

Liberalismo, democrazia, pandemia

Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva

Di Davide De Lungo

«*neque enim Cato post libertatem vixit, nec libertas post Catonem*»
 (Seneca, *De constantia sapientis*, II, 2)

I. Introduzione

Nella prospettiva del giurista, l'emergenza sanitaria legata al Covid-19 ha rappresentato un vero e proprio *stress test* rispetto ad assiomi, categorie e ricostruzioni che ormai apparivano, qualche volta a torto, consegnate ad un orizzonte pacificato da fine della storia¹.

Fra i molti filoni tematici che meritano una disamina approfondita, forse il più urgente – se non in chiave ricostruttiva, almeno come filtro per decodificare futuri sviluppi – è anche il più “classico” della riflessione costituzionalistica: la dialettica fra autorità e libertà, fra decisione collettiva e autonomia individuale.

L'intento di queste pagine, circoscrivendo il campo d'indagine, è provare ad analizzare, a partire dall'esperienza del Covid-19, come i fenomeni pandemici possano incidere sulla forma di Stato liberal-democratica, seguendo come filo conduttore la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo contro il potere pubblico.

La tesi che si tenterà di sviluppare è la seguente:

- a. la pandemia non solo sottopone a formidabili pressioni entrambe le “pietre angolari” su cui sono edificate le odierne liberal-democrazie, cioè il principio liberale e il principio democratico, ma rischia di far deflagrare la tensione latente fra essi, con il rischio che il secondo fagociti il primo;
- b. il terreno su cui si misurano le ricadute problematiche più significative è – come anticipato – quello della tutela dei diritti, delle libertà e, più in generale, della sfera di autonomia del singolo a fronte degli interventi coercitivi

¹ Nota bibliografica: sfugge alle presenti riflessioni ogni intento, e possibilità, di ricostruzione enciclopedica dell'amplissima bibliografia relativa ai temi trattati nel testo, che peraltro si sviluppa trasversalmente nelle scienze umane e sociali. Ci si limita pertanto, senza pretese di esaustività, a richiamare solo alcune delle opere principali, più direttamente pertinenti ai singoli argomenti toccati, facendo ad esse implicito rinvio per ogni ulteriore riferimento. Prendendo a prestito l'immagine di F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York, 1992.

KEY FINDINGS

- la pandemia sottopone a formidabili pressioni entrambe le “pietre angolari” delle odierne liberal-democrazie, cioè il principio liberale e il principio democratico;
- le ricadute problematiche più significative si registrano rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà del singolo a fronte degli interventi coercitivi degli apparati pubblici. Infatti, la crisi pandemica altera e comprime i due canali tradizionali attraverso cui vengono assicurati il riconoscimento e la salvaguardia delle posizioni giuridiche: quello democratico-partecipativo e quello giurisdizionale;
- l'individuo, così, sembra a prima vista sguarnito di strumenti di opposizione verso possibili abusi dell'autorità; una via di uscita dal vicolo cieco si scorge però in uno degli istituti più antichi della dottrina costituzionale: il diritto di resistenza;
- il potere pubblico, per quanto siano nobili i suoi intenti e desiderabili i suoi interventi a (preteso) favore della collettività, non può esorbitare dal perimetro invalicabile che gli è imposto, trasformarsi da “strumento” a “scopo” della comunità politica, e superare la barriera che protegge la dignità e l'autodeterminazione della persona.

Davide De Lungo è Professore a contratto di Diritto Pubblico presso l'Università San Raffaele.

- degli apparati pubblici (legislativi, esecutivi, giurisdizionali);
- c. più in particolare, la crisi pandemica altera e comprime i due canali tradizionali attraverso cui vengono assicurati il riconoscimento e la salvaguardia delle posizioni giuridiche: quello democratico-partecipativo e quello giurisdizionale;
 - d. l'individuo, così, sembra a prima vista sguarnito di strumenti di opposizione e reazione verso possibili abusi dell'autorità; una possibile via di uscita dal vicolo cieco si scorge però in uno degli istituti più antichi della dottrina costituzionale: il diritto di resistenza o, con terminologia più moderna che può qui usarsi come sinonimo, la disobbedienza, intesi quali mezzi di ripristino e conservazione dei principi e delle garanzie del sistema²;
 - e. la legittimazione della resistenza e della disobbedienza, tanto che la si voglia ancorare a premesse teorico-generaliste o piuttosto di diritto positivo, riposa in ultima istanza sull'esistenza di un limite invalicabile alla facoltà del potere di disporre dei diritti e delle libertà individuali, da ricollegarsi al valore centrale della persona e alla ragion d'essere delle istituzioni politiche, che rappresentano un mezzo e non un fine rispetto all'uomo. Questo "vallo", ovviamente incerto e nient'affatto euclideo nelle sue modalità di determinazione, dovrebbe rappresentare il confine ultimo oltre il quale né i capisaldi del principio liberale, né i cardini del principio democratico possono tollerare attenuazioni, anche di fronte alla congiuntura emergenziale della pandemia; più in là, *sunt leones*. Allo stesso tempo, esso dovrebbe rappresentare il punto di assestamento rispetto all'eventuale rischio che il liberalismo collassi sotto le spinte della democrazia, o meglio delle degenerazioni della democrazia.

Prima di procedere occorre intendersi su una premessa fondamentale, circa l'accezione in cui il principio liberale e il principio democratico, o più semplicemente il liberalismo e la democrazia, qui sono assunti.

Già a livello semantico, le moderne forme di Stato liberal-democratiche denotano la compresenza, ma anche la tensione fra istanza libera-garantistica e impianto democratico³. Liberalismo e democrazia, in effetti, sono due concetti distinti, e anzi in qualche misura antitetici, la cui coesistenza, sebbene frequente almeno nell'evoluzione recente degli ordinamenti occidentali, non è logicamente e neppure storicamente necessaria.

In via di massima approssimazione, il liberalismo si concentra sulle funzioni del governo e, in particolare, sui limiti del potere pubblico, intesi quali principale argine a presidio delle sfere individuali: il potere è un male necessario⁴, un *φάρμακον* da inoculare solo nella misura

2 La letteratura sul tema è assai vasta. Cfr. almeno: H.D. Thoreau, *La disobbedienza civile* (1849), Acquarelli, Verona, 1995; A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970; Id., *Obbligo politico e libertà di coscienza*, in *RIFD*, 1973, 41 ss.; N. Bobbio, *Disobbedienza civile*, in Id. – N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, 325 ss.; F.M. De Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 994 ss.; A. Cerri, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Treccani, Roma, 1991; T. Serra, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, Giappichelli, Torino, 2000; A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006; R. Laudani, *Disobbedienza*, in R. Esposito – C. Galli, *Enciclopedia del pensiero politico*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 234 ss.

3 Sul punto, A. D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, 43 ss.; cfr. anche G. Guzzetta – F.S. Marini, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 199 ss.

4 La celebre definizione del potere come male necessario è di T. Paine, *Common Sense* (1776), trad. it.

strettamente indispensabile⁵. La democrazia – al netto delle rilevanti aspirazioni ideali e connotazioni sostanziali che nel tempo sono andate accompagnandola, quali l'egualitarismo e il susseguente intervento nei rapporti economico-sociali, l'alternanza nella *leadership*, la garanzia delle minoranze – ha riguardo alla spettanza del potere, attribuito al popolo o comunque a una sua frazione la più ampia possibile, e al metodo procedurale per i processi deliberativi, individuato nel criterio maggioritario⁶.

Questa distinzione di piani fra il liberalismo come teoria del governo limitato e del primato della libertà individuale, e la democrazia come teoria legata all'attribuzione del potere alla maggior parte del popolo, rende ragione dei non pochi casi di dissociazione fra l'uno e l'altra. Il liberalismo ha trovato storicamente il suo massimo dispiegamento in contesti di suffragio e partecipazione politica ristretti; l'avvento delle masse e l'estensione del voto hanno condotto a un allargamento dei compiti e dei margini d'intervento pubblici, in chiave di redistribuzione, con correlativa compressione dell'autonomia individuale e dello spontaneismo sociale. Sull'altro versante, del titolo di democrazia si sono indifferentemente fregiate realtà in cui i diritti e le libertà fondamentali erano privi di effettive garanzie istituzionali e giurisdizionali, e in cui il potere ha sperimentato forme di concentrazione assoluta⁷. Certo, l'applicazione coerente dei principi liberali ha quale fisiologico sbocco la democrazia, poiché è proprio nella partecipazione alla decisione collettiva che risiede il principale mezzo di tutela dell'individuo; così come la democrazia può mantenersi davvero fedele alla sua logica di fondo se assicura i diritti e le libertà del popolo⁸. Resta comunque vero che il liberalismo è incompatibile con una democrazia illimitata, così come è incompatibile con ogni regime assoluto; la democrazia è incompatibile con meccanismi decisionali che escludano la partecipazione popolare.

Tali considerazioni giovano a comprendere – come subito si vedrà – per quali ragioni, e sotto quali profili, la pandemia nuoccia sia al liberalismo che alla democrazia; senza trascurare, poi, l'ulteriore pericolo che la pandemia, imprimendole delle mutazioni genetiche, o meglio delle degenerazioni, trasformi la democrazia in un veicolo di contagio esiziale per la tutela dei diritti e delle libertà dell'individuo.

2. Circuito democratico-partecipativo e sfera pubblica alla prova della pandemia

Seguendo l'ordine anticipato nell'introduzione, possono prendersi le mosse dalla verifica d'impatto della pandemia sul circuito democratico-partecipativo e sulla sfera pubblica⁹.

I diritti dell'uomo, Editori Riuniti, Roma, 1978, 65.

5 In argomento, cfr. almeno N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, Roma, 2006, 37 ss., e anche, diffusamente, l'*Introduzione* di F. Manni; A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2009, 291 ss.; F. von Hayek, *Liberalismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012, 41 ss. e la *Prefazione* di L. Infantino.

6 Resta classico, sul tema, G. Sartori, *Democrazia*, in *Enc. Sc. Soc.*, II, Treccani, Roma, 1992, 742 ss. Cfr. anche R. A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma, 2005, 201 ss.

7 Sui non rari itinerari di dissociazione storica fra liberalismo e democrazia cfr. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., 29; F. von Hayek, *Liberalismo*, cit., 55. Da altra angolazione anche P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, 202.

8 L'osservazione è sviluppata in termini nitidi da F. von Hayek, *Liberalismo*, cit., 55.

9 Presupponendosi qui la lezione di J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

La tradizione del *political constitutionalism*¹⁰ iscrive i diritti e le libertà nella dimensione politico-discorsiva, sul presupposto che il miglior rimedio per tutelare le situazioni giuridiche e scongiurare gli abusi sia la partecipazione diretta o indiretta del maggior numero dei cittadini alle decisioni collettive che li riguardano¹¹. La democrazia consente (se non altro tramite una *fictio*) di realizzare l'aspirazione a che nessuno possa essere sottoposto a leggi che non abbia concorso ad approvare, e dunque a subire vincoli che non abbia volontariamente accettato¹².

Il fenomeno pandemico, però, produce una serie di fratture e disfunzioni sia nell'impianto istituzionale attraverso cui la democrazia si realizza, sia nell'ecosistema culturale in cui essa alligna.

- i) Un tema ricorrente della riflessione sulla democrazia come paradigma istituzionale, reso di estrema attualità dalla delega dei pieni poteri al *premier* ungherese Orban, è la sua attitudine a fronteggiare situazioni che fuoriescano dall'ordinaria amministrazione.

La questione trova solide radici sia nell'esperienza storica, che nell'elaborazione scientifica. Al riguardo, la più suggestiva ed emblematica teoria è quella della "dittatura commissaria" schmittiana: sulla scorta dell'esperienza della Roma repubblicana e forte del riferimento coevo all'art. 48 della Costituzione di Weimar, Carl Schmitt prospetta la figura di un dittatore, nominato in forza di un potere e di una procedura costituiti, dotato di poteri assoluti – ivi compreso quello di limitare o sospendere i diritti e le libertà fondamentali – per il tempo necessario a ripristinare l'ordine costituzionale¹³. Questa visione è in effetti sintomatica di una sorta di sfiducia circa gli anticorpi della democrazia davanti all'emergenza, costretta a negare se stessa, sia pur provvisoriamente, al fine di salvarsi. Appare difficilmente contestabile, anche sulla base di semplici reminiscenze storiche, che in contesti di crisi – fra cui la pandemia rientra senza dubbio – la democrazia denoti una tendenza a conservarsi, attenendosi come sistema di garanzie e di controlli sul potere, e rafforzandosi come sistema di autorità¹⁴. Certo, può con altrettanta facilità obiettarsi che le dinamiche auto-conservative di fronte alle crisi caratterizzino ogni regime, anche quelli autoritari o totalitari, ed è solo più arduo apprezzare le differenze. Nondimeno, restano alcune "predisposizioni genetiche" peculiari della democrazia, che la espongono ai rischi delle tensioni economico-sociali. La bassa temperatura ideologica delle democrazie e le forme di partecipazione per lo più

10 Per la consolidata distinzione fra *political constitutionalism* e *legal constitutionalism* si veda, fra i lavori più recenti, R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Le due categorie sono evocate anche da G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 29, peraltro con riguardo a tematiche di cui si avrà modo di discorrere più avanti nel testo.

11 Considerazione ampiamente condivisa nella riflessione politologica e giuridica: cfr. per tutti N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., 60.

12 È la celebre definizione di libertà legale enunciata da I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1965, 500, ampiamente ripresa, fra gli altri, da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1981, 289 ss.

13 Cfr. C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921), Laterza, Roma-Bari, 1975, *passim*; Id., *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1984, 151 ss. Sul tema si veda anche G. Sartori, *Dittatura*, in *Enc. Dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 358.

14 Così D. Fisichella, *Lineamenti di scienza politica*, Carocci, Roma, 2010, 378.

indirette alla decisione collettiva, se possono fornire una soddisfazione psico-affettiva sufficiente nell'ordinaria amministrazione, potrebbero non bastare più nella straordinaria amministrazione, dove si tende ad aver bisogno di narrazioni, gratificazioni, processi identificativi, e finanche dello stesso riaffiorare della dicotomia amico/nemico¹⁵. Ora, sebbene anche le democrazie possano mobilitare l'immaginario con i propri valori e simboli¹⁶, la strategia del "sovraccarico emotivo" stride con il loro necessario relativismo e con l'aspirazione a stemperare le passioni degli uomini con la ragione delle leggi. Allo stesso modo, stride con la garanzia delle minoranze, la logica dell'alternanza al potere e i moduli compromissori la torsione in senso avversariale della relazione con l'*alter*. Il crinale rispetto alle derive plebiscitarie e populistiche è assai sdruciolevole. Risalendo, poi, all'essenza procedurale della democrazia, l'istanza efficientista tipica delle crisi tende a sopportare di mal grado le forme e i dibattiti in cui si sostanzia la democrazia politica.

- ii) Sviluppando quanto appena accennato, va aggiunto che la pandemia, quale fenomeno che appartiene al regno medico-scientifico, e che su questo piano esige si determinino e si implementino le decisioni collettive e individuali, incide sui processi di legittimazione del potere. Per tali si allude ai meccanismi attraverso cui il potere riesce a imporsi e ottenere obbedienza non in virtù del timore della sanzione coercitiva, ma del consenso e della percezione di validità che, in ragione del titolo o delle modalità d'esercizio, trova presso i destinatari del comando¹⁷. Ora, in democrazia il principio di legittimazione del potere risiede nella "prossimità" o comunque nella riconducibilità del comando – diretta o indiretta, tramite la rappresentanza – al popolo sovrano. Il sopraggiungere della pandemia, però, tende a far retrocedere questo criterio, sostituendolo con un principio di legittimazione di tipo tecnocratico, in cui la selezione della *leadership* e la validità del comando riposano sulla competenza dei soggetti dai quali esso promana¹⁸. Circostanza confermata, sol che si pensi alla vera e propria "stagione dei commissari" inaugurata dal Covid-19, alla proliferazione delle *task-forces* di esperti, alla panoplia di prescrizioni e linee guida che hanno fatto irruzione nel sistema delle fonti¹⁹. Si tratta di aspetti gravidi d'implicazioni, sia ove li si guardi attraverso le lenti della democrazia, sia ad osservarli attraverso i filtri del liberalismo. Un primo tema è quello della scientizzazione della politica: le istituzioni del circuito democratico-rappresentativo vengono sussidiate, o accettano di buon grado di farsi sussidiare, dai tecnici, la cui funzione passa dal tradizionale calcolo dei

15 Cfr. G.L. MOSSE, *Intervista sul nazismo*, Laterza, Bari, 1977, 123 ss., e D. Fisichella, *Lineamenti*, cit., 377.

16 Come correttamente rilevato da D. Fisichella, *Lineamenti*, cit., 379, che cita l'esempio della Gran Bretagna guidata da Churchill nella *darkest hour* della Seconda guerra mondiale.

17 M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, 29; H. Popitz, *Fenomenologia del potere*, Il Mulino, Bologna, 2001, 35 ss.; D. Fisichella, *Lineamenti*, cit., 76.

18 Sui temi e i problemi della tecnocrazia si rinvia, anche per i necessari riferimenti storici, a D. Fisichella, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Bari, 1997 e Id., *Lineamenti*, cit., 173 ss. e 386 ss. Doveroso menzionare, poi, le riflessioni sul «governo dei custodi» di R. A. Dahl, *La democrazia*, cit., 77 ss.

19 Peraltro, l'evoluzione storica delle forme di Stato consente di apprezzare come l'allocatione della potestà normativa, e l'intensità della sua forza, dipendano dal criterio di legittimazione del potere in quel momento assunto a riferimento, concentrandosi nel soggetto che ne risulta alimentato in maggior grado: sul punto, se si vuole, cfr. il mio D. De Lungo, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 14.

mezzi anche all'elaborazione dei fini²⁰. Ma questa contiguità ha cause ed effetti che operano in senso bidirezionale: e infatti, dietro l'usbergo della scienza, la politica può tentare di rendersi invisibile e scaricare le responsabilità che le incombono, senza però rinunciare alla propria capacità direttiva, esprimendosi, specie in contesti scientifici incerti e non univoci, con l'eventuale *cherry picking* dei tecnici più vicini alle proprie posizioni, o facendo leva sui fisiologici meccanismi di riconoscenza che quanti sono stati nominati nutrono verso chi li ha preposti all'incarico. Si realizza così la politicizzazione della scienza. In disparte queste problematiche, resta poi il fatto che l'euristica della scienza, specie delle c.d. scienze dure, si fonda in linea di massima su dati, analisi e tesi proposti in termini di contrapposizione vero-falso (*aut-aut*); laddove la logica del confronto democratico – pur inquadrata entro coordinate assiologiche – si basa sul presupposto relativistico che non esistano verità assolute, e che le decisioni poggino sulla mediazione e sul compromesso (*et-et*)²¹. Proprio l'impostazione del dibattito pubblico attorno a categorie assolute delegittima in partenza opposizioni o pensieri dissenzienti, giustifica potenzialmente ogni limitazione o finalizzazione dei diritti e delle libertà.

- iii) Da tematizzare in chiave problematica, poi, sono i possibili riflessi della pandemia sulla concezione antropologica e più in generale sulla *Weltanschauung* sottesa al modello liberal-democratico. È forse opportuno tratteggiarne un breve profilo – al prezzo di inevitabili approssimazioni – per analizzare poi le criticità.

La democrazia – in ciò cogliendosi uno dei tratti che maggiormente valgono a distinguerla dall'autoritarismo e, soprattutto, dal totalitarismo – muove dalla premessa che l'esistenza umana si sviluppi in una pluralità di appartenenze e sfere distinte (sociale, economia, familiare, culturale, religiosa): la politica, sebbene detenga una funzione di sintesi, è solo una di queste, senza alcuna pretesa di dirigerle o assorbirle. La democrazia, in buona sostanza, non ha aspirazioni pan-politiche; all'opposto, rinviene nel pluralismo e nella poliarchia due elementi costitutivi²².

Il valore irriducibile della persona, che ha radici culturali composite fra cui spicca a buon diritto quella liberale, aggiunge al principio di autonomia quello individualistico, con una serie di corollari fondamentali.

Il primo corollario è il rifiuto per gli approcci olistici, cioè per le teorie che, considerando l'intero come una comunità organizzata che supera e trascende le singole parti, sostengono il primato della collettività sull'individuo, comprimendone o escludendone l'autonomia e l'autosufficienza²³.

20 Cfr. ancora D. Fisichella, *Lineamenti*, cit., 173 ss.

21 Tornano alla mente le pagine di Kelsen, che nell'individuare i pilastri dell'*δημοκρατία* democratico, pone al centro la condivisione del postulato che «alla conoscenza umana siano accessibili soltanto verità relative, valori relativi, e che, per conseguenza, ogni verità e ogni valore – così come l'individuo che li trova – debbano essere pronti, ad ogni istante, a ritirarsi per fare posto ad altri valori e ad altre verità». Cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1920), in Id., *Dottrina dello Stato*, ESI, Napoli, 1994, 147.

22 Appare qui necessario richiamare, sul valore del pluralismo, P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2011, 12 ss. e 95 ss.; il concetto di poliarchia è stato coniato da R.A. Dahl, e per i suoi compiuti sviluppi può farsi riferimento ai suoi *La democrazia*, cit., 339 ss. e *Poliarchia*, in *Enc. Sc. Soc.*, VI, Treccani, Roma, 1996, 601 ss.

23 Cfr. E. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, 33 ss. Per una rilettura critica, cfr. L. Infantino, *L'ordine senza piano. Le ragioni dell'individualismo metodologico*, Arman-

Il secondo corollario è la diffidenza di fondo verso forme di cognitivismo etico o di eterodirezione del volere. Lo scetticismo investe, così, il «mito del Grande Legislatore», che vorrebbe proiettare su un'entità immateriale qualità (onniscienza e perfezione morale) che gli uomini non hanno, affidando ad esso la fabbricazione autoritativa di un ordine intenzionale²⁴. Ma si riversa anche sull'idea di bene comune, da leggersi, riduzionisticamente e *a posteriori*, come frutto dal confronto fra i diversi individui e gruppi in cui la società si articola; non come entità assoluta, distillabile *a priori* o dispensata dall'alto²⁵.

Terzo corollario è la necessità di scongiurare la tirannia della maggioranza. Questo è uno dei massimi punti di tensione fra liberalismo, come tecnica di limitazione del potere ancorata al primato della libertà individuale, e democrazia, come modello procedurale fondato sulla regola della decisione a maggioranza. Il principio di maggioranza è un criterio di risoluzione dei conflitti che, su base egualitaria e quantitativa, autorizza la forza del numero a prevalere sul singolo o sulle minoranze²⁶. Il presidio contro le sue degenerazioni risiede, a livello d'ingegneria costituzionale, nella ricerca di basi di consenso più ampie della maggioranza semplice per deliberazioni su temi particolarmente sensibili, o nella radicale indisponibilità di determinati oggetti. A livello del singoli e dei gruppi, lo strumento privilegiato di tutela sono invece i diritti e le libertà che consentono d'interloquire nel processo politico e nel dibattito pubblico, a cominciare dalla manifestazione del pensiero, l'associazionismo, il diritto di voto.

Rispetto a tutti i profili appena delineati, la pandemia squaderna una serie di questioni che destano un certo allarme.

Il Covid-19 è stata la prima emergenza sanitaria a colpire il mondo in una fase così avanzata della società dell'informazione, caratterizzata dalla circolazione pressoché illimitata di dati,

do, Roma, 2008.

24 Sull'ordine inintenzionale cfr. F. von Hayek, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, Roma, 1988, 271-289; L. Infantino, *L'ordine senza piano*, 27-69; Id., *Prefazione*, in F. von Hayek, *Liberalismo*, 8 ss., dove l'Autore, richiamando l'insegnamento di Mandeville e dei moralisti scozzesi, rileva: «opporre al "governo degli uomini" delle sistematiche ragioni gnoseologiche significa scagliargli contro una forza straordinariamente dirompente, capace di radere al suolo ogni possibile difesa. Gli uomini sono fallibili. E non c'è "causa" che possa cambiare la loro condizione [...] è pertanto necessario abbandonare l'idea che possa esistere un "punto di vista privilegiato sul mondo", una fonte superiore della conoscenza, pubblicamente accettata come tale. Quando c'è un Grande Legislatore che prescrive i contenuti delle nostre azioni, l'ordine è il prodotto intenzionale di una mente che centralizza ogni decisione. Se tuttavia dobbiamo rinunciare alla "direzione unitaria", perché manca una fonte privilegiata della conoscenza e quel poco che sappiamo è altamente disperso all'interno della società, bisogna affidarsi a un processo sociale, che sia il più allargato possibile». Cfr. anche R. De Mucci, *Micropolitica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, 13 ss.

25 Sul problema del bene comune A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina*, cit., *passim* e spec. 323 ss.

26 Restano centrali le considerazioni di Tocqueville: dopo aver evidenziato criticamente come il principio di maggioranza riposa sull'argomento «che vi sia più cultura e più saggezza in molti uomini riuniti che in un solo, nel numero che nella qualità dei legislatori, è la teoria dell'uguaglianza applicata all'intelligenza», aggiunge che «quando vedo il diritto e la facoltà di far tutto a una qualsiasi potenza, si chiami essa popolo o re, democrazia o aristocrazia, sia che lo eserciti in una monarchia o in una repubblica, io affermo che là è il germe della tirannide». A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, Utet, Torino, 1968, 810 ss. Cfr. N. Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie* (1981), ora in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, 386 ss.

notizie e forme di comunicazione in tempo reale e su scala globale. Di questa strumentazione hanno potuto disporre sia i cittadini che le istituzioni: da ambo le parti, la semplicità e l'immediatezza dei contatti ha portato a un'iperproduzione di flussi informativi e comunicativi, conferenze stampa, programmi dedicati, debordata a tratti in una sorta d'infodemia, che se per un verso era giustificata dal bisogno di conoscere del pubblico, per altro verso ha alimentato inevitabilmente il clima di tensione, la percezione dell'emergenza, la monopolizzazione del dibattito²⁷.

Possiamo qui tralasciare la difficoltà, entro un infinito paniere di beni comunicativi e informativi, di individuare le *fake news*, o il rischio che il bombardamento informativo, con una sorta di eterogenesi dei fini, indebolisca l'attenzione sui fenomeni più rilevanti e le loro reali implicazioni²⁸. Va invece evidenziato che la costante sollecitazione mediatica, densa d'immagini forti e appelli di tipo mobilitazionale, esercitata in parallelo al confinamento in casa e all'interruzione di ogni tipo di attività o relazione sociale, ha creato una forma di alienazione inedita, almeno nell'esperienza recente degli Stati costituzionali. Nei mesi del *lockdown*, l'*homo democraticus* è diventato *homo videns*²⁹, di fronte ai mezzi d'informazione: ha assistito alla fagocitazione di tutte le sfere della sua esistenza (familiare, lavorativa, sociale, religiosa) entro l'arena politica; si è trovato calato nel ruolo monodimensionale di ingranaggio rispetto allo sforzo sanitario collettivo per il bene comune; ha visto i suoi diritti e libertà sospesi in virtù del principio di precauzione, in forza di decisioni assunte in contesti scientifici incerti da commissioni di esperti estranee a forme di controllo o responsabilità democratica.

La pandemia nell'era dell'interconnessione costante, peraltro, ha buon gioco nel contagiare le strutture della liberal-democrazia, poiché trova un terreno di coltura assai favorevole nel livellamento delle identità e nei processi di massificazione che caratterizzano la società attuale. Di questa situazione senz'altro può beneficiare il potere, che a fronte di una società omogeneizzata e priva delle barriere naturali del pluralismo, incontra minori difficoltà nella creazione del pensiero unico e nella conseguente cristallizzazione della propria posizione egemonica. La stessa disintermediazione del rapporto fra potere e individuo, spesso evocata nelle sue sorti magnifiche e progressive, è bidirezionale: come per il cittadino è più facile interloquire con il potere, allo stesso modo per il potere è più facile raggiungere il cittadino, con tecniche suggestive e suadenti di creazione del consenso, di mobilitazione (anziché di partecipazione), di guida dell'*opinion making*³⁰.

27 Il deleterio concatenarsi della pandemia e dell'infodemia, è stato ampiamente analizzato durante l'emergenza sanitaria, per lo più a livello di articoli giornalistici. Un monitoraggio sul flusso di dati e informazioni scambiati in questo periodo a livello globale relativi al Covid-19 è stato tentato da R. Gallotti, N. Castaldo, F. Valle, P. Sacco, M. De Domenico, *COVID19 Infodemics Observatory* (2020), in <https://covid19obs.fbk.eu/>. Con il tema si erano confrontati, però, già lavori precedenti: cfr. G. Manfredi, *Infodemia. I meccanismi complessi della comunicazione nelle emergenze*, Guaraldi, Rimini, 2015.

28 Per una disamina su questi profili, se si vuole, cfr. D. De Lungo, *Internet fra democrazia e diritti costituzionali. Contributo al dibattito sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, 11.

29 Il concetto di *homo videns*, come noto, si deve alla felice proposta teorica di G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Laterza, Bari, 1997.

30 Sui caratteri e le dinamiche della società di massa cfr. J. Ortega y Gasset, *La ribellione delle masse* (1930), Il Mulino, Bologna, 1962; E. Canetti, *Massa e potere* (1960), Adelphi, Milano, 2015; U. Cerro-ni, *Teoria della società di massa*, Editori Riuniti, Roma, 1983. L. Pellicani, *Società di massa*, in *Enc. Sc. Soc.*, 1998, *ad vocem*; D. Fisichella, *Lineamenti*, cit., 384 ss.; più di recente, con aperta tematizzazione della sovranità e della sfera pubblica alla luce delle nuove tecnologie, cfr. M. Calise – F. Musella, *Il principe*

Va rimarcato, poi, che gli argomenti che il pensiero unico può mettere in campo nella narrazione della pandemia, suffragati dal dato scientifico e imbevuti di valenze morali, si presentano come un connubio fra ragione scienziata e fede laica difficile da contrastare. Salute pubblica, bene comune, responsabilità collettiva, sono categorie olistiche agitabili come idoli, di fronte a cui la posizione individuale o le ragioni della libertà e dei diritti tendono non solo a diventare recessive, ma anche a delegittimarsi.

Tutti i corollari che l'individualismo porta nel saldarsi alla liberal-democrazia rischiano così di saltare: riemerge l'olismo, con la premessa teorica da cui esso muove che la collettività assorba e trascenda il singolo; riaffiora il mito del Grande Legislatore, che paternalisticamente può individuare e imporre dall'alto il bene comune, le condizioni della felicità, i contenuti e i fini delle libertà e dei diritti individuali³¹; torna a farsi strada la tentazione di affidare ad un'intenzionalità sovrumana la determinazione dell'ordine delle relazioni economico-sociali, sottraendolo allo spontaneismo della cooperazione volontaria fra uomini³²; la tirannia della maggioranza s'impone silenziosamente, tramite le logiche stringenti dell'utilitarismo, che riconnette la bontà del comando alla sua capacità di provvedere al benessere non del singolo, ma del maggior numero di persone³³.

- iv) Benché la democrazia non si esaurisca nei congegni del parlamentarismo e della rappresentanza³⁴, il momento elettorale costituisce la manifestazione più tangibile di esercizio della sovranità popolare. Come è stato efficacemente dimostrato, la presenza di elezioni periodiche consente al popolo di prendere parte sia alla selezione della *leadership* che alla formazione dell'indirizzo politico sotto due aspetti: uno dinamico, dal momento che la prospettiva elettorale, attivando un meccanismo di competizione fra i soggetti e i gruppi in lotta per il potere, impone ai candidati e agli eletti la responsività, cioè la costante sintonia con le sensibilità e le istanze del corpo elettorale³⁵; l'altro statico, quando, con il voto, l'elettore può premiare o sanzionare

digitale, Laterza, Roma-Bari, 2020. Ma in tema, già le profetiche considerazioni di A. de Tocqueville, *La democrazia*, cit., 812.

31 Scenario condannato senza riserve da I. Kant, *Sopra il detto comune: "questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica"*, in *Scritti politici*, cit., 225: «un governo fondato sul principio della benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico, in cui i sudditi, come i figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente, per aspettare che il capo dello stato giudichi in qual modo essi devono essere felici, ed ad attendere solo dalla sua bontà che egli lo voglia, è il peggior dispotismo che si possa immaginare». Sul tema, poi, ancora A. de Tocqueville, *La democrazia*, cit., 812, nelle sue riflessioni su quelli che avrebbero potuto essere i nuovi volti del dispotismo.

32 Cfr. F. von Hayek, *Nuovi studi*, cit., 271-289; L. Infantino, *L'ordine senza piano*, 27-69.

33 Sulle frizioni fra liberalismo e utilitarismo cfr. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., 76, e A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina*, cit., *passim* e spec. 323 ss., il quale peraltro mette bene in luce come gli stessi grandi Maestri del liberalismo, di fronte alla sfuggente definizione della nozione di bene comune, siano talvolta incorsi in aporie e contraddizioni rispetto alla dialettica fra individuo e collettività.

34 Ben lo insegna P. Ridola, *Democrazia rappresentativa*, cit.

35 È chiaro il riferimento alla celebre definizione della democrazia competitiva di J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo, democrazia* (1942), Etas, Milano, 1964, 269: «il metodo democratico è quell'assetto istituzionale per arrivare a decisioni politiche nel quale alcune persone acquistano il potere di decidere mediante una lotta competitiva per il voto popolare».

il candidato o l'eletto, e farne valere la responsabilità politica³⁶.

Il sopraggiungere dell'emergenza sanitaria può comportare il rinvio delle elezioni, la proroga o *prorogatio* degli organi e dei mandati, la difficoltà di realizzare la campagna elettorale e di esercitare i diritti e le libertà strumentali alla partecipazione politica, le problematiche connesse alle concrete modalità di espressione del suffragio. Elementi che, presi assieme, nel cristallizzare gli assetti di potere, stemperano la dinamica competitiva e l'effettività dei vincoli di responsabilità e responsabilità.

- v) Resta infine da accennare all'espansione delle funzioni e, conseguentemente, degli apparati pubblici che la pandemia innesca: l'esigenza (o la pretesa) di contenere il contagio, di regolare la ripresa delle attività e di supportare il tessuto economico-sociale si traduce nel riconoscimento di un margine d'intervento capillare e pervasivo alle istituzioni, che porta inevitabilmente a un incremento dei poteri e delle risorse, materiali e umane, delle strutture burocratiche.

Nell'insegnamento del liberalismo, l'esigenza di controllare il potere e quella di limitare i compiti dello Stato procedono di pari passo: si può anzi affermare che il soddisfacimento della seconda, pur non esaurendola, sia *condicio sine qua non* per realizzare la prima, poiché la prevenzione degli abusi del potere è più agevole, se più ristretti sono i suoi ambiti d'azione. In sintesi: lo "Stato minimo" è più controllabile dello "Stato massimo"³⁷. Secondo la celebre formula già ricordata, il governo è un male necessario³⁸: ogni suo rafforzamento, per quanto animato dai più nobili fini, comprime la libertà individuale, sia dal punto di vista degli spazi entro cui questa può dispiegarsi, sia delle finalità verso cui essa può essere esercitata, esponendola a un teleologismo eterodiretto potenzialmente pericoloso.

Questa critica, però, è ben lungi dal restare circoscritta alla dimensione dei diritti e delle libertà, rifluendo sul versante della democrazia. Infatti, tanto più ci si allontana dalla logica dello Stato minimo, attribuendo ad esso obiettivi ampi e complessi ad elevato coefficiente di tecnicismo, quanto più è probabile che il potere venga drenato dalle sedi rappresentative e confluisca negli apparati burocratici, estranei al circuito del controllo e della responsabilità democratica³⁹. Autorevoli studi sull'agire burocratico, peraltro, hanno dimostrato come, una volta istituito, l'apparato tenda a interferire sul decisore politico per assicurarsi la pro-

36 Il nesso fra responsabilità, responsabilità e competizione è ricostruito in modo assai lucido da D. Fisi-chella, *Lineamenti*, cit., 305.

37 Cfr. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, cit., 40.

38 Quella di T. Paine, *Common Sense* (1776), trad. it. *I diritti dell'uomo*, Editori Riuniti, Roma, 1978, 65.

39 Vale la pena ricordare le pagine di Hayek: «[...] se per tali ragioni sembra quasi certo che una democrazia illimitata finirà per abbandonare i principi liberali a favore di misure discriminatorie destinate ad avvantaggiare i vari gruppi che appoggiano la maggioranza, è quanto meno dubbio che una democrazia possa, se abbandona i principi liberali, salvare a lungo se stessa. Se il governo assume compiti che, per mole e complessità, sono sempre meno suscettibili di essere realmente indirizzati secondo le decisioni della maggioranza, sembra inevitabile che dei poteri effettivi si appropri un apparato burocratico, sempre più indipendente dal controllo democratico. È pertanto non improbabile che l'abbandono del liberalismo da parte della democrazia conduca nel lungo periodo alla scomparsa della stessa democrazia. In particolare, è pressoché indubbio che il tipo di economia diretta dal centro, verso cui la democrazia sembra orientarsi, esige per la sua efficace gestione un governo dotato di poteri autoritari». Cfr. F. von Hayek, *Liberalismo*, cit., 55-56. Ma si vedano anche le riflessioni di B. Leoni, *La libertà e la legge* (1961), Liberilibri, Macerata, 1995, e di K.H. Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

pria conservazione ed espansione, incentivando una logica inflattiva della spesa pubblica, dell'apparato regolatorio e degli assetti organizzativi⁴⁰.

3. Pandemia e tutela giurisdizionale: gli effetti collaterali del bilanciamento e il depotenziamento normativo della Costituzione

Esaurite le problematiche riguardanti i canali della mediazione politica e del dibattito pubblico, volgiamo ora lo sguardo al secondo livello di tutela dei diritti e delle libertà, quello giurisdizionale del *legal constitutionalism*⁴¹. Le questioni che l'emergenza sanitaria pone appaiono anche qui di non poco momento.

L'esperienza della pandemia riporta alla luce, colorandola di concretezza e attualità inedite, una questione non nuova, ma che fino ad oggi era rimasta confinata per lo più sul piano teorico. Si allude – per usare una formula di sintesi – al “lato oscuro del bilanciamento” e agli effetti collaterali che l'ormai pervasivo impiego di questa tecnica argomentativa proiettano sulla tutela dei diritti e delle libertà costituzionali.

È ampiamente evidenziato nella riflessione scientifica come il controllo di proporzionalità e il bilanciamento - che di tale controllo costituisce un momento logico assieme ai test di idoneità e necessità⁴²- abbiano rappresentato un formidabile strumento al servizio dei diritti fondamentali, ampliando la sfera di protezione delle situazioni giuridiche esistenti o accogliendo nell'ordinamento istanze e rivendicazioni nuove. Il massiccio impiego dei moduli decisionali in questione, peraltro, ha potuto dispiegarsi entro un clima culturale assai benevolo, in cui, da un lato, l'espansione cosmopolitica dei diritti è stata intesa come parte di un movimento storico necessario al completamento della pace e della democrazia⁴³; dall'altro lato, la valorizzazione del ruolo delle corti – che senza dubbio la proporzionalità e il bilanciamento determinano – e l'affidamento dei diritti al sistema neutrale della giurisdizione è stata salutata con favore, davanti alle scarse prestazioni offerte, in termini di capacità di composizione degli interessi, dalla decisione politica del circuito democratico-rappresentativo⁴⁴.

Questa prospettiva irenica, tuttavia, si è per lo meno incrinata a seguito delle restrizioni sperimentate nella stagione del Covid-19, facendo riaffiorare una serie di interrogativi che il quotidiano *menage* ordinamentale aveva (forse) consentito di mettere da parte. Ove li si metta a sistema, emerge più di una perplessità circa la reale attitudine delle categorie della proporzionalità e del bilanciamento ad offrire una tutela sempre salda ai diritti individuali e, più in generale, alle componenti liberali della forma di Stato.

i) Un primo elemento da considerare è la naturale attitudine dello scrutinio di pro-

40 Cfr. J.M Buchanan, *I limiti della libertà*, Rusconi, Milano, 1998, 300; R. De Mucci, *Micropolitica*, cit., 241 ss.; P. Martelli, *Analisi delle istituzioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2012, 391 ss. e 408 ss.

41 Cfr. R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, cit., e G. Scaccia, *Proporzionalità*, cit., 29.

42 Fra i numerosi lavori in argomento, si vedano almeno R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 953 ss. e più di recente Id., *Proporzionalità*, cit.; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007, 219 ss.

43 Possiamo fare icasticamente di nuovo riferimento a un'opera di N. Bobbio, cioè *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

44 In questi termini G. Scaccia, *Proporzionalità*, cit., 29 ss.

porzionalità e del bilanciamento a slegarsi dai testi normativi, fino a prescindere o, addirittura, a porvisi in più o meno aperta contraddizione.

Il bilanciamento si sostanzia, infatti, in una relativizzazione del “peso” dei beni, interessi e valori contrapposti, funzionale, nell’ottica del caso singolo, a determinare quali di essi debba recedere, oppure a trovarne un ragionevole contemperamento. Ciò implica che pure garanzie costituzionali fraseggiate in termini assoluti possano essere superate o stemperate⁴⁵.

Proporzionalità e bilanciamento, così, hanno aperto un “canale ermeneutico” perfettamente bidirezionale: l’interprete potrà allo stesso modo, a seconda delle peculiarità del caso singolo, muoversi tanto nel verso della dilatazione dei diritti e delle libertà, quanto in quello della loro compressione, senza trovare argini insormontabili nelle disposizioni scritte. Non è difficile immaginare in quale direzione si possa esser tentati di far oscillare il pendolo, in situazioni emergenziali.

Proprio su questo versante si sono appuntate, nella letteratura statunitense degli anni '60, alcune fra le più risalenti critiche allo scrutinio di proporzionalità e alla teoria del bilanciamento, intese quale pericoloso e spesso inconsapevole mezzo di erosione delle garanzie costituzionali⁴⁶. Riprendendo e sviluppando provocatoriamente l’immagine della *rights inflation*⁴⁷, la moltiplicazione dei diritti e, al contempo, delle situazioni di reciproco conflitto che tali tecniche hanno concorso a determinare, rischia di tradursi, come per ogni fenomeno inflattivo, in un depauperamento del “valore reale” delle singole situazioni giuridiche.

Le descritte preoccupazioni sono state riprese a livello scientifico e giurisprudenziale da numerosi orientamenti che si sono fatti carico di erigere un argine saldo, proprio sul piano del valore, in luogo di quello ormai poroso dei testi. Alcuni filoni ricostruttivi hanno tentato di ordinare i diversi principi, diritti e libertà entro una gerarchia fissa, o almeno di individuare alcune posizioni assiologicamente preminenti, in modo da sostituire in radice il bilanciamento con il criterio della prevalenza⁴⁸. Altri, pur ammettendo il bilanciamento, nondimeno ritengono che possa individuarsi *a priori*, per ogni diritto, un nucleo essenziale incomprimibile, sottratto a processi di relativizzazione nello scontro con interessi antagonisti⁴⁹.

45 Cfr. G. Scaccia, *Il bilanciamento*, cit., 3995 ss., e R. Pino, *Conflitto*, cit., 274.

46 Si vedano, fra gli altri, L.B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, in *Yale Law Journal*, 71, 1962, 1424 ss.; Id., *Is The First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson*, in *California Law Review*, 51, 1963, 729 ss.; T. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in *Yale Law Journal*, 72, 1963, 877 ss.; M. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *California Law Review*, 56, 1968, 935 ss.

47 Proposta da K. Möller, *Proportionality and Rights Inflation*, in G. Huscroft - B.W. Miller - G. Webber, *Introduction*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 155 ss.

48 Possono menzionarsi, senza pretesa di esaustività, la dottrina delle *preferred positions* della Corte suprema americana o la *Stufentheorie* della Corte costituzionale federale tedesca (altrimenti declinata nella sua versione *objektive Wertordnung*). In dottrina, R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna, 2012; L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001. Per una prospettiva comparatistica, A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, 131 ss.

49 È la teoria tedesca del *Wesensgehalt*, sulla quale cfr. H. von Mangoldt – F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt Am Mein, 1955, 557 ss.; P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art 19 Abs 2 Grundgesetz*, Müller, Karlsruhe, 1962, 51 ss.; M. Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und*

In seno al dibattito italiano, queste posizioni hanno trovato scarso seguito in dottrina, dove è prevalsa la tesi secondo cui gli interessi costituzionali non possano essere incasellati in un ordine astratto, ma solo posti in relazione secondo gerarchie “mobili”⁵⁰, da ricomporsi caso per caso. Si sono fatti valere, in tal senso, il carattere antipluralista, e comunque l'impossibilità oggettiva di ricostruire, in maniera non arbitraria, un *pantheon* di valori sovraordinati o anche solo dei nuclei irriducibili, partendo da testi costituzionali che, nella maggior parte dei casi, sono il frutto articolato dei compromessi fra identità anche molto distanti⁵¹. Nella medesima direzione pare orientata la Corte costituzionale, che pur avendo evocato la garanzia del nucleo essenziale e la categoria dei principi supremi, ha escluso l'istituzione di graduatorie assolute, privilegiando regole dinamiche di ponderazione e composizione dei conflitti⁵².

Ora, può condividersi il favore verso approcci relativistici anziché cognitivistici, più vicini alle assiologie complesse e aperte delle democrazie pluraliste; così come pure è innegabile che

der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Springer, Wien-New York, 1991, 47 ss. Nella dottrina italiana, particolare attenzione alla inviolabilità del nucleo essenziale è stata posta da P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, 150 ss., e M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 65 ss.

50 Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, 216 ss.

51 Conclusioni sulla quali si registra la più ampia convergenza di posizioni: R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 62-63; G. Scaccia, *Il bilanciamento*, cit., 3962 ss.; G. Pino, *Conflitto*, 44 ss.

52 Esemplare in tal senso, nell'esprimere la *summa* della giurisprudenza costituzionale sul punto, la sentenza n. 85 del 2013, che vale la pena citare per esteso: «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Non sembra inutile ricordare come tale ricostruzione sia stata ripresa durante l'emergenza sanitaria del Covid-19 sia dal Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, in occasione della presentazione della Relazione annuale sulla giurisprudenza del 2019, lo scorso 28 aprile; sia dal Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, nel corso del suo intervento del 30 aprile alla Camera dei Deputati nell'ambito dell'informativa prevista dal d.l. n. 19 del 2020. In tema cfr. A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 maggio 2020.

l'interpretazione delle disposizioni costituzionali non possa esaurirsi in una pura deduzione formalista. Resta però il fatto che la proporzionalità e il bilanciamento hanno avuto un impatto devastante sul diritto costituzionale⁵³.

Ne risultano scosse, infatti, le due tradizionali, e primigenie, funzioni: la limitazione e la legittimazione del potere⁵⁴.

Ammettere la flessibilità e cedevolezza delle garanzie in ipotesi anche oltre il disposto testuale e i criteri ermeneutici più rigorosi, sostituendole con quello che, in definitiva, è un vincolo di ragionevolezza, buon senso e non arbitrarietà dei pubblici poteri, dequota di molto il significato della costituzione scritta. Il limite che così viene a gravare sulle autorità non è molto diverso da quello che, in una qualunque società liberal-democratica, per tratto immanente di questa forma di Stato, verrebbe implicitamente a incombere su di esse anche in assenza di un testo costituzionale⁵⁵. E così, le previsioni della Carta cambiano natura, in una sorta di transustanziazione dalla norma giuridica all'ideale regolativo kantiano; la tenuta dei vincoli passa dal piano della costituzione come atto-fonte, a quello del costituzionalismo come cultura⁵⁶, restando affidata più che ai congegni del diritto, al grado d'introspezione dei valori e dei principi nella coscienza dei governanti e dei governati⁵⁷.

In termini di ricadute sulla legittimazione del potere è appena il caso di osservare come il patto costituente suggellato nella Carta censisca un determinato assetto socio-economico e determini valori e finalità in vista delle quali, prendendo a prestito il lessico del contrattualismo, la comunità politica si associa. Il diritto costituzionale non è esclusivamente un congegno equilibratore, ma anche un mezzo di affermazione identitaria: quand'anche stabili, la ricomposizione o il sovvertimento degli assetti rispetto alle coordinate identificative dell'accordo originario, se operate da una qualunque autorità (ivi compresa la giurisdizione) al di fuori dei procedimenti di revisione o addirittura di sostituzione costituzionale, devono

53 La formula è di T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96, in *Yale Law Journal*, 1987, 991 ss., di cui merita riportare un passaggio assai suggestivo: «Balancing opinions give one the eerie sense that constitutional law as a distinct form of discourse is slipping away. The balancing drum beats the rhythm of reasonableness, and we march to it because the cadence seems so familiar, so sensible. But our eyes are no longer focused on the Constitution. If each constitutional provision, every constitutional value, is understood simply as an invitation for a discussion of good social policy, it means little to talk of constitutional theory. Ultimately, the notion of constitutional supremacy hangs in the balance. For under a regime of balancing, a constitutional judgment no longer looks like a trump. It seems merely to be a card of a higher value in the same suit».

54 Per la necessaria indagine sui due poli della limitazione e della legittimazione del potere si rimanda alle illuminanti pagine di P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania - Id. (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino, 2006, 44 ss.

55 Cfr. sul punto G. Scaccia, *Il bilanciamento*, cit., 3996.

56 Il lungo itinerario scientifico di P. Häberle ha peraltro magistralmente dischiuso i sentieri dello studio della costituzione come fattore culturale: per limitarsi al lavoro più recente, cfr. il suo *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.

57 Profilo sul quale tornano inevitabilmente alla mente le riflessioni di Madison, venate di cinico realismo: «if men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself». Cfr. J. Madison, *The Federalist Papers*, n. 51.

considerarsi prima ancora che illegittime, delegittimate.

Un sistema così caratterizzato, se in congiunture ordinarie è favorevole – come si è detto – allo sviluppo dei diritti, diviene al contrario piuttosto fragile, opponendo difese abbassate, alle dinamiche di crisi delle emergenze sanitarie. Gli interventi limitativi delle sfere giuridiche individuali troveranno sulla loro strada barriere malleabili, e comunque saranno dotati di un grimaldello – il fine di contenere l'epidemia per il bene comune – assai efficace. Non sarà difficile forgiare, nelle maglie ampie della Carta, un principio di sicurezza e prevenzione del rischio dalle implicazioni omnidirezionali e pervasive. La tavola dei valori costituzionali potrà essere ridefinita per l'occasione, elevando a bene assoluto, se non anche tiranno, la salute pubblica, da perseguirsi in modo totalizzante e a scapito di ogni altro interesse contrastante, e perciò recessivo. Il diritto alla vita potrà essere invocato come “arma nucleare” contro ogni dissenso, lasciando da parte quello che, ad avviso di chi scrive, non è invece trascurabile: cioè, che il diritto alla vita non è l'assicurazione della mera sopravvivenza, ma la garanzia di una vita dignitosa, cioè corredata comunque da un nucleo essenziale e incomprimibile di diritti, libertà e spazi di autodeterminazione in cui si esprime l'essenza della liberaldemocrazia e si sviluppa la persona umana⁵⁸.

- ii) Il secondo aspetto problematico della proporzionalità e del bilanciamento da tenere in conto, legato a quello sopra illustrato, è la ridotta profondità dello scrutinio giurisdizionale: muovendosi nell'ambito di una tecnica c.d. *non interpretative*⁵⁹ e di valutazioni spiccatamente casistiche, le corti si trovano prive sia della forza argomentativa dei criteri ermeneutici tradizionali (a cominciare da quello letterale), sia del richiamo al precedente⁶⁰. La oggettiva difficoltà di validare razionalmente la motivazione – condizione essenziale da cui dipende la legittimazione della decisione giurisdizionale⁶¹ – pone le corti in una posizione di fisiologica debolezza rispetto al decisore politico: il che rende ragione della tradizionale propensione verso forme di *deferential review*⁶². Peraltro, non è peregrino ipotizzare che l'intento di scongiurare delegittimanti sovraesposizioni politiche o contrapposizioni frontali con gli organi del circuito democratico inducano un grado ancora maggiore di deferenza, là dove si tratti di pronunciarsi su scelte compiute all'esito di intensi confronti nel dibattito pubblico e fra le forze politiche, specie se recenti. Preoccupazioni che diventano massime in contesti quali quello della pandemia: di fronte alla narrazione emergenziale e a misure adottate (mediaticamente) *coram populo*, con il concorso dei tecnici, il giudice dovrebbe svolgere la sua funzione di garanzia contro-maggioritaria non solo nei riguardi di una deliberazione politica rafforzata tramite appelli emotivi alla

58 Il tema della vita dignitosa è venuto di recente in particolare luce nelle numerose pronunce in materia di suicidio assistito: per una panoramica, se si vuole, cfr. il mio D. De Lungo, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019.

59 Il conflitto fra giurisdizione e politica che si cela dietro il dibattito attorno alla scelta fra criteri interpretative e non interpretative è fra criteri interpretative e non interpretative è ben ricostruito in L. Mezzetti – M. Belletti – E. D'Orlando – E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 232 ss. Si vedano inoltre le riflessioni di G. Pino, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Dir. Soc.*, n. 3/2014, 597 ss.

60 Cfr. G. Scaccia, *Il bilanciamento*, cit., 3996.

61 Sulla legittimazione delle Corti cfr. L. Mezzetti – M. Belletti – E. D'Orlando – E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, cit., 82 ss.

62 Cfr. G. Scaccia, *Il bilanciamento*, cit., 3995. Il rilievo è evidente, sol che si pensi agli *standard* adottati dalla giurisprudenza della Corte suprema americana.

tutela della vita o alla *salus rei publicae*, ma anche delle reali o asserite valutazioni scientifiche a supporto. Proporzionalità e bilanciamento divengono così armi spuntate proprio quando più ve ne potrebbe essere bisogno.

- iii) Un terzo aspetto critico si coglie nello stesso statuto logico della proporzionalità e del bilanciamento, che, là dove, come sovente accade, venga in rilievo un conflitto fra posizione individuale e interessi collettivi, lascia trasparire una “inclinazione genetica” verso questi ultimi. E infatti, tale forma di sindacato presuppone apertamente un calcolo di tipo utilitaristico sul rapporto costi/benefici fra i sacrifici del singolo e i vantaggi per la comunità o per le istituzioni intese quali apparato, in siffatta ultima evenienza approssimandosi alla ragion di Stato⁶³. Come può intuirsi già a prima vista, ammesso che si tratti di entità commensurabili, il diritto e la libertà individuale non possono che partire svantaggiati di fronte all’interesse generale collocato sull’altro piatto della bilancia. Tornano alla mente le pagine di Bentham, in cui il filosofo ammetteva come il credere che «l’unico fine giusto e giustificabile del potere [è] la maggiore felicità del maggior numero» sia una «dottrina pericolosa»⁶⁴. Da questo angolo visuale, proporzionalità e bilanciamento rivelano quindi una potenzialità anti-individualista e olistica che, nelle congiunture pandemiche, ha lo stesso segno dei mutamenti indotti nella sfera pubblica, rischiando così di trasfigurare il sindacato giurisdizionale da presidio a catalizzatore rispetto alla compressione delle garanzie⁶⁵.
- iv) A tutte queste problematiche vale la pena aggiungere un’ultima: cosa succede quando le categorie della proporzionalità e del bilanciamento passano dall’armamentario interpretativo dei giudici a quello normativo del legislatore o provvedimento dell’amministrazione?

Emblematica, ai nostri fini, la previsione di cui all’art. 1, comma 1, del d.l. n. 6 del 2020 (il primo decreto dell’emergenza Coronavirus) secondo cui le autorità competenti «sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica». Ma non parrà fuori luogo ricordare, in un’ottica convergente, l’art. 52, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in accordo al quale «eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla

63 Sulla proiezione utilitaristica, e dunque potenzialmente contro-individualista, del bilanciamento cfr. R. Pino, *Conflitto*, cit., 31.

64 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. I, trad. nostra.

65 Coglie davvero nel segno, da questo angolo visuale, la recente sentenza *Wisconsin Legislature v. Secretary-Designee Andrea Palm*, 2020 WI 42. La Corte Suprema del Wisconsin ha dichiarato «unlawful, invalid, and unenforceable» l’Emergency Order 28 adottato dalla Secretary-Designee del Department of Health Services (DHS), Andrea Palm, con cui era stato disposto, in emergenza Covid-19, l’ordine per tutte le persone che si trovano nello Stato di rimanere a casa, non viaggiare e tenere chiusa ogni attività qualificata come non essenziale. In particolare, la Corte ha rilevato: «Regrettably, have tangible examples of judicial acquiescence to unconstitutional governmental actions considered——at the time——to inure to the benefit of society, but later acknowledged to be vehicles of oppression. This is particularly true in the context of the police power, the source of authority cited by the DHS secretary-designee in this case. Historically, when courts contaminate constitutional analysis with then-prevailing notions of what is “good” for society, the rights of the people otherwise guaranteed by the text of the Constitution may be trampled. Departures from constitutional text have oppressed people under all manner of pernicious pretexts». Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring), § 7. Per un commento alla pronuncia, se si vuole, cfr. D. De Lungo, *Un atto di coraggio costituzionale. La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order*, in *Diritti comparati*, 18 maggio 2020.

presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

La preoccupazione che pare intravedersi è la seguente. La (sopravvenuta) cedevolezza dei limiti e delle garanzie previste dai testi costituzionali a corredo dei singoli diritti e libertà, la loro relativa fungibilità entro i meccanismi di ponderazione e bilanciamento, l'affermazione di alcuni criteri omogenei per disporne o valutarne la compressione (ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza ecc..), sono fattori che cospirano verso la confluenza tendenziale delle diverse situazioni soggettive specifiche in un unico *status* di libertà. Il passaggio da tante libertà a una libertà⁶⁶ potrebbe sembrare la più prossima realizzazione dell'anelito a che l'individuo si trovi a godere di una libertà costituzionalmente garantita omnicomprensiva, estesa a tutto quanto non sia espressamente proibito dalla legge (*silentium legis, libertas civium*). Questa indifferenziazione, però, ha dei potenziali effetti collaterali. Da un lato, divenendo impossibile enucleare in via generale e astratta garanzie puntuali per una libertà così ampia ed eterogenea, saranno proprio, e solo, la ragionevolezza e il bilanciamento a presidiarla: con tutte le perplessità che si sono illustrate circa la reale portata garantista di tali strumenti. Dall'altro lato, di fronte alla *reductio ad unum* delle libertà e alla omogeneizzazione dei limiti, è verosimile che gli stessi poteri contrapposti facciano blocco, in un unico potere conformativo che non trova altri vincoli che quelli, già invocati, della ragionevolezza e del bilanciamento. Qui è il punto: la frantumazione del potere in tanti poteri tipici e tassativi, ognuno subordinato a limiti e condizioni di esercizio predeterminate, costituisce una cifra essenziale dello Stato di diritto, nella cui teorica sono da sempre ben avvertiti i rischi delle concentrazioni di potere o di una inesatta perimetrazione dei relativi vincoli⁶⁷.

4. Diritto di resistenza e disobbedienza: verso una teoria dei “controlimiti individuali”?

Nei paragrafi precedenti, si è visto come, sotto la pressione dell'emergenza sanitaria, alcune possibili degenerazioni della democrazia, a cominciare dalla massificazione della società, creino – se si consente la metafora – un clima fortemente propizio al contagio pandemico, indebolendo gli anticorpi sia delle istituzioni che della società civile. Analogamente, l'istanza giurisdizionale, che in situazioni ordinarie tramite la proporzionalità e il bilanciamento guida in maniera egregia il controllato sviluppo dei diritti e delle libertà, più o meno inconsciamente può finire per volgere quelle stesse tecniche contro la sfera giuridica del singolo. L'individuo, così, sembra a prima vista sguarnito di strumenti di opposizione e reazione: i canali di manifestazione del dissenso che passano per le dinamiche discorsive della sfera pubblica e per il circuito democratico-rappresentativo sono assai ostruiti; allo stesso tempo, le tecniche di maggior successo nell'armamentario argomentativo delle Corti, che in situazioni di “normalità costituzionale” hanno consentito l'espansione della sfera giuridica individuale, tendono a giocare *ex parte principis* nel contesto emergenziale.

Giunti a quello che in apparenza è un vicolo cieco, l'unico rimedio ipotizzabile – non senza comprensibili difficoltà – viene in soccorso dagli albori del costituzionalismo: il diritto di resistenza, o la disobbedienza in accordo ad altra terminologia che possiamo qui assumere

66 Il tema è oggetto di particolare attenzione in P.F. Grossi, *I diritti di libertà*, cit., I 67 ss.

67 Una recente panoramica dei temi richiamati nel testo è in E. Ferrari, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019.

come sinonimo, inteso quale mezzo di conservazione e ripristino dell'ordine violato⁶⁸.

Si è efficacemente notato come, nell'evoluzione storica delle forme di Stato liberal-democratiche, il diritto di resistenza sia andato via via disciogliendosi in una serie di meccanismi, istituti e principi di struttura: la separazione dei poteri, la soggezione del potere alle norme giuridiche, la tutela del dissenso e degli altri diritti e libertà funzionali alla partecipazione politica, la centralità del metodo democratico, l'elezione periodica dei rappresentanti, le garanzie per le opposizioni e le minoranze⁶⁹. Al contempo, la predisposizione da parte dell'ordinamento di una serie tendenzialmente esaustiva di rimedi per assicurare la legalità, ivi compreso il sindacato di costituzionalità delle leggi, sembra precludere ogni spazio per mezzi ulteriori e diversi.

Queste considerazioni, che in larga parte colgono nel segno, non valgono tuttavia a superare una serie di argomenti di teoria generale e di diritto positivo, che proprio in contesti quali quello della pandemia trovano rinnovato vigore.

Conviene prendere le mosse dalle ragioni storiche ed etico-politiche alla base dell'associazione degli uomini nella comunità politica. Se, con Hobbes, il Leviatano è il «dio mortale al quale, sotto al dio immortale, dobbiamo la nostra pace e la nostra difesa»⁷⁰, è altrettanto vero come questo dio mortale altro non è che uno splendido artificio creato dall'uomo per l'uomo⁷¹. Nello specifico terreno delle liberal-democrazie, la componente liberale non è un residuo storico vuoto o un orpello onomastico, ma un tratto che vale a qualificare la democrazia come regime politico che assume a fondamento un determinato rapporto assiologico fra libertà e autorità, fra individuo e potere, fra tutela della sfera del singolo e volontà della maggioranza incarnata nella decisione collettiva. Un rapporto per cui le istituzioni sono un mezzo e non un fine, e dunque, in quanto tali, non abilitate a disporre in modo assoluto dei diritti e delle libertà delle persone stabiliti nel contratto sociale. E ciò a prescindere dallo scopo perseguito, quand'anche si tratti del «bene comune»⁷².

In una prospettiva convergente – con il tramonto delle visioni idealiste o organiciste dello Stato e in consonanza con le filosofie relativiste che caratterizzano le odierne democrazie – se s'intende il potere come mezzo fallibile di attuazione del contratto sociale, che lo precede, fonda e sovrasta, e il diritto positivo come strumento altrettanto fallibile di cui il potere dispone, appare logicamente fondata la possibilità per i consociati di dissentire in

68 Per una esatta perimetrazione dei due concetti, e per i tratti che valgono a differenziarle dalla rivoluzione, cfr. H.D. Thoreau, *La disobbedienza civile*, cit.; A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza*, cit.; Id., *Obbligo politico*, cit.; N. Bobbio, *Disobbedienza civile*, cit.; F.M. De Sanctis, *Resistenza* cit., 994 ss.; A. Cerri, *Resistenza*, cit.; T. Serra, *La disobbedienza civile*, cit.; A. Buratti, *Dal diritto di resistenza*, cit.; R. Laudani, *Disobbedienza*, cit.

69 Per un taglio attento a questa evoluzione, cfr. A. Buratti, *Dal diritto di resistenza*, cit.

70 La citazione è tratta dal Leviatano, capitolo 17.

71 Così P. D'Entreves, *La dottrina*, cit., 174. Sulla strumentalità dello Stato rispetto alla conservazione e allo sviluppo delle libertà individuali cfr. anche le classiche pagine di W. von Humboldt, *Idee per un saggio sui limiti dell'azione dello Stato* (1792), Il Mulino, Bologna, 1961, 62.

72 La tesi qui sostenuta è declinata in termini radicali da R. Nozick, in un celebre passo del suo *Anarchia, stato, utopia* (1974), Il Saggiatore, Milano, 2008, 112: «ogni individuo è una persona separata e la sua è l'unica vita che possiede. Nessuno può imporre sacrifici ad un individuo a beneficio di altri individui, e tanto meno lo Stato. [...] Nessuno e tanto meno lo Stato può decidere che alcuni individui siano risorse per altri».

ordine alla validità del comando⁷³. Il pensiero giuridico occidentale, in effetti, è avverso alla «dismisura politica, giuridica, ideologica» dell'autorità⁷⁴.

Risalendo alla radice pattizia dell'obbligazione politica, dalla bilateralità del vincolo discende che i cittadini-contrattanti siano legittimati a eccepirne le violazioni, almeno ove esse riguardino le clausole determinanti del consenso, quali sono senz'altro quelle relative ai diritti e alle libertà fondamentali: *inadimplenti non est adimplendum*.

Fondamenta al diritto di resistenza sono state rinvenute anche nella riflessione scientifica che più dappresso si è confrontata con i problemi della giustizia e dei diritti fondamentali. Da un canto, è stato evidenziato come la disobbedienza civile sia indissociabile dalla teoria del libero governo, arricchendo una concezione puramente legalistica della democrazia costituzionale⁷⁵. Da un altro canto, si è sostenuto che la disobbedienza alla legge non rappresenta un diritto autonomo e distinto rispetto agli altri diritti verso lo Stato, ma è un loro necessario corollario: legittimare la disobbedienza come diritto significa, da parte dello Stato, prendere i diritti sul serio⁷⁶. Conclusioni, queste, che recuperano due facce essenziali del prisma dei diritti fondamentali, intesi nella loro valenza multidimensionale⁷⁷: quella antagonistica e oppositiva, primordiale, ma tutt'ora ferma, i cui bagliori si scorgono in un'epoca antecedente lo stesso sviluppo storico del costituzionalismo, fin dai più risalenti accordi stipulati fra il sovrano e i nobili; quella partecipativa e discorsiva, tesa a garantire un dialogo costante con il potere nel processo d'inveramento e sviluppo costante dei valori della comunità.

Se si guarda all'orizzonte assiologico delle democrazie pluraliste contemporanee, un ulteriore – e ad avviso di chi scrive fondamentale – architrave sul quale edificare la teoria della resistenza può rinvenirsi nel valore pregnante della dignità dell'uomo: la limitazione della sfera individuale non può spingersi al punto di conculcare il diritto di ogni individuo di scegliere liberamente come orientare il destino della propria esistenza, né di depauperare quel bagaglio essenziale di diritti e libertà radicati nella tradizione storica della cultura occidentale. Ora, non si ignora che il principio-libertà viva in un rapporto di stretta e imprescindibile compenetrazione con il principio solidarista, aprendo alla declinazione e ricombinazione delle sfere giuridiche degli individui secondo un ampio ventaglio di concordanze ed equilibri pratici⁷⁸. Neppure si ignora che, nelle democrazie pluraliste, un collante integrativo della comunità politica sia il patriottismo costituzionale che fa leva sulla responsabilità di ciascuno verso tutti⁷⁹. Ma questi rilievi, da accogliersi senza riserve, non pregiudicano il primato della libertà e dell'autonomia dell'individuo, che restano intangibili nella loro essenza: il vincolo

73 F.M. De Sanctis, *Resistenza* cit., 994 ss.

74 Cfr. A. Zanfarino, *Le due fonti della sovranità*, in *Riv. int. fil. dir.*, III, 1966, 615. Citazione cui fa eco quella quasi profetica di Tocqueville: «non vi è sulla terra autorità tanto rispettabile in se stessa, o rivestita di un diritto tanto sacro, che vorrei lasciar agire senza controllo e dominare senza ostacoli». A. de Tocqueville, *La democrazia*, cit., 293.

75 J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1982, 309.

76 Il riferimento è ovviamente a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1974), Il Mulino, Bologna, 1982, 274 ss.

77 Sul tema, come pure per gli altri riferimenti ad una necessaria lettura multidimensionale dei diritti fondamentali, cfr. per tutti P. Ridola, *Libertà e diritti*, cit., 150 ss.

78 Cfr. il saggio di P. Ridola, *L'unità nazionale alla prova della pandemia*, in *Italiadecide – Tribuna* 2020, 4.

79 Cfr. l'articolo di G. Zagrebelsky, *La pandemia e i decreti di Conte: se non basta obbedire*, in *Repubblica*, 29 aprile 2020.

solidarista e la responsabilità verso gli altri non possono essere spinti al punto da rendere la persona uno strumento al servizio dell'interesse o del bene della collettività; altrimenti, si finirebbe per sacrificare un'entità concreta (l'uomo, unità di misura e fine di tutte le cose) a delle astrazioni (la collettività, il bene comune). Il potere, per quanto siano nobili i suoi intenti e desiderabili i suoi interventi a (preteso) favore della collettività, non può esorbitare dal perimetro invalicabile che gli è imposto, né superare la barriera che protegge la dignità e l'autodeterminazione dell'individuo. Il fine o la ragione del numero non giustificano il mezzo: la strada dell'inferno, come noto, è lastricata di buone intenzioni. La tenuta dei limiti passa, a ben vedere, per la capacità di ogni componente del sistema di non consentire, in nome dell'emergenza, lo scardinamento delle regole⁸⁰: lo stesso principio di responsabilità finisce per imporre un atto di coraggio costituzionale, che può assumere le forme della resistenza all'abuso. Sia consentito aggiungere che degradare il titolo del potere pubblico di agire in nome di istanze collettive e solidariste non vuol dire negare la natura sociale dell'uomo o esaltare un individualismo atomistico. Al contrario, proprio perché l'uomo è un essere sociale, ha il minimo bisogno di ricorrere al potere pubblico e può soddisfare tramite la cooperazione volontaria fra individui le stesse esigenze che le istituzioni pretendono di realizzare in via autoritativa.

Trasferendo adesso il ragionamento al livello del diritto positivo, diverse Carte, oggi come ieri, contemplano espressamente il diritto di resistenza: può pensarsi ad esempio, senza alcuna pretesa di esaustività, alla Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 5 luglio 1776; all'art. 2 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789; all'art. 20, comma 4, della Costituzione tedesca; all'art. 21 della Costituzione portoghese. Un simile riconoscimento manca, invece, nella Costituzione italiana. Senza qui ripercorrere l'intenso dibattito storico e teorico sul tema⁸¹, è sufficiente ricordare come il silenzio serbato al riguardo sia stato per lo più interpretato come significativo non tanto della volontà di escludere il diritto di resistenza, quanto più della difficoltà di organizzarne l'esercizio entro un alveo giuridicamente formalizzato⁸². Silenzio ritenuto, ad ogni modo, non decisivo e

80 Ancora una volta merita richiamare la sentenza *Wisconsin Legislature v. Secretary-Designee Andrea Palm*, 2020 WI 42: «emergency does not create power. Emergency does not increase granted power or remove or diminish the restrictions imposed upon power granted or reserved. The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the federal government and its limitations of the power of the States were determined in the light of emergency, and they are not altered by emergency». Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring), § 77.

81 Per i cui termini essenziali si rinvia, per tutti, ad A. Buratti, *Dal diritto di resistenza*, cit.

82 Questa è la lettura offerta da Mortati nel suo celebre intervento in Assemblea Costituente del 5 dicembre 1947: «circa la sostanziale esattezza e, vorrei dire, la santità di questo principio, nessuno potrebbe sollevare delle obiezioni, e tanto meno noi cattolici, poiché è tradizionale nel pensiero cattolico l'ammissione del diritto naturale alla ribellione contro il tiranno. Ci sono scrittori cattolici che riconoscono la legittimità perfino della soppressione del tiranno. Quindi non è al principio che noi ci opponiamo, ma alla inserzione nella Costituzione di esso, e ciò perché a nostro avviso il principio stesso riveste carattere metagiuridico, e mancano, nel congegno costituzionale, i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima. Siamo condotti con questa disposizione sul terreno del fatto, e pertanto su un campo estraneo alla regolamentazione giuridica». In una fase successiva della sua riflessione scientifica, peraltro, Mortati tornò sull'irrisolto nodo del diritto di resistenza, teorizzando un suo più puntuale e diretto aggancio al principio di sovranità popolare e ai diritti fondamentali: cfr. C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 32.

anzi superabile, dal momento che il fondamento dell'istituto è stato rinvenuto nelle pieghe di altre disposizioni costituzionali: nel principio di sovranità popolare dell'art. 1 Cost.; nel principio personalista e nell'invulnerabilità dei diritti fondamentali stabiliti dall'art. 2 Cost.; nel dovere di fedeltà alla Repubblica che prevale sull'obbligo di obbedire alle leggi, entrambi contenuti nell'art. 54 Cost.⁸³.

Sembra difficile dubitare che in un ordinamento fondato sulla sovranità popolare, sia impedito ai titolari della sovranità stessa di attivarsi per la difesa e il reintegro dei principi essenziali del patto costituzionale, là dove gli apparati pubblici restino inerti, o a maggior ragione dove siano questi a perpetrarne la violazione⁸⁴. Da questo angolo visuale, con un passaggio da cui traspare nitida la suggestione del carattere sinallagmatico dell'obbligazione politica, può ricordarsi l'insegnamento secondo cui «se l'art. 1, secondo comma, della nostra Costituzione dice che la sovranità popolare è anch'essa limitata dalla Costituzione, ciò vale, evidentemente, in quanto tutti i pubblici poteri si mantengono a loro volta entro i limiti della Costituzione stessa»⁸⁵.

Su questa linea, tornando a ragionare in chiave generale, nelle congiunture emergenziali della pandemia l'inseppimento dei canali tradizionali per far valere il dissenso o l'illegittimità – rispettivamente, quello del dibattito pubblico e del circuito democratico rappresentativo da un lato, quello giurisdizionale dall'altro – può integrare quelle condizioni di sussidiarietà e di *extrema ratio* cui l'esercizio del diritto di resistenza è subordinato. A ben vedere, siffatta conclusione appare tanto più giustificata, quanto più tendano ad avvalorarsi tesi che ammettano all'interno del sistema fonti *extra ordinem*, eventualmente dotate anche della capacità di “rompere” la Costituzione⁸⁶: per assurdo, dinnanzi a imposizioni che si sorreg-

Per una compiuta ricostruzione delle diverse posizioni confrontatesi in Assemblea Costituente, cfr. L. Ventura, *Le sanzioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, 185 ss.

83 Per le differenti proposte ricostruttive, cfr. almeno G. Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 103; C. Mortati, *Art. 1*, cit., 32 ss.; L. Ventura, *Le sanzioni costituzionali*, cit., 185 ss.; A.A. Cervati, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, nonché L. Carlassarre, *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, entrambi in M. Galizia – P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 456 ss. e 490 ss.; A. Cerri, *Resistenza*, cit., 3 ss.; L. Ventura, *Art. 54*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1994; G.M. Salerno, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, 111 ss.

84 Lo spazio di una nota per aggiungere che se, con Schmitt, è sovrano colui che decide sullo stato di eccezione, non si può escludere l'intervento del popolo in simili frangenti, se non al prezzo di negarne la sovranità.

85 V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Cedam, Padova, 1957, 456-457. L'Autore aggiunge «qualora [...] i poteri costituiti e destinati a rappresentare il popolo, ad agire e governare per esso, infrangano i limiti costituzionalmente stabiliti alle loro attività, sorge nel popolo l'interesse e la possibilità di riprendere nella sua pienezza l'esercizio della sovranità, di cui è il vero titolare, opponendosi e contrapponendosi ad un apparato statale divenuto privo di ogni legittimazione».

86 Questo potrebbe essere il caso del decreto-legge nell'ordinamento italiano, almeno secondo la nota tesi sostenuta da C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 831 ss. Sul tema, e per l'individuazione di opportuni limiti anche rispetto all'incidenza sui principi fondamentali cfr. F.S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid 19- Paper 22 aprile 2020*, 11 ss.

gono sulla nuda effettività della forza potrebbe risultare più agevole farne valere l'invalidità; al contrario, a fronte di un ordinamento che – in qualche misura – legittima sospensioni o deroghe alle disposizioni costituzionali al di fuori dei meccanismi di revisione, gli eventuali abusi divengono più difficilmente censurabili, aprendo la strada all'autotutela.

Con uno sforzo ulteriore, si tratta ora di verificare come, concretamente, il diritto di resistenza possa essere esercitato avverso gli atti e le condotte lesivi dei diritti e delle libertà fondamentali, o eversivi dei principi supremi. Le osservazioni che seguono, come è chiaro, hanno carattere descrittivo più che prescrittivo, toccandosi questioni che, a prescindere che le si voglia incasellare nel campo del diritto positivo o della fattualità, hanno contorni ibridi, di confine.

Sembra innanzitutto da riconoscersi – con precisazione forse superflua – che la resistenza possa essere esercitata sia in forma collettiva che individuale. Apparirebbe un controsenso infatti, specie ove venga in questione la violazione dei diritti e delle libertà fondamentali, riservare a una collettività peraltro non meglio definita (fino all'aggregato più comprensivo del popolo intero) l'esperimento di un rimedio a tutela di situazioni giuridiche che fanno capo al singolo. E anzi, in contesti quali quello dell'emergenza pandemica, che come si è visto determinano torsioni olistiche e anti-individualistiche, una simile ricostruzione finirebbe per lasciare lettera morta il rimedio, negando, in ultima analisi, il valore irriducibile della persona e della sua dignità.

Circa le forme di esercizio, autorevole dottrina ha individuato cinque tipologie, graduate per intensità: a) "l'obbedienza passiva", consistente nel rifiuto di obbedire al precetto, accettando però la sanzione comminata dall'ordinamento, in relazione alla quale ultima soltanto si dà obbedienza; b) "l'obiezione di coscienza", consistente nel rifiutare l'obbedienza alla legge per porre in essere un atto di testimonianza individuale di obbedienza ad un dovere superiore confliggente con quello di obbedire alla legge stessa; c) la "disobbedienza civile" come rifiuto di obbedire alla legge con un'azione pubblica, non individuale, non violenta, per migliorare l'ordinamento nei cui confronti ci si sente obbligati nonostante la disobbedienza; d) la "resistenza passiva", che mira in modo non violento a sovvertire o abbattere l'ordinamento; e) la "resistenza attiva" che mira alla sovversione e all'abbattimento dell'ordinamento anche attraverso l'uso della violenza⁸⁷.

La classificazione può essere accolta ai nostri fini, con alcune precisazioni: la disobbedienza civile *sub c)*, termine peraltro molto spesso e anche qui usato come sinonimo del diritto di resistenza *tout court*, per quanto detto in precedenza deve ammettersi anche in forma individuale; la "resistenza passiva" e la "resistenza attiva" *sub d)* ed *e)* da un lato devono ritenersi esercitabili anche contro singoli atti e condotte, dall'altro lato possono dirsi compatibili con la lettura della resistenza come strumento di conservazione e ripristino dell'ordinamento, solo se, e in quanto, gli ordinamenti contro cui si reagisce abbiano usurpato o sostituito il precedente illegalmente.

Nel sistema italiano, esistono diverse previsioni o istituti di diritto positivo attraverso cui si potrebbe veicolare o modellare l'esercizio del diritto di resistenza: la legittima difesa ex art. 52 c.p.; la resistenza legittima agli atti arbitrari della pubblica amministrazione ex art. 393-bis c.p.; la disapplicazione degli atti normativi, anche di grado legislativo, sul presupposto della loro radicale nullità, o addirittura inesistenza, e della conseguente inidoneità a produrre ef-

87 A. Passerin d'Entrèves, *Legittimità e resistenza*, in AA.VV., *Studi sassaresi, Autonomia e diritto di resistenza*, III, Giuffrè, Milano, 1973, 35-37; Id., *Obbligo politico e libertà di coscienza*, in RIFD, 1973, 41 ss.

fetti⁸⁸. La stessa teoria dei controlimiti, elaborata dalla Corte costituzionale quale baluardo della sovranità statale rispetto alla penetrazione di ordinamenti esterni, può essere presa a prestito e sviluppata, per comunanza di oggetto, anche nella sua dimensione individuale: anche il cittadino, quale co-detentore della sovranità, può opporre un controlimite individuale rispetto ad aggressioni operate dall'autorità nei confronti della sua sfera giuridica garantita dal patto costituzionale. Non parrebbe un fuor d'opera neppure evocare la dottrina dell'*ultra vires*, che in altri ordinamenti ha conosciuto ampia diffusione, per far valere la *nullification* di atti adottati al di fuori del mandato costituzionale delle istituzioni⁸⁹: tali sono sia quelli assunti in violazione di limiti puntuali, sia quelli che sovvertono il "necessario finalismo" dello Stato (e di ogni suo apparato) rispetto alla persona.

Un ultimo aspetto da esaminare, infine, riguarda l'esistenza di un'istanza deputata ad accertare che il diritto di resistenza sia stato esercitato in presenza dei necessari presupposti. Il problema sorge spontaneo dall'ovvia considerazione che, con elevata probabilità, il soggetto che ha esercitato la resistenza sarà chiamato a renderne conto, verosimilmente in una sede procedimentale o processuale. Ciò, peraltro, crea una serie di paradossi: il giudizio sarà operato da organi facenti parte di quelle stesse istituzioni contro cui si è reagito; lo scrutinio potrebbe avvenire sulla base dei criteri della proporzionalità e del bilanciamento fra violazione subita e violazione commessa, delle cui criticità si è già detto; si sconta la difficoltà di risolvere con strumenti e parametri di diritto positivo due condotte, la disobbedienza del cittadino e l'abuso del potere, in larga parte situati nella dimensione della pura effettività.

Non è da escludersi che, a fronte della pretesa dell'amministrazione o del giudice, possa essere eccepito il difetto assoluto, rispettivamente, di attribuzione e di giurisdizione, trattandosi di materie estranee al perimetro di entrambe, o comunque di pretese *ultra vires*; o, ancora, che, a fronte del provvedimento sanzionatorio o della sentenza di condanna, intesi quali prosecuzione della lesione, possa essere esercitato ancora il diritto di resistenza. Le stesse norme procedimentali e processuali potrebbero essere ritenute illegittime, nella parte in cui non consentono, in tali casi limite, alcuna garanzia di difesa, canone irrinunciabile dello Stato di diritto.

I paradossi qui illustrati, a onor del vero, paiono insuperabili, né, del resto, sono stati risolti nel corso del tempo dalle più raffinate riflessioni filosofiche e giuridiche.

Di fronte a quella che appare l'ultima e definitiva vendetta del Leviatano, all'individuo che voglia affermare l'incoercibile sovranità sul proprio foro interno i classici consegnano l'e-

88 Per un inquadramento completo sui temi della nullità e della inesistenza della legge, si veda, anche per ogni ulteriore riferimento bibliografico e giurisprudenziale, G. D'Alessandro, *La nullità della legge*, ES, Napoli, 2012.

89 Lo spazio di una nota per evidenziare come la dottrina dell'*ultra vires*, ampiamente radicata nella tradizione giuridica di lingua anglosassone, stia trovando rinnovato vigore nel dialogo (o meglio, nella contrapposizione) fra Corti costituzionali nazionali e istituzioni europee: l'esempio più attuale è offerto dalla recentissima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul *quantitative easing*: per una prima lettura, cfr. A. Baraggia – G. Martinico, *Who is the Master of the Treaties? The Compact Theory in Karlsruhe*, in *Diritti comparati*, 15 maggio 2020. Spunti interessanti, ai fini del presente scritto, in A. Zei, *Presupposti e limiti di un ricorso individuale avverso atti ultra vires dell'Unione europea: profili processuali del "diritto alla democrazia" nella recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Nomos*, n. 2/2016. Con la *nullification*, alludiamo invece alla teoria che caratterizzò il periodo immediatamente precedente alla Guerra di Secessione americana, che vide fra i suoi più attivi sostenitori J.C. Calhoun: cfr. il suo *Union and Liberty: The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Ross Lence, Indianapolis, 1811.

sempio di Socrate, che si sottopose alla sanzione e bevette la cicuta⁹⁰; o quello di Catone Uticense, che «ut mundo libertatis amores accenderet, quanti libertas esset ostendit dum e vita liber decedere maluit quam sine libertate manere in illa»⁹¹.

90 Può qui aggiungersi l'amara e celeberrima considerazione di H.D. Thoreau, *La disobbedienza*, cit., 29, «sotto un governo che imprigiona chiunque ingiustamente, il vero posto per un uomo giusto è la prigione».

91 La citazione è tratta da Dante Alighieri, *Monarchia*, II, V, 15.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I Briefing Paper

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.