

PROBLEMI DELL'EMERGENZA. LEGALITÀ E LIBERTÀ

di Domenico Pulitanò

(Professore emerito di diritto penale presso l'Università di Milano Bicocca)

1. “*Usque adeo res humanas vis abdita quaedam / obterit, et pulchros fascis saevasque secures / proculcare ac ludibrio sibi habere videtur*” (Lucrezio, *De rerum natura*, V, v. 1233s). Una potenza nascosta può sconvolgere le cose umane, facendosi gioco del potere dei reggitori delle società. Di questo tipo sono i problemi che oggi si pongono alle politiche del potere ed alla nostra riflessione sul diritto, di fronte alla *vis abdita* dell'invisibile virus.

L'emergenza pandemia è stata gestita in Italia con normative d'emergenza (decreti legge e atti normativi non aventi valore di legge: DPCM e altro). Per contenere il contagio sono state disposte restrizioni di libertà particolarmente spinte, fino al *lock down* dell'intero paese. I problemi sui quali si è subito aperta la discussione riguardano la legalità quale forma dell'esercizio del potere normativo, e le libertà di fronte al potere. Entrambi i profili interessano anche il diritto penale, per il quale la riserva di legge è principio di struttura (art. 25 Cost.) e i diritti di libertà vengono in rilievo sia come oggetti di tutela sia come limiti. Le riflessioni che qui propongo, lasciando fra parentesi i problemi della riserva di legge, riguardano i problemi di libertà, i contenuti di normative d'emergenza.

Le mie riflessioni sono nell'ottica del penalista, interessato ai contenuti dei precetti legali. Ma il diritto penale è rimasto sullo sfondo: nella gestione dell'emergenza è stato marginale. Secondari, rispetto ai precetti dell'emergenza, i problemi delle sanzioni e del futuro (ipotetico) *law enforcement* sanzionatorio delle normative dell'emergenza, per la cui violazione è stata prevista una sanzione amministrativa (d.l. 25.3.2020 n. 19, art. 4).

I problemi fondamentali di legalità e di libertà, che la normativa d'emergenza solleva, non riguardano norme penali. In una riflessione di ordine generale, mi è parso più importante centrare l'attenzione su quei problemi.

2. *Primum vivere*. La tutela della vita e della salute ha fondamento nella Costituzione, non in necessità al di fuori della Costituzione. Anche un diritto dell'emergenza sanitaria trova legittimazione *di principio* nella tutela della salute e della vita, diritto inviolabile che costituisce il presupposto di tutto il resto.

L'articolazione del sistema compete alla legge, che può attribuire ambiti d'intervento a fonti subordinate (un'ampia analisi in M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020). Testo normativo di riferimento è il codice della protezione civile, d.lgs. 2.1.2018 n. 1.

Vita e salute sono gli oggetti di tutela che stanno al centro del sistema penale. Per la loro tutela il nostro ordinamento giuridico mette in campo tutte le tecniche di cui il diritto penale può legittimamente avvalersi: configurazione di delitti di danno (i più gravi che l'ordinamento prevede) e di pericolo, d'azione e d'omissione, dolosi e colposi; previsione di illeciti minori (contravvenzioni o illeciti amministrativi) a chiusura di discipline speciali di sicurezza, che possono arrivare a soglie di tutela assai anticipate.

Hanno ovviamente in rilievo, per il diritto penale, *tutti* i principi costituzionali: diritti e libertà quali oggetti e limiti della tutela, i principi relativi alla pena (art. 27), il principio d'eguaglianza nel senso più largo (principio di ragionevolezza e proporzione).

I *lock down* introdotti nell'emergenza covid19 incidono pesantemente su diritti di libertà in senso forte: non solo la libertà di circolazione, direttamente bloccata, ma anche diritti e libertà che il blocco impedisce di esercitare. Da metà marzo viviamo in uno scenario non paragonabile a quelli di normative ed operazioni di protezione relative ad emergenze localizzate, come terremoti o alluvioni, e calibrate su esigenze specifiche. A fronte di un problema (pandemia: problemi di vita e di morte) che tocca in atto e in potenza l'intero territorio, è stata disposta una sospensione generalizzata e prolungata della normalità sociale.

La straordinaria pervasività delle restrizioni solleva problemi concernenti la struttura stessa e la tenuta di un ordinamento di democrazia liberale. La discussione si è subito aperta; nei fatti la sospensione della normalità è stata accettata, il tasso di osservanza è stato elevato. Da un editoriale de *Il foglio*, 20 aprile 2020, traggio alcuni dati relativi al periodo dall'11 marzo al 17 aprile: su più di 8 milioni di persone controllate, quelle denunciate per false attestazioni sono state 4.463, quelle denunciate per altre infrazioni minori sono state 316277 (moltissimi in numero assoluto, pochi in percentuale). L'osservanza ha riguardato precetti che in situazioni non emergenziali rifiuteremmo come liberticidi.

Nella duplice emergenza della pandemia e del *lock down* è apparso evidente che il contenimento del contagio e la tenuta della società (della convivenza) sono legati al positivo adempimento di doveri. Assunzioni di responsabilità delle istituzioni politiche, e osservanza dei doveri da parte di tutti: *doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* (art. 2 Cost) (sottolinea questo aspetto G. De Francesco, *Dimensione giuridica ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemia*, in

questa rivista, 23 aprile 2020). Per l'esercizio dei nostri diritti – *inviolabili* in via di principio, ma *fragili* di fronte a virus di varia natura – abbiamo bisogno della *solidarietà*, dell'osservanza di *doveri reciproci*.

Vengono in rilievo doveri generali gravanti su tutti, e doveri di adempimento di funzioni e di compiti di varia natura, da posizioni di garanzia di livello elevato (dirigenti ed operatori amministrativi, medici, infermieri) fino a compiti umili ma necessari. Nell'emergenza, anche doveri che prevalgono sui normali diritti di libertà.

La questione dei doveri e dell'osservanza di doveri è la prima e principale ragione d'essere del settore dell'ordinamento che definiamo diritto criminale pensando ai precetti, e penale pensando alle sanzioni. La situazione d'emergenza ha mostrato la preminente importanza della dimensione precettiva e dell'osservanza. Sanzionare i trasgressori del *lock down* è questione sostanzialmente irrilevante nella gestione dell'emergenza; può essere rimandata a tempi futuri.

3. Una valutazione radicalmente negativa sull'acquiescenza a misure straordinariamente restrittive è stata formulata da un noto filosofo:

Com'è potuto avvenire che un intero paese sia senza accorgersene eticamente e politicamente crollato di fronte a una malattia? Abbiamo accettato senza farci troppi problemi, soltanto in nome di un rischio che non era possibile precisare, di limitare in misura che non era mai avvenuta prima nella storia del paese, nemmeno durante le due guerre mondiali, la nostra libertà di movimento i nostri rapporti di amicizia e di amore, perché il nostro prossimo era diventato una possibile fonte di contagio (G. Agamben, *Una domanda*, in *Quodlibet*, 14 aprile 2020).

La domanda di Agamben merita considerazione, come provocazione a riflettere sul senso morale e politico dell'osservanza che ci è stata chiesta e che abbiamo accettato, sulla sospensione di libertà fondamentali.

La valutazione prevalente, da me condivisa, è del tutto opposta alla censura di crollo morale. «Gli italiani hanno mostrato una responsabilità, un carattere, un senso di comunità sorprendente»: così il citato editoriale de *Il foglio*. Nell'osservanza delle restrizioni è leggibile la moralità di un sacrificio molto pesante, nell'interesse di tutti.

Il tema dell'accettazione di norme rigide e illiberali a fronte di minacce come i patogeni, è oggetto di uno studio del 2018 della psicologa interculturale Michele Gelfand (*Rule makers, rule breaker: how tight and loose cultures wire our world*, New York 2018) che «parla dei pericoli e delle promesse di culture rigide e lasse, mettendo in guardia dagli estremi di entrambe e suggerendo la ricerca di un giusto equilibrio per un funzionamento ottimale di società, organizzazioni, famiglie e individui» (così la

presentazione di G. Corbellini, *Se la regola è catastrofica*, nel supplemento culturale de *Il sole 24 ore*, 19 aprile 2020).

Ricerca di un giusto equilibrio è un problema che riguarda anche situazioni difficili. Chi decide? Sembra profilarsi il fantasma di Karl Schmitt: *sovrano è chi decide sullo stato di eccezione*. Possiamo differenziare emergenza ed eccezione nel senso che «lo stato di emergenza presuppone una situazione di fatto oggettiva. Lo stato di eccezione è l'atto soggettivo di un potere sovrano che proclama la sospensione della legge ordinaria» (così il filosofo Giacomo Marramao, intervistato da Antonio Gnoli, in *Repubblica Robinson*, 25 aprile 2020). La pandemia (come il terremoto) è uno stato d'emergenza (purtroppo) reale, non un'eccezione stabilita dall'arbitrio soggettivo di un tiranno.

La situazione è ben diversa da emergenze tipo terrorismo, o altre situazioni obiettivamente serie ma che si prestano ad essere strumentalizzate per una 'stretta' autoritaria. Di fronte all'emergenza pandemia le chiusure illiberali non sono un obiettivo politico, ma un costo gravissimo, nelle valutazioni di tutti. L'emergenza sanitaria ha posto e ancora pone la politica di fronte alla responsabilità di scelte che toccano la vita e la morte.

Chi accerta la realtà della situazione e la valuta come emergenziale? Di fronte al rivelarsi di una potenza distruttiva, un'emergenza *eccezionalmente* grave per la salute pubblica, il governo politico ha responsabilità di tutela che possono legittimare anche misure *eccezionalmente* spinte. È la responsabilità di valutazione e decisione che è propria della politica, in via normale, e che non viene meno in situazioni *non* normali.

Ciò che *fa problema*, nel nostro caso, sono le *dimensioni* dell'emergenza fattuale (la pandemia) e della conseguente fuoriuscita dalla normalità sociale di una società libera: il *lock down* totale o molto spinto, la compressione di libertà fondamentali della generalità dei consociati, su tutto il territorio dello Stato e per un periodo non brevissimo. Quali politiche d'emergenza sono possibili nel quadro dei principi costituzionali? *Fino a che punto* possono essere giustificate, misure *illiberali* in uno stato d'emergenza sanitaria in cui è in gioco la *salus rei publicae*? *Per quanto tempo* potranno durare ed essere ragionevolmente accettati scenari emergenziali di restrizioni di libertà?

4. Sullo sfondo della vicenda Covid19, la Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella relazione sull'attività nel 2019 presentata il 28 aprile 2020, ha osservato che la Costituzione non prevede un diritto speciale dell'emergenza, non la sospensione di diritti fondamentali; è però *non insensibile al variare delle contingenze*, all'eventualità che dirompano situazioni di crisi o di straordinaria necessità e urgenza,

per le quali è pensato come strumento il decreto legge (art. 77). «Necessità, proporzionalità, ragionevolezza, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui deve attuarsi la *tutela sistemica e non frazionata* dei principi e dei diritti fondamentali, ponderando la tutela di ciascuno con i relativi limiti, *in base alle specifiche contingenze*. È la Costituzione la bussola necessaria a navigare 'per l'alto mare aperto' dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende».

Caliamo questi criteri nello scenario dell'emergenza covid19: le *necessità* di contenimento del contagio (la tutela della vita e della salute) possono fondare, nel *bilanciamento* con le libertà, una valutazione di *proporzionalità* di restrizioni di libertà eccezionalmente spinte, ma razionali rispetto allo scopo di preminente importanza.

Tutti questi criteri abbisognano di concretizzazione in contesti problematici, alla luce delle conoscenze (imperfette) disponibili, di prognosi non infallibili, di valutazioni e bilanciamenti non indiscutibili. Il principio di *giustiziabilità* esige la possibilità di un controllo giurisdizionale, in sede di giustizia ordinaria o costituzionale.

La metafora della bussola addita nella Costituzione uno strumento *necessario*, un criterio d'orientamento valoriale. Ma *non sufficiente* per la scelta di un percorso. Occorrono altri strumenti, altre conoscenze sul mondo degli uomini e della natura; c'è spazio a valutazioni politiche diverse. Il buon esito del viaggio 'per l'alto mare aperto' non è garantito dai buoni principi. La sovranità della politica e del diritto non è assoluta. La *vis abdita* del virus ha mostrato i limiti del nostro potere e dei nostri diritti.

5. Più la compressione di diritti è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo (intervista alla Presidente Cartabia, *Corriere della sera*, 29 aprile); il criterio della *temporaneità* ci dice che la compressione emergenziale di diritti dovrebbe essere *rivedibile* in ogni momento alla luce dei fatti e di esigenze mutate.

La dimensione temporale è al centro delle discussioni sul passaggio a nuove fasi. L'allentamento del *lock down* è stato avviato nella consapevolezza che comporta un aumento del rischio sanitario, con prevedibile aumento del numero di malattie e di morti.

Il Presidente del Bundestag, Wolfgang Schauble, in un'intervista di cui ha dato notizia il *Corriere della sera*, 27 aprile 2020, ha affermato la priorità della *intoccabile* (§. 1 della Costituzione tedesca) dignità della persona: sarebbe sbagliato subordinare tutto alla salvaguardia della vita umana. Parole taglienti, ovviamente discutibili. Ne ha discusso Giuliano Ferrara in un editoriale ne *Il foglio*, 29 aprile: «la sortita di un grande tedesco in vena di verità difficile dimostra che abbiamo scelto per ora, con tentennamenti, retropensieri luterani, remore da etica capitalistica dispiegata, di non

osare la grande scrematura di vecchi e malati, pagando un prezzo notevole per esclusive ragioni di pietà, di grazia e di amore che sono superiori a quelle della dignità».

Le discussioni sulla ripresa rispecchiano una situazione che definirei obiettivamente *aporetica*: conflitti non compiutamente componibili fra i diritti più fondamentali, necessarie e comunque dolorose assunzioni di responsabilità della politica per scelte che toccano le condizioni della convivenza, la vita e la morte, diritti e doveri.

L'apertura parziale ha portato in primo piano un nuovo campo di problemi, relativo al confine fra ciò che viene permesso e ciò che resta vietato. La discussione si è appuntata su punti specifici della normativa sulla fase 2, criticati, talora irrisi per scarsa chiarezza (difetto di tassatività, nel gergo penalistico) o dubbia ragionevolezza di talune delimitazioni di ciò che è permesso (chi sono i congiunti con cui si può incontrare? Perché non gli amici?). Non è stato tematizzato (negli interventi che ho letto) il problema di fondo, sulla compatibilità delle specifiche restrizioni con i principi costituzionali restrizioni di libertà e con il principio d'eguaglianza. Problemi di giustificazione di discriminazioni introdotte proprio dalla parzialità dell'apertura. La perdurante emergenza sanitaria può giustificare una delimitazione quantitativa dei contatti e degli spostamenti, ma non legittima l'autorità pubblica a decidere, sostituendosi alla libertà di ciascuno di noi, quali contatti personali siano preferibili.

Differenziare fra i possibili contatti personali, secondo criteri che non hanno alcun legame con questioni di sanità, mi sembra un difetto grave di sensibilità liberale, un'impostazione non rispettosa della libertà e dignità personale, censurabile sul piano della legittimità costituzionale alla luce dei principi di *necessità, proporzionalità, ragionevolezza*.

Una situazione di libertà ridotte non può reggere a lungo. Quale normalità potremo ricostruire, se l'emergenza fattuale (sanitaria) perdura? La situazione aporetica in cui ci troviamo solleva questioni che riguardano non solo il diritto, ma anche i presupposti di cultura e di tenuta morale dei quali le democrazie liberali hanno un *vitale* bisogno, ma non sono in grado di garantire.

Nella navigazione *per l'alto mare aperto* faremo bene a continuare a dare osservanza anche a disposizioni discutibili. L'esigibilità dell'osservanza non è scontata. Quali che siano i contenuti, la politica dell'emergenza e della ripresa dovrebbe saper dare un messaggio chiaro, autorevole e ragionevole, che *esprima fiducia* verso le persone cui è rivolto, e sia *capace di suscitare fiducia*, di motivare le assunzioni di responsabilità richieste da parte di tutti, la tenuta nei momenti più difficili. Parola d'ordine (anche costituzionale): *solidarietà*.