sugli altri diritti contemplati nella Parte prima della Carta, agendo con una *forza* tale da comportarne una *compressione* o, in situazioni eccezionali come quella che l'Italia si trova ad attraversare, una vera e propria *sospensione*.

A parere di chi scrive, è da ritenere che la ragione giustificatrice di questo assunto risieda nella circostanza che la salute – quella salute di cui è imprescindibile godere, puramente e semplicemente, per *vivere*, e quindi per *essere* – costituisce *condizione fondamentale e necessaria* per l'esercizio di qualunque altro diritto sancito dalla Costituzione. Senza la salute, che tiene in vita la persona umana e le permette di essere *soggetto* anche dal punto di vista giuridico, non si potrebbe circolare, non ci si potrebbe riunire, non ci si potrebbe istruire, non si potrebbe professare una fede, e via discorrendo. Ecco allora che, nel momento in cui questa *conditio sine qua non* viene messa seriamente a repentaglio, l'ordinamento non può che permettere una sospensione delle proprie garanzie più rilevanti affinché la matrice irrinunciabile di queste ultime possa essere ristabilita.

Certamente, come si diceva poc'anzi, l'imposizione di severe restrizioni alle libertà fondamentali non può che essere contrassegnata dai canoni della *proporzionalità* e dell'*adeguatezza*. A questo proposito, si è anche affermato che «tale decreto indulge (troppo) alla logica della prevenzione, logica che di per sé si mostra inconciliabile con la logica [...] dello Stato costituzionale di diritto»¹⁵. In realtà, è necessario prendere atto dell'estrema incertezza che – sotto il profilo

prettamente medico-scientifico – caratterizza la diffusione del c.d. nuovo *Coronavirus*: un'incertezza, questa, di fronte alla quale appare estremamente arduo operare, *ex ante*, una precisa valutazione di proporzionalità delle misure da adottare. Non è agevole, in altri termini, comprendere anticipatamente – di fronte ad un fenomeno del tutto inedito e sconosciuto – se i provvedimenti volti al contenimento dell'epidemia siano eccessivi, perfettamente adeguati o di scarsa efficacia. Dinanzi ad una palpabile insicurezza, dunque, sembra improponibile che si richieda al legislatore o all'autorità amministrativa di agire seguendo rigidamente il vago sentiero della proporzionalità: quest'ultima dovrà senz'altro rappresentare, per quanto possibile, il principale criterio di *orientamento*, nella consapevolezza, tuttavia, che, se valutate al termine della situazione emergenziale, le misure adottate potranno rivelarsi *sproporzionate*, o perché eccessive o, al contrario, perché troppo blande. In un contesto siffatto, allora, il vero faro non può che essere costituito dal primario obiettivo della salvaguardia della salute dei cittadini e, con essa, dell'intero sistema-paese: un obiettivo che suggerisce di ricorrere, forse banalmente, al *buon senso* e, se necessario, a quella logica di *prevenzione* da più parti criticata, anche al costo di una limitazione "non perfettamente proporzionata" dei diritti individuali.

Non si deve dimenticare che, sulla base dell'art. 2 Cost., la Repubblica non solo «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», ma, allo stesso tempo, «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di *solidarietà* politica, economica e sociale». In questo periodo, ciascun cittadino è chiamato, semplicemente, a fare il proprio

nota che «l'equilibrio tra tutela della salute e gli altri principi costituzionali potenzialmente confliggenti, non è affidato alla composizione in sede politica del

legislatore o in sede interpretativa del giudice, ma è indicato dalla stessa Carta costituzionale».

¹⁵ V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 591.

dovere, rinunciando, momentaneamente, a qualche *diritto*: si tratta di limitazioni contrassegnate dalla *reciprocità*, attenendosi alle quali ognuno – con *responsabilità* e nel pieno spirito della Costituzione – gioca la sua parte per agevolare un rapido ritorno alla normalità¹⁶. Si tratta, in definitiva, di riscoprire – *umanamente*, prima ancora che *giuridicamente* – quel «dovere di

solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo», di cui ha parlato la Corte costituzionale in una sua celebre pronuncia¹⁷.

«Stiamo scambiando quote di libertà con quote di responsabilità»¹⁸: ne va delle sorti dello Stato.
(17 aprile 2020)

¹⁶ La pensa in questi termini anche M. BERTOLISSI, *Una prova di dittatura per garantire il diritto alla salute*, in *il mattino di Padova*, 13 marzo 2020: «C'è un dovere, in particolare, che irrompe sulla scena, nella sua espressione più rigorosa e definitiva. Si tratta di evitare il contagio, di cui ciascuno di noi può essere inconsapevole veicolo. L'esercizio di un mio diritto può pregiudicare un diritto altrui: ora, quello alla salute. Sul mio diritto – che può essere pure inviolabile –

prevale l'esigenza dell'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»».

¹⁷ Corte cost., 15-18 aprile 1996, n. 118, punto 5 del *considerato in diritto*.

¹⁸ E. MAURO, *Libertà in ostaggio*, in *la Repubblica*, 5 marzo 2020: «il virus attacca la dose quotidiana di democrazia materiale che spendiamo e scambiamo vivendo».