

Ilenia Massa Pinto

Il diritto costituzionale di fronte all'emergenza CoVID-19: la costituzione in senso funzionale e la (in)consapevolezza delle tendenze autodistruttive del sistema

Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

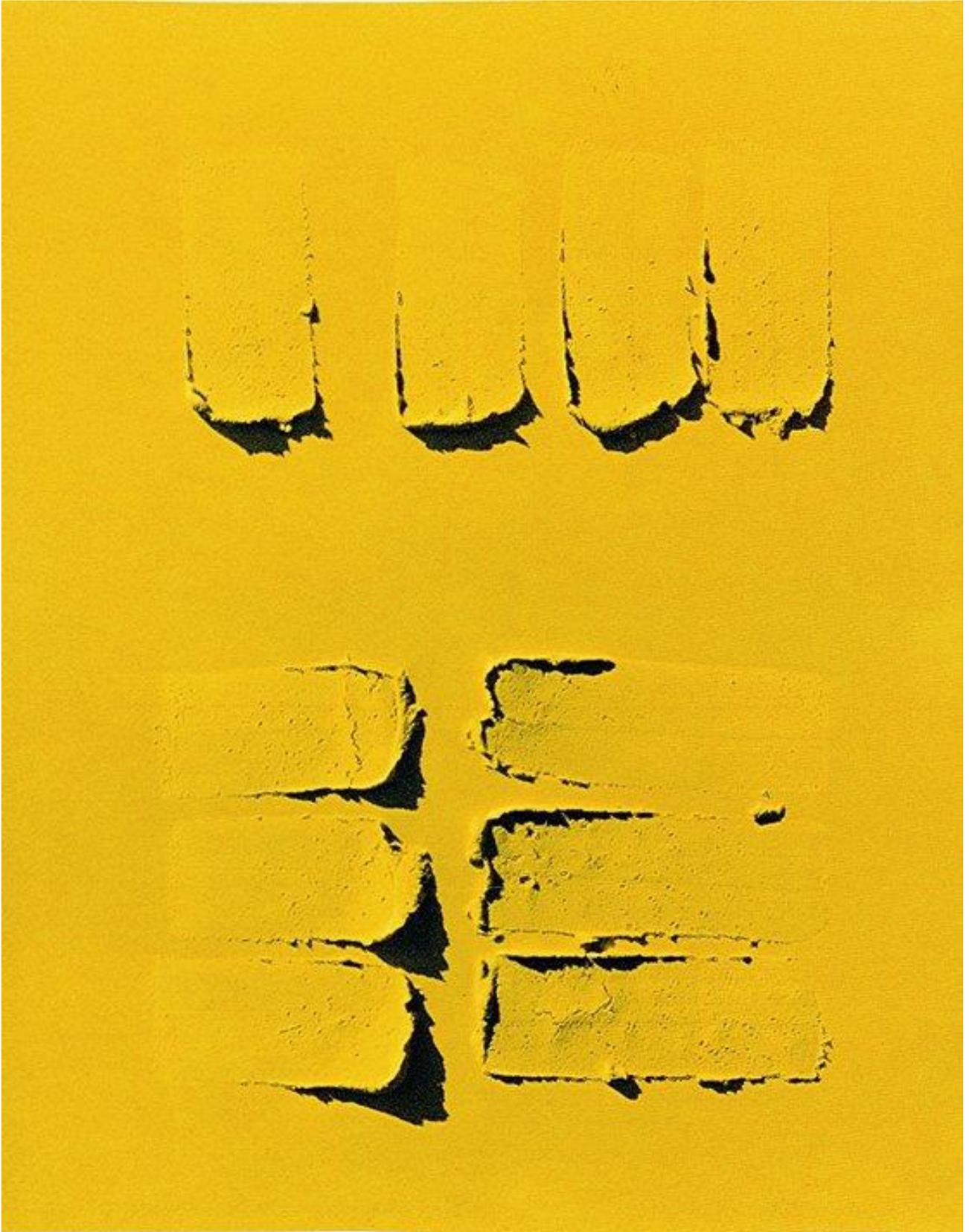
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Palpitazione di una emozione nel sole*, 1990 (Ciclo Barriere)

Ilenia Massa Pinto

Il diritto costituzionale di fronte all'emergenza CoVID-19: la costituzione in senso funzionale e la (in)consapevolezza delle tendenze autodistruttive del sistema

aggiornato a settembre 2020

* Il presente saggio è stato pubblicato sul numero 14/2020 della rivista *Lo Stato*, pp. 315-330

Sommario: **1. Premesse: un microrganismo sfida le scienze - 2. ...e anche il diritto costituzionale - 3. Costituzione in senso funzionale e coscienza di nazionalità dell'agire di comunità - 4. La trasformazione in "senso comune", in egemonia culturale, della consapevolezza che l'individualismo esasperato è autodistruttivo**

1. Premesse: un microrganismo sfida le scienze

Un evento di portata straordinariamente eccezionale, per le sue dimensioni difficilmente misurabili e per gli effetti complessivi in gran parte imprevedibili che ancora produrrà nel lungo periodo, ha travolto il nostro Paese: l'epidemia causata dal virus Sars-Cov-2, qualificata come "pandemia" dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, sta sfidando tutte le scienze, impegnate in questi mesi ad affrontarne i risvolti medico-sanitari, economici, sociali, psicologici, pedagogici, tecnologici, antropologici, filosofici. Non c'è aspetto della vita, individuale e collettiva, che non sia stato coinvolto. E la furia virale è stata accompagnata da una furia narrativa: alla pandemia si è aggiunta una "infodemia" incontrollata e incontrollabile, agevolata da un uso pervasivo dei *social media*.

Anche i giuristi hanno avuto in questi mesi parecchio materiale su cui lavorare: in particolare non c'è tema del diritto costituzionale che non sia stato interessato dalla pandemia. Una letteratura consistente e un numero impressionante di *webinar* hanno accompagnato sin dall'inizio i fatti e gli atti che si sono susseguiti in modo vorticoso sino a oggi.

La pandemia ha sollecitato riflessioni sulla stessa qualificazione dello stato nel quale ci siamo trovati – *stato d'emergenza* o *stato d'eccezione* – e sulla capacità della nostra Costituzione, che non prevede una disciplina espressa né del primo né del secondo, di far fronte a un evento di dimensioni

tanto vaste quanto imponderabili nella sua capacità evolutiva¹; sulle modalità di funzionamento degli organi costituzionali, e di quello della rappresentanza politica in primo luogo, e quindi, più in generale, sull'uso delle tecnologie nell'esercizio dei poteri in stato di emergenza²; sul sistema delle fonti del diritto e, dunque, sulla forma di governo³; sul rapporto tra livelli territoriali di governo⁴; sul rapporto tra diritto, politica e scienza e tecnica⁵; sui diritti di libertà, su quelli economici, su quelli sociali e su quelli politici⁶; sul futuro dell'Europa e sui rapporti tra le sue istituzioni, politiche e di garanzia, e sui rapporti tra queste e le istituzioni, politiche e di garanzia, degli Stati membri⁷.

¹ Hanno in vario modo evocato lo stato di eccezione G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; A. VENANZONI, *L'innomabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 5; C. ZUCHELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *IlDubbio*, 4 aprile 2020. Hanno espresso posizioni analoghe M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, *La Repubblica*, 3 marzo 2020; M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, *Avvenire*, 11 marzo 2020. Altri hanno espresso posizioni intermedie: cfr. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, p. 50. Lo sfondo teorico delle posizioni più estreme può rinvenirsi in G. AGAMBEN, *Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata*, *Il Manifesto*, 25 febbraio 2020 (e gli altri interventi dell'A. reperibili nella sua rubrica su *Quodlibet.it*). Fortemente critico nei confronti di queste posizioni cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivistaaic.it*, 2020, n. 2, il quale ritiene che le gravi preoccupazioni avanzate nel dibattito pubblico non siano fondate. Tra le critiche al pensiero di Agamben cfr. soprattutto D. GRASSO, *Agamben, il Coronavirus e lo stato di eccezione*, in *minima&moralia*, 27 febbraio 2020 e P. FLORES D'ARCAIS, *Filosofia e virus: le farneticazioni di Giorgio Agamben*, in *Micromega*, 16 marzo 2020.

² Per quanto riguarda il Parlamento, cfr. N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari e perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorioaic.it*, 2020, n. 3; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorioaic.it*, 2020, n. 3; M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, *Il Manifesto*, 31 marzo 2020; S. CASSESE, *Il Parlamento può combattere il virus a distanza di sicurezza*, *Il Foglio*, 17 marzo 2020. Cfr. altresì gli interventi di D. SASSOLI, L. VIOLANTE, S. CECCANTI, M. AINIS, F. CLEMENTI, P. PISICCHIO nel dibattito *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?*, 27 marzo 2020, e di S. CURRERI, V. LIPPOLIS, N. LUPO, M. LUCIANI, L. TRUCCO, R. CALVANO, nel dibattito *Parlamento aperto: a distanza o in presenza? (II appuntamento)*, 3 aprile 2020, entrambi disponibili sul sito di Radio radicale. Per quanto riguarda la Corte costituzionale, la Presidente, nella Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, ha chiarito che «Nei modi che le sono propri, anche la Corte costituzionale ha continuato e continua a svolgere le sue attività essenziali, sia pure con modalità compatibili con la situazione, riunendosi prevalentemente da remoto come disposto dai decreti della Presidente del 12, del 24 marzo e del 20 aprile 2020 per contenere l'esposizione al rischio di contagio connesso allo spostamento fisico di persone e al contempo assicurare la continuità e il tempestivo esercizio della funzione di giustizia costituzionale, nel pieno rispetto del contraddittorio» (la relazione è disponibile sul sito della Corte: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf).

³ Come si dirà, è questo il profilo sul quale si è acceso maggiormente il dibattito. Oltre agli Autori indicati nella nota 1, cfr. soprattutto G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.eu*, 10 aprile 2020, e i numerosi contributi pubblicati sui forum di *BioLaw Journal*, *Dirittiregionali.it*, *Federalismi.it*, *Osservatorioaic.it*.

⁴ Cfr. A. MORELLI – A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Dirittiregionali.it*, 2020, n. 2, e *ivi* i numerosi contributi pubblicati in materia; G. DI COSIMO – G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1; M. BETZU – P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, *ivi*.

⁵ Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, *cit.*, pp. 22-25.

⁶ P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorioaic.it*, 2020, n. 3; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorioaic.it*, 2020, n. 3; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero di parlamentari*, in *Osservatorioaic.it*, 2020, n. 3; G. MAESTRI, *Urne rinviate per il Covid-19: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1.

⁷ Cfr. J. ZILLER, *Europa, coronavirus e Italia*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020; M. DANI – A. J. MENÉNDEZ, *Le prime risposte dell'Unione Europea alle conseguenze economiche della crisi CoVID-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1.

Insomma, nulla sembra essere rimasto esente dagli effetti dell'azione di un organismo di 100-150 nm di diametro.

2. ...e anche il diritto costituzionale

Di fronte agli effetti dell'azione di un tale microrganismo lo Stato ha messo in campo una forza coattiva spietata: ciascuno di noi ha fatto esperienza, sul proprio corpo, del terrificante Leviatano, di quel dio mortale al quale dobbiamo pace e sicurezza. È forse questo l'aspetto che ha destato in modo particolare l'interesse dei costituzionalisti e ne ha acceso maggiormente gli animi. È dunque del tutto comprensibile che, almeno in una prima fase, il tema del "come" tale forza coattiva sia stata messa in campo sia stato al centro del dibattito pubblico. Ora che all'emergenza sanitaria si è aggiunta quella economico-sociale, il dibattito ha coinvolto anche le prospettive ordinamentali e, più in generale, le prospettive dell'assetto della convivenza civile, nella consapevolezza che la pandemia ha solo accelerato, aggravato e reso drammaticamente visibile una crisi preesistente.

Rispetto al primo profilo, le posizioni sostenute e gli argomenti spesi sono molto variegati, ma, seppur con una certa approssimazione, è possibile sostenere che i costituzionalisti si sono divisi tra coloro che hanno individuato il fondamento del diritto dell'emergenza nel *fatto* e sono ricorsi alla necessità come autonoma fonte del diritto, e coloro che ne hanno cercato il fondamento nel *diritto* stesso. Quanto ai primi, alcuni hanno posto l'accento sulla necessaria provvisorietà del diritto dell'emergenza quale elemento indefettibile per giustificarne la legittimità⁸, altri hanno fondato quest'ultima sull'effettività del diritto stesso, e dunque sulla validità della norma di riconoscimento che lo ha retto⁹. Quanto ai secondi, alcuni, avendo trovato nelle fonti sulla produzione il fondamento del diritto, hanno ritenuto legittimo l'operato dello Stato¹⁰, altri, non avendolo trovato, hanno ritenuto illegittime le procedure con cui le misure restrittive sono state adottate¹¹. Insomma, tutte le posizioni sono state sostenute e argomentate.

Rispetto al secondo profilo, una volta allentata la morsa per il parziale e provvisorio miglioramento della situazione sanitaria, ci siamo ritrovati al punto di partenza, ma con una crisi di dimensioni ancora più drammatiche: e se già prima della pandemia le idee erano scarse e confuse, ora davvero nessuno sa come uscire da una crisi di cui si fa fatica persino a misurare l'entità¹². I temi ricorrenti ruotano intorno alla denuncia delle crescenti diseguaglianze, che la pandemia e le conseguenti misure adottate per farvi fronte avrebbero aggravato e reso drammaticamente visibili.

⁸ Tra gli altri, v. G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extraordinem, Il Manifesto*, 19 marzo 2020.

⁹ E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020.

¹⁰ Tra gli altri, v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.; E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020, n. 1.

¹¹ Tra gli altri, v. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

¹² Di qui anche la scarsa partecipazione dei costituzionalisti al dibattito rispetto a questo secondo profilo.

Lavoro, salute, istruzione: non per tutti le misure restrittive hanno avuto i medesimi effetti e la “romantizzazione” della quarantena è stata possibile solo per alcuni privilegiati. I sacrifici e le compressioni dei diritti e delle libertà decisi a tutela della salute, individuale e collettiva, sono stati diversamente percepiti dai destinatari, a seconda delle rispettive condizioni personali e sociali di partenza. Ora che l'emergenza sanitaria sembra essere stata domata, quello stesso spietato Leviatano viene invocato accoratamente da tutte le parti: si assiste a una rincorsa generale a esibire i maggiori danni subiti a causa della pandemia. Servono investimenti, servono risorse, nell'immediato e nel lungo periodo. La pandemia ha squarciato il velo: lo Stato italiano è povero, anzi poverissimo.

3. Costituzione in senso funzionale e coscienza di nazionalità dell'agire di comunità

A fronte di questo quadro, la prima considerazione che si propone riguarda la necessità di mettere in cortocircuito i due profili segnalati, perché, sebbene riguardino *prima facie* temi diversi del diritto costituzionale, alla loro base c'è la medesima questione fondamentale che coinvolge le concezioni stesse dello Stato e dell'intervento pubblico, da un lato, e della libertà, dall'altro, quali facce di una medesima medaglia. Questo cortocircuito è indispensabile per non rimanere alla superficie delle questioni, ed è imposto dall'oggetto proprio del diritto costituzionale, insito in tutti i suoi molteplici profili, secondo una prospettiva peraltro che non enfatizzi le discontinuità tra il costituzionalismo antico e quello moderno: e cioè il tentativo di dare forma ai rapporti di dominio secondo cui sono organizzate da sempre le società umane.

Ora, il primo profilo oggetto di attenzione da parte dei costituzionalisti riguarda direttamente il sistema delle fonti del diritto e, dunque, le forme di esercizio del dominio politico e, dunque, la concezione della libertà delle forze politicamente dominate. Ebbene, tra i modelli messi in campo dagli Stati che sono stati colpiti dall'epidemia, il nostro Paese ha optato per un modello che rispecchia uno stile etico e un modo d'intendere l'interesse nazionale che fanno leva, in ultima analisi, sul principio di solidarietà. Il modello opposto, che sceglie consapevolmente di sacrificare una quota importante della popolazione, fa un calcolo costi/benefici che è stato paragonato a uno stile strategico squisitamente bellico: non adottando misure restrittive, o adottando solo misure parzialmente restrittive, in quanto giudicate dannose per l'economia, quest'ultimo modello punta tutto sulla cura dei malati, pur nella consapevolezza che nessun sistema sanitario sarebbe in grado di prestare le cure necessarie a tutti i contagiati dal virus. Il modello al quale si è ispirato il nostro Paese, già sperimentato non a caso in Cina, riflette una scelta strategica fondata sull'idea per la quale il senso dell'appartenenza comunitaria prevale sull'individualismo esasperato¹³.

Questo è il punto essenziale. Nel momento dell'emergenza massima, a poco è servito avanzare, da un lato, l'argomento delle responsabilità relative all'impreparazione del nostro sistema sanitario, determinata da tagli e inefficienze: decisiva osservazione per il futuro, ma inutile per far fronte all'emergenza del presente *hic et nunc*; e, dall'altro, l'argomento della assenza di democraticità in

¹³ Cfr. R. BUFFAGNI, *Epidemia coronavirus: due approcci strategici a confronto*, in *italiaemondo.it*, 14 marzo 2020.

Paesi che hanno adottato un modello simile al nostro: di nuovo decisiva osservazione per il futuro, indispensabile al fine di monitorare il seguito dell'intera vicenda, sotto il profilo della trasparenza e della ragionevolezza delle decisioni che dovranno essere adottate nelle fasi successive, ma altrettanto inutile per far fronte all'emergenza del presente *hic et nunc*.

Il nostro rigoroso modello, che ha richiesto enormi sacrifici, è stato messo in campo attraverso una catena normativa di atti la cui legittimità è stata contestata, con diversi argomenti, nell'*an*, nel *quomodo*, nel *quantum*. Non s'intende tornare in questa sede sui rapporti tra i diversi tipi di fonte che costituiscono i diversi anelli della catena: raffinate ricostruzioni sono state già proposte e tutti i dubbi sulla legittimità formale di alcuni atti sono stati già avanzati. La domanda alla quale preme qui dare una risposta è la seguente: a cosa sta agganciato il primo anello della catena normativa, posto che non possiamo certo considerarla come sospesa nel vuoto, dato il suo peso micidiale, determinato dai suoi contenuti?

Si è detto che «essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi», e che, percorrendo la catena a ritroso, «alla ricerca del fondamento degli atti normativi collocati al suo termine (o quasi)»¹⁴, questa prospettiva consente di affermare che «all'inizio della catena (del diritto positivo), non può che stare la Costituzione»¹⁵, e, in particolare, i principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*, che sarebbero stati positivizzati in diverse disposizioni costituzionali.

E infatti: «quasi» al termine della catena sta la Costituzione positiva. E prima? Se escludiamo che la necessità possa essere stata l'autonoma fonte che «tutto quanto il diritto»¹⁶ giustifica, che cosa c'è stato prima? La risposta non può che essere rintracciata, in ultima analisi, nell'effettività di un principio, variamente definibile, che rinvia alla percezione, in quella circostanza straordinariamente eccezionale, da parte dei membri del gruppo politico, della necessità di un vincolo di collaborazione¹⁷: questa considerazione consente di sostenere la possibilità di concepire la costituzione anche in senso funzionale, accanto alla sua definizione strutturale (ossia l'insieme delle norme sulla produzione del diritto).

Come noto, la teoria dei sistemi applicata alla teoria costituzionale ha posto in rilievo la distinzione tra *regole costitutive* – liberatrici delle razionalità connotanti il sistema – e *regole*

¹⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 110.

¹⁵ *Ibidem*, p. 113.

¹⁶ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl. e della P. A. in Italia*, 1909, p. 220. Sulla problematizzazione del discorso di Santi Romano in merito al rapporto tra necessità e legge (e sul suo "uso" poco sorvegliato nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo), nel senso dell'esistenza di un nodo non risolto tra due prospettive – quella della «liberazione del diritto dalla gabbia d'acciaio dell'assolutismo statale» e quella «dell'affermazione, da parte dello Stato, del primato del proprio diritto e dell'utilizzazione del diritto extrastatale ai fini del proprio mantenimento» –, cfr. M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nel diritto costituzionale*, in M. MAZZAMUTO (a cura di), *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento dalla sua pubblicazione ai tempi nostri nelle varie aree disciplinari*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 29 ss.

¹⁷ Sulle diverse teorie e/o dottrine che hanno fatto ricorso a un tale vincolo, variamente denominato, per rispondere alla questione centrale del diritto costituzionale – come si integra il pluralismo sociale in unità politica, e, dunque, come si mantiene l'unità del corpo politico – sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011.

limitative – arginatrici dei danni esterni e delle interne tendenze autodistruttive –. È tale distinzione che fonda la possibilità di una definizione funzionale, secondo la quale la costituzione sarebbe l'insieme dei divieti posti nei confronti di sviluppi possibili e attuali dell'ordinamento, percepiti come distruttivi e soprattutto come autodistruttivi. Perché si abbia una costituzione in senso funzionale è dunque necessario non solo che le diverse componenti della costituzione materiale abbiano sottoposto ad armistizio i conflitti interni – attraverso la previsione delle regole sulla produzione del diritto – ma che abbiano la consapevolezza che questi conflitti configurano sviluppi autodistruttivi attualmente (cioè non solo ipoteticamente) possibili; e che contro questi sviluppi pronuncino un divieto, un *nefas*, un tabù. Secondo questa concezione, si dovrà dunque dire non solo che non c'è costituzione senza disciplina della produzione degli atti normativi, ma anche che non c'è costituzione senza individuazione dei pericoli specifici che mettono a rischio il futuro dell'ordinamento. Perché si abbia una costituzione in senso funzionale è necessaria dunque una particolare qualità della costituzione in senso materiale: e cioè che le forze politicamente dominanti abbiano consapevolezza dei rischi autodistruttivi cui l'ordinamento è esposto ed abbiano la forza di garantire l'effettività delle norme tese a contrastarli. Si potrebbe dire che la costituzione in senso funzionale è quella che realizza pienamente il principio della rigidità¹⁸.

Ora, coloro che hanno criticato il diritto dell'emergenza mostrano di concepire invece la costituzione essenzialmente (solo) come l'insieme delle regole che “liberano” e garantiscono le diverse forme dell'agire razionale. Senza dover seguire fino in fondo la teoria dei sistemi applicata alla teoria costituzionale – specie per il ruolo recessivo che assegna allo Stato-nazione¹⁹ – dal nostro punto di vista, e per la comprensione degli atteggiamenti assunti nell'interpretazione di quanto è accaduto e sta accadendo, il dilemma è tutto qui, dunque: libertà vs solidarietà. Rispetto ai caratteri assunti dalla pandemia nel nostro Paese, come si può pensare che la libertà dell'individuo sovrano, in tutte le sue manifestazioni, possa servire la *salus rei publicae*? Quest'ultima non è (solo) la salute

¹⁸ Cfr. M. DOGLIANI – I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 544-546, che riprendono M. DOGLIANI, *La parola lavoro*, in *Spaziofilosofico.it*, 2011, n. 1 e ID., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, n. 3 (e, col titolo *Sulla necessità di affiancare alla distinzione tra «costituzione in senso formale e materiale» quella tra «costituzione in senso strutturale e funzionale»*, in G. BARCELLONA – R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione. Atti della giornata di studi su «La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrina della Costituzione»*, Enna, 16 maggio 2009, Kore University Press, Enna, 2012, pp. 85 ss.). Come noto, queste concezioni della costituzione sono nate nell'ambito della teoria dei sistemi (cfr. soprattutto D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxistic Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992; ID., *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, New York, 2001; G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in G. BARCELLONA – R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, cit., pp. 65 ss.; ID., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012; ID., *Costituzionalismo della società transnazionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Spazio costituzionale e crisi economica. Atti del XXVIII Convegno annuale*, Padova, 17-19 ottobre 2013, Jovene, Napoli, 2015, pp. 3 ss., e spec. p. 4: «Rispetto alle antiche questioni costituzionali del XVIII e XIX secolo si pongono oggi problemi differenti, ma non meno impegnativi. Se una volta si trattava di porre in libertà le energie politiche dello Stato-nazione e al tempo stesso di limitarle efficacemente in coerenza coi principi dello stato di diritto, gli attuali processi di costituzionalizzazione sono finalizzati a liberare ben diverse energie sociali, nel contempo limitandole nei loro effetti distruttivi che si possono riscontrare con particolare evidenza nell'economia, ma anche nella scienza e nella tecnologia, nella medicina e nei nuovi media»).

¹⁹ Cfr. C. THORNHILL, *Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions*, in *Journal of Classical Sociology*, 2010, n. 10, pp. 1-23.

collettiva (anche se in questa vicenda si è trattato della stessa vita delle persone), per la quale si ritiene che tutti gli altri beni di rilievo costituzionale siano stati sacrificati, ma è la sopravvivenza della stessa «comunità politica», per la quale non è sufficiente il riferimento alla monopolizzazione della forza fisica e al ruolo legittimante delle regole: è necessario un «agire di comunità che regoli le relazioni tra gli abitanti, senza esaurirsi semplicemente in un'impresa economica per la copertura comune del fabbisogno (...). Ciò che qui si esige dall'individuo è che egli affronti eventualmente anche la morte, se gli interessi della comunità lo richiedono. È questo che imprime alla comunità politica il suo pathos particolare, ponendo anche i suoi fondamenti emotivi durevoli. Comuni destini politici – cioè in prima linea le comuni lotte politiche per la vita o per la morte – fondano comunità di memorie che spesso agiscono più fortemente dei vincoli della comunità culturale, linguistica o di stirpe. Sono questi comuni destini che (...) costituiscono l'elemento decisivo, in ultima analisi, della “coscienza di nazionalità”. La comunità politica non è stata affatto – e non è certo nemmeno oggi – l'unica nella quale la responsabilità mediante la propria vita costituisca una parte essenziale dei doveri di comunità. Alle stesse conseguenze estreme conduce anche il dovere della vendetta del sangue inerente al gruppo parentale, il dovere del martirio di certe comunità religiose, il “codice d'onore” di certe comunità di ceto; e lo stesso vale per molte comunità sportive, per comunità del genere della camorra, e soprattutto per ogni comunità costituita allo scopo di un'appropriazione violenta di beni economici altrui. Dal punto di vista sociologico la comunità politica si differenzia da queste comunità soltanto per il fatto della sua esistenza particolarmente durevole ed evidente, in forma di potere di disposizione consolidato su un territorio o anche su uno spazio di mare»²⁰.

Agire di comunità, pathos particolare, fondamenti emotivi durevoli, comuni destini politici, comunità di memorie, coscienza di nazionalità: quante e quali distanze ci separano da questo modello! Ma queste penetranti pagine di Weber sullo Stato ci riportano alle categorie essenziali: c'è stato un agire di comunità? Gli atteggiamenti solidaristici, per un popolo fino a poco tempo prima orientato più verso comportamenti anarcoidi, non erano affatto scontati. Soprattutto non era scontato il fatto di poter rendere *immediatamente* effettivi, da un giorno all'altro, comportamenti virtuosi attraverso atti normativi fortemente limitativi delle libertà fondamentali: «Nessuna persona di buon senso crederà che un semplice mutamento di una o più leggi potrebbe bastare perché un cittadino inglese del secolo XX venisse a trovarsi, verso il sovrano, nella stessa condizione dei sudditi dell'imperatore dell'Uganda»²¹.

È irricevibile l'argomento della narrazione prevalente dell'intera vicenda secondo la quale ci sarebbe stata «la rincorsa al senso di unità nazionale, antica retorica dietro alla quale ogni volta si nasconde la narcotizzazione del conflitto», e dunque della «capacità di avanzare critiche forti al governo», e secondo la quale lo spirito di unità nazionale avrebbe «trovato così anche altre forme di espressione come il tricolore esposto dai balconi e le serenate con l'Inno di Mameli», elementi «unificati in un più generale postnazionalismo prêt-à-porter, un moto identitario cinico e grottesco più che solidale, un fenomeno che ha visto un'anteprima l'estate scorsa al Papete, con cubiste che

²⁰ M. WEBER, *Economia e società*, vol. II, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, pp. 202-203.

²¹ V.E. ORLANDO, *Sulla teoria dei “Diritti pubblici subiettivi” di Jellinek*, in *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 282.

ballavano l'inno nazionale mixato dai dj in onore di Salvini»²². Ma in nome di che cosa si sarebbero dovute sollevare critiche forti al Governo? In nome della libertà di essere infettati e di infettare gli altri?²³ E poi: come si fa a mettere sullo stesso piano la coscienza di nazionalità dell'agire di comunità con la volgarità indecente del pubblico del Papete?

È più convincente la lettura secondo la quale «nel contagio abbiamo capito di essere ciascuno per l'altro, al contempo, pericolo e salvezza, minaccia e assicurazione, abbandonando le false certezze dell'io autosufficiente e sovrano: e non è possibile valutare i cambiamenti in corso senza partire da questa cruciale rotazione in senso relazionale della soggettività. È questo precisamente il punto che sfugge a chi si ostina a leggere il *lockdown* come un provvedimento imposto dall'alto, l'esperimento di un regime liberticida che decide arbitrariamente lo stato d'eccezione per farne la norma e infilarci, complici le tecnologie digitali di sorveglianza, in un futuro totalitario. Non è per obbedienza passiva a un ordine imposto, e nemmeno per il terrore di contagiarsi, che – in assenza di alternative meno medievali – abbiamo accettato di recluderci, ma per contenere il rischio di contagiare gli altri: era ed è precisamente la salvaguardia del prossimo a richiedere un allentamento della prossimità, un incremento della distanza. Molto cambierebbe nella narrazione del *lockdown* se le limitazioni cui ci siamo sottoposti venissero declinate, piuttosto che come attentati alla libertà individuale di movimento, come (auto)contenimento della potenzialità di ciascuno di infettare l'altro: e dunque come il segno di una postura relazionale e responsabile, non ego-centrata e asservita»²⁴.

A ricordarci che la solidarietà non è un sentimento ammantato di buonismo, utile per asservire le masse, ma un immane sforzo artificiale, che richiede l'impegno di tutti, è stato lo stesso Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, nel suo discorso per il 74° anniversario della festa nazionale della Repubblica: «Abbiamo detto tante volte che noi italiani abbiamo le qualità e la forza d'animo per riuscire a superare anche questa prova. Così come abbiamo ricostruito il Paese settant'anni fa. Lo abbiamo visto nelle settimane che abbiamo alle spalle. Abbiamo toccato con mano la solidarietà, la generosità, la professionalità, la pazienza, il rispetto delle regole. Abbiamo riscoperto, in tante occasioni, giorno per giorno, doti che, a taluno, sembravano nascoste o appannate, come il senso dello Stato e l'altruismo. Abbiamo ritrovato, nel momento più difficile, il vero volto della Repubblica. (...). Questo 2 giugno ci invita a riflettere tutti su cosa è, su cosa vuole essere la Repubblica oggi. Questo giorno interpella tutti coloro che hanno una responsabilità istituzionale - a partire da me naturalmente - circa il dovere di essere all'altezza di quel dolore, di quella speranza, di quel bisogno di fiducia. Non si tratta di immaginare di sospendere o annullare la normale dialettica politica. La democrazia vive e si alimenta di confronto fra posizioni diverse. Ma c'è qualcosa che viene prima della politica e che segna il suo limite. Qualcosa che non è disponibile per nessuna maggioranza e per nessuna opposizione: l'unità morale, la condivisione di un unico destino, il sentirsi responsabili l'uno dell'altro. Una generazione con l'altra. Un territorio con l'altro. Un ambiente sociale con l'altro. Tutti parte di una stessa storia. Di uno stesso popolo». Con questo discorso il Presidente della Repubblica

²² F. MARCHIANÒ, *L'onta del Covid*, in *Centroriformastato.it*, 28 maggio 2020.

²³ M. DOGLIANI, *La libertà può essere indecente*, in *Centroriformastato.it*, 21 maggio 2020; M. REVELLI, *Contro l'estetica della morte*, in *Volerelaluna.it*, 15 maggio 2020.

²⁴ I. DOMINIANNI, *Non siamo più gli stessi*, in *Internazionale*, 26 aprile 2020.

ha incarnato davvero nella sua persona «l'unità nazionale», come pretende l'art. 87, comma 1, della Costituzione.

E anche la Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella sua Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, ha ricordato che «se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della “leale collaborazione” - il risvolto istituzionale della solidarietà - su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, perché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergono verso un unico condiviso obiettivo».

Ora, se si tiene conto che il profluvio di fonti normative, provenienti da tutte le istituzioni, statali, regionali e comunali, non sempre in attuazione di un principio di leale collaborazione, ha spesso inciso in modo rilevante sulla stessa certezza del diritto²⁵, l'effettività dei comportamenti solidaristici risulta ancora più rilevante. E in più: non è possibile non considerare che lo Stato attuale non è più quello di Hobbes, ma è uno Stato «disfatto da mezzo secolo di razionalità neoliberale»²⁶: non possiamo dare per scontato che, pur con tutti i limiti e gli errori commessi, avrebbe dovuto avere la forza di governare l'emergenza ottenendo generale obbedienza.

«Enea che porta Anchise sulle spalle»²⁷ è l'immagine simbolica di ciò che la maggioranza della popolazione ha cercato di fare nella prima fase della pandemia. E tuttavia è stato anche proprio in nome della tutela dei più svantaggiati che svariate critiche sono state mosse contro l'operato delle istituzioni: la chiusura totale e il blocco delle attività economiche si tradurrebbe, e ancor di più si tradurrà, in povertà maggiore proprio per le persone più fragili. Secondo questa narrazione, proprio in nome del principio di solidarietà, nella versione rawlsiana del secondo principio di giustizia o di differenza, in forza del quale «l'ordine sociale non deve determinare e garantire le prospettive più attraenti di quelli che stanno meglio, a meno che ciò non vada anche a vantaggio dei meno fortunati»²⁸, le misure adottate dal Governo sarebbero criticabili. La realtà è però che la scelta tragica tra la tutela della salute e la tutela di un reddito di sopravvivenza riguarda sempre e comunque solo le persone più fragili. Le stesse eccezioni al confinamento, che hanno riguardato la continuità delle

²⁵ A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, cit., p. 16: «In tal modo la certezza del diritto è stata incisa in maniera gravissima, rendendo per i cittadini pressoché impossibile sapere esattamente quali fossero i comportamenti ammessi e quelli vietati. Così lasciando spazi a circolari interpretative e chiarimenti mediante FAQ, che dovrebbero essere le “Frequently Asked Questions”, cioè domande poste frequentemente dai frequentatori dei siti internet. Ma che, pubblicate sui siti del Governo e della Protezione civile, sono diventate le principali regole della vita quotidiana, in un paradossale capovolgimento della gerarchia delle fonti kelseniana».

²⁶ I. DOMINIANNI, *Non siamo più gli stessi*, cit.

²⁷ L. MARCHETTI, *La civiltà è Enea che porta Anchise sulle spalle, Il Manifesto*, 24 marzo 2020: «La civiltà si fonda (...) e nasce quando Enea in fuga dall'incendio, porta con se il vecchio padre sulle spalle e, per mano, il giovane figlio. La pietà, che è la sua qualità esistenziale e la sua qualità sociale, lo spinge nell'aiutare, includere tutti, curare tutti, anche a scapito della propria sopravvivenza, del proprio potere. Quella pietà è anche l'intelligenza della specie, in quanto la specie sopravvive, sottolineano i biologi della complessità, non nella lotta ma perché la madre continua ad allattare il figlio e perché gli uomini, anche quando vivono rintanati, non sono topi che si distruggono ma anzi si prestano soccorso. Noi, nell'agenda delle cose che dobbiamo mettere in campo quando finirà la guerra e vorremmo fare il mondo nuovo, dovremmo mettere in campo la pietà. Fin da ora, in quanto già ora abbiamo due problemi. Il primo è quello di non morire, ma il secondo è quello di vivere civili».

²⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, p.78.

attività indispensabili a garantire le esigenze essenziali del Paese hanno spinto il *back office* “*au front*” mentre il *front office* era ritirato nei propri appartamenti²⁹.

4. La trasformazione in “senso comune”, in egemonia culturale, della consapevolezza che l’individualismo esasperato è autodistruttivo

Che nel giro di pochi giorni il clima stia cambiando è sotto gli occhi di tutti: le decisioni del Governo per far fronte alla crisi economica vengono accolte con sempre maggiore scetticismo, se non con aperta ostilità; le istituzioni locali danno prova più di un ricercato protagonismo che di effettiva leale collaborazione; le forze di opposizione denunciano errori, prospettano catastrofi, agitano le piazze, reclamano il diritto di essere ascoltati, ma su che cosa non è dato sapere³⁰.

E questo è tanto più grave se si considera il profilo relativo alle prospettive al quale si è sopra fatto cenno. Dal punto di vista del diritto costituzionale, il dato davvero drammatico è che all’interno del gruppo politico non pare esservi (più) la consapevolezza, né da parte delle forze genericamente dominanti né da parte di quelle politicamente dominanti, dei pericoli derivanti dalle «tendenze endogene verso l’autodistruzione e il danneggiamento dei propri ambienti (in senso lato)»³¹. Per riprendere cioè l’idea della costituzione in senso funzionale, è evidente che «per il diritto costituzionale si tratt[a] oggi primariamente di sviluppare norme costituzionali limitative», e ciò «si dovrebbe desumere dalle diagnosi sociologiche che constatano una coazione alla crescita dalle conseguenze distruttive nella totalità dei sistemi funzionali globali»³².

Non esistono forze politicamente dominanti in grado di custodire le regole costituzionali “limitative”, e di difenderle attraverso la mobilitazione politica, ma, d’altra parte, le forze genericamente dominanti, specie le oligarchie economiche, non trovano più vantaggioso restare dentro quell’insieme di condizioni che sino a qualche decennio fa la Costituzione ha reso possibile.

Torna la questione della *salus rei publicae*: una visione non irenica, non edulcorata, della costituzione deve saper leggere nelle sue parole non solo promesse per il futuro, ma richiami a rischi gravi, attuali e la cui pericolosità può sempre tornare a manifestarsi in forma virulenta. La prospettiva della costituzione in senso funzionale pretenderebbe allora una indefettibile presa di coscienza rispetto alle attuali fonti di tendenze autodistruttive del sistema: così come i costituenti ottocenteschi avevano individuato nella monarchia la possibile fonte di tendenze distruttive e avevano dunque definito le costituzioni come delle leggi “imposte” alla monarchia medesima, così le costituzioni del

²⁹ M. REVELLI, *Effetti della crisi nella nuova mappa del lavoro, Il Manifesto*, 11 aprile 2020.

³⁰ R. BIN, *L’appello all’unità e le risposte sbagliate*, in *laCostituzione.info*, 3 giugno 2020.

³¹ G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale*, cit., p. 21

³² *Ibidem*, pp. 19-20, dove si sottolinea che «Una tale inerente forma di coazione a una sempre più elevate produzione – che da un lato è condizione della propria auto-riproduzione, dall’altro lato può spingersi, attraverso meccanismi incrementali assegnabili, fino a trasformarsi in una tendenza distruttiva – viene giustamente identificata nell’economia... Ma tali forme di coazione non si ritrovano soltanto nell’economia, ma anche in altri sistemi funzionali».

Novecento hanno inteso imporre regole alle diverse fonti di tendenze percepite come autodistruttive dell'ordine sociale complessivo.

Il disorientamento di oggi non può essere tuttavia placato solo richiamando l'autorità dei precetti costituzionali: richiede che ne siano riproposte le profonde radici storico-economiche-politiche. L'armistizio socialdemocratico non fu stipulato in un mondo di angeli caritatevoli, ma sotto l'enorme impressione che destò la prova di forza militare che l'URSS aveva dato con la II Guerra mondiale. I compromessi o armistizi costituenti sono stati stipulati, e parzialmente seguiti da politiche attuative, perché si doveva fare concorrenza al temibile e potente mondo che stava al di là della cortina di ferro. Bisognava dimostrare che il modo migliore per tutelare il lavoro e la diffusione del benessere era lo stato costituzionale del benessere come versione aggiornata dello stato liberal-democratico, appunto, e non lo stato del socialismo reale. Oggi quelle condizioni non solo non ci sono più – e dunque non ci possono più essere le conseguenze che da quelle condizioni derivavano (la democrazia concepita come costituzionalizzazione del conflitto capitale-lavoro) – ma sono capovolte. A tacere della situazione geopolitica, il mondo del lavoro non fa, da tempo, più nessuna paura, e, di conseguenza, il *post-war consensus* è stato oggetto di un bombardamento politico e culturale – ormai più che quarantennale – per cui la nostra costituzione, e tutto l'*humus* da cui essa traeva alimento, sembrano destinati a un inevitabile rinsecchimento.

Che cosa potrebbe allora oggi fare paura? La trasformazione in “senso comune”, in egemonia culturale, della consapevolezza che l'individualismo esasperato è autodistruttivo. Ma è una questione che ormai va oltre i confini nazionali: la dimensione planetaria dei problemi e il raggio d'azione delle oligarchie economiche hanno profondamente indebolito il ruolo dello Stato-nazione.

E tuttavia la globalizzazione amplifica su scala sovranazionale i conflitti che generano la democrazia e che non possono fare a meno di identità collettive. Sono le tragedie a livello planetario (povertà, guerre di aggressione, razzismo dilagante, devastazioni ambientali...) che possono mettere in moto un possibile circolo virtuoso che promuova quel conflitto che impone di essere concluso con un accordo intorno a principi fondamentali, accordo che richiede soggetti collettivi. Solo se si riuscirà a innescare tale circolo virtuoso si potrà ripartire dalla democrazia organizzata.

Per raggiungere l'obiettivo è anzitutto necessario incidere sullo sfondo culturale. Il punto è che sinora l'ineguaglianza di risorse politiche, di potere, di influenza e di *status* ha dato «l'opportunità alle classi economicamente beneficiate o dominanti (e politicamente influenti) di trasmettere la propria visione del mondo e farla divenire egemone. È parte del processo il peso squilibrato nel possesso di strumenti per il controllo dei centri che trasmettono informazione e producono il ‘senso comune’, le idee, i valori, la visione della realtà e i modi di pensare. In primo luogo, trasmettono la naturalità e assenza di alternative dei processi in atto, e il senso di impossibilità di deviare dalle opzioni ritenute percorribili in economia. Grazie alla disparità di mezzi politici le élite economiche e sociali e il vertice del settore produttivo hanno potuto pesare abnormemente nelle decisioni collettive e nella rappresentanza sociale, e farsi proteggere dal potere politico. La società occidentale è diventata, in definitiva, più oligarchica ed elitaria di quanto fosse mai stata e priva di rilevanti

contrappesi rispetto al dominio delle logiche economiche privatistiche»³³. In un tale contesto diventa inevitabile che «è come se i mercati votassero, promuovendo o bocciando le politiche dei governi (con conseguenze virtuose o deleterie su variabili chiave, quali il tasso di cambio, di interesse, il finanziamento del debito, l'andamento di borsa, le condizioni di finanziamento dell'economia, le riserve valutarie ecc.). Implicitamente influiscono sulla scelta dell'assetto economico al posto dei cittadini. Quei governi che provassero a prendere decisioni contrarie a quel consensus le vedrebbero poi neutralizzate da reazioni avverse nel mercato e si troverebbero costretti a correre ai ripari in una rapida marcia indietro»³⁴.

È solo su scala europea che i Paesi continentali possono riappropriarsi effettivamente della forza dello Stato: «uno Stato capace di ritrovare le prerogative che ha avuto nel dopoguerra, che oggi, per non dissolversi nella globalizzazione, ha bisogno di un livello sovranazionale di poteri pubblici per garantire l'efficacia di una politica sociale e di un intervento discrezionale nella sfera produttiva e industriale; per il mantenimento di una spinta della domanda che possa riavvicinare il traguardo della piena occupazione; per stabilire regole di condotta del capitalismo e disciplinarlo verso una responsabilità fatta di diritti di terzi e forza sociale di questi ultimi. Solo grandi stati possono tenere leve di scelte discrezionali (relativamente) libere e affrontare con possibilità di successo problemi e attori che spesso sono globali»³⁵.

Da alcuni anni la crisi ha fatto emergere come il capitalismo globalizzato non ha più la forza per sostenere i suoi miti mentre maturano orientamenti di vero e proprio rigetto dei suoi esiti. Anche per i costituzionalisti, si potrebbe dire, la festa è finita: le retoriche pluridecennali intorno alla fine delle categorie dello Stato tradizionale hanno dimostrato tutta la loro inconsistenza. Questo induce a pensare che la pressione popolare e la domanda di protezione, da un lato, e le esigenze di mantenimento del consenso, dall'altro, potrebbero condurre a modificare significativamente il quadro delle politiche, in un contesto che non potrà essere un ritorno all'indietro: e induce a pensare che questo diventi anche il terreno su cui si sposta la competizione politica. Ma è necessario partire dalla consapevolezza che oggi sono gli stessi bisogni sociali a dover essere costruiti: è la stessa domanda politica che deve essere organizzata, dal momento che l'individuo sovrano si è rivelato un individuo disorientato, sradicato, senza identità. Serve insomma uno Stato forte che trasformi la moltitudine in *societas civilis sive politica*. Tutto dipenderà, in altre parole, «da chi sarà capace di costruire una prospettiva politica volta a portare masse di persone che vivono in modo differente il disagio di questa società a essere forza di governo, a riconoscersi reciprocamente, far pesare assieme la propria presenza, cultura e identità nel tessuto istituzionale, elevandosi a protagoniste consapevoli del proprio riscatto»³⁶.

³³ S. BIASCO, *Le ragioni dei rapporti di forza tra potere politico e potere economico*, in *ParadoXa*, 2020, n. 1, pp. 68-69.

³⁴ *Ibidem*, p. 69.

³⁵ *Ibidem*, pp. 73-74.

³⁶ *Ibidem*, p. 78.