

PERCHÉ I DPCM SUL COVID NON SONO INCOSTITUZIONALI?

di **ALESSANDRO ROSARIO RIZZA**

Editoriale del 05 maggio 2020

ISSN 2420-9651

La Costituzione è un qualcosa di più complesso della somma dei suoi articoli. Fatta questa osservazione, dobbiamo entrare nel “cuore” del problema e vedere perché gli strumenti usati dal Governo per rispondere all'emergenza sanitaria non possono dirsi incostituzionali.

In questi giorni, sfogliando le pagine di primari quotidiani, è facile imbattersi in riflessioni (spesso contrastanti) di giuristi, più o meno noti al grande pubblico, sulla legittimità costituzionale dei decreti adottati dal Governo, in questo periodo, ancora, di piena emergenza.

La confusione sul tema, forse evitabile, ha stordito l'opinione pubblica, costringendola a confrontarsi con le grandi e spesso complesse tematiche del diritto costituzionale.

Neppure le catene diffuse sui più noti *social network* hanno ignorato la problematica: è facile, infatti, imbattersi nell'ormai nota citazione di Marta Cartabia, Presidente della Corte costituzionale, secondo cui non è possibile rinvenire, all'interno della Costituzione repubblicana, disposizioni da cui dedurre la possibilità di sospendere le libertà fondamentali.

Eppure, sorprenderà ma questa affermazione è solo in parte corretta.

Come noto alla pubblicistica italiana, il testo della Costituzione (c.d. Costituzione formale) rappresenta solo il punto di partenza (la punta dell'*iceberg*, direbbe qualcuno) attraverso cui ricostruire teorie e modelli; il testo, spesso laconico, è stato così completato dalle disposizioni legislative o dalle riflessioni della dottrina (così si parla della c.d. Costituzione materiale).

È, dunque, il caso di fare maggiore chiarezza e partire da questo punto fermo, mai messo in discussione dalla più autorevole letteratura: la Costituzione è un qualcosa di più complesso della somma dei suoi articoli.

Fatta questa osservazione, dobbiamo entrare nel “cuore” del problema e vedere perché gli strumenti usati dal Governo per rispondere all'emergenza sanitaria non possono dirsi incostituzionali.

È indubbio che le libertà fondamentali – contemplate con una struttura spiroidale nella prima parte della Costituzione – possono essere limitate solo attraverso una fonte primaria: vuol dire che solo la legge ordinaria, approvata dalle Camere può intervenire a disciplinare le materie anzidette. Questo meccanismo, noto con l'espressione “riserva di legge”, è spesso accompagnato dalla necessaria autorizzazione del giudice in caso di limitazione di una libertà: è la non meno nota “riserva di giurisdizione”.

Dunque, il primo dubbio sorto sulla legittimità dell'intervento governativo ha riguardato innanzitutto gli strumenti giuridici usati: possono limitarsi le libertà fondamentali con un atto di natura amministrativa, emanato dal Governo e sottratto ad ogni genere di controllo da parte del Parlamento?

Potrà apparire strano, ma la risposta cui è giunta la più autorevole dottrina pubblicistica, nell'immaginare situazioni simili è da sempre stata positiva.

E ciò per alcune brevi ragioni.

La Costituzione italiana, all'articolo 78, stabilisce che in caso di guerra, deliberata dalle Camere in seduta comune, siano conferiti al Governo i poteri necessari, s'intende, per fare fronte alla situazione.

Da questa breve norma, riferibile alla Costituzione formale, la dottrina ha elaborato una figura di portata più ampia, secondo cui il Governo sarebbe titolare di poteri "necessari" non solo in caso di guerra, ma anche quando si manifesti una situazione straordinaria ad essa equiparabile.

Per utilizzare un'espressione di Giuseppe Marazzita, ordinario di Diritto costituzionale, l'"emergenza" diviene fonte del diritto.

Si è molto riflettuto, dunque, su quale strumento usare in queste situazioni, e la più autorevole dottrina ha ritenuto inopportuno rimettere la decisione al Parlamento sull'assorbente rilievo che i tempi eccessivamente lunghi dei lavori parlamentari (sul punto, mi pare superfluo indugiare oltre) sarebbero non solo incompatibili, ma anche dannosi in una situazione emergenziale come quella odierna.

In fondo, quei poteri "necessari" di cui parla la Costituzione nell'[art. 78](#) altro non racchiudono se non il conferimento al Governo di un potere normativo *extra ordinem*, finalizzato a fronteggiare l'emergenza.

Dunque, sulla forma può risponderci in questi termini: non è illegittimo intervenire attraverso un decreto per regolare libertà fondamentali, che, in una situazione ordinaria, dovrebbero essere di esclusiva competenza parlamentare.

Insomma, il decreto è uno strumento rapido, veloce, che si adatta al pericolo imminente o, per dirla con Paolo Veronesi, professore all'Università di Ferrara, è uno strumento con cui rispondere all'"urgenza del reagire".

In assenza di una legislazione sull'emergenza, già presente in altri Paesi, il Governo ha preferito percorrere la strada già auspicata dalla dottrina e condivisa anche da Gustavo Zagrebelsky: un intervento preventivo con un decreto legge volto ad autorizzare i successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, rispettandosi così, comunque, una riserva di legge relativa sui diritti fondamentali (unica critica che mi pare possibile muovere al Governo riguarda invece il dibattuto problema del raccordo sulla sospensione dei termini processuali, risolto con l'intervento di un decreto legge a

modifica della stessa legge di conversione precedente).

Se il profilo formale ha sollevato dubbi, neppure quello sostanziale è andato esente da dure critiche e sospetti di illegittimità.

La seconda domanda è questa: ammesso che in emergenza si può disciplinare una libertà fondamentale per mezzo di un atto amministrativo, è possibile che lo stesso limiti o sopprima tali libertà?

In altri termini: è legittimo il contenuto dei decreti?

Anche in questo caso, nonostante le numerose voci contrarie, la risposta è di nuovo positiva.

All'affermazione di Marta Cartabia, che circola insistentemente nei dibattiti giornalistici, l'autorevolissima dottrina italiana, da Livio Paladin a Paolo Barile, ha sostenuto che quando la necessità (in specie sanitaria) diventa fonte del diritto è possibile limitare talune libertà: addirittura, in casi estremi, si è parlata di vera “sospensione” dei diritti.

Tutto questo, che potrebbe sembrare all'occhio meno esperto, una scelta dispotica, egoista, dittatoriale, è, invece, sintomo di grande altruismo. Vediamo il perché.

È possibile suddividere i diritti fondamentali in due grandi categorie: i diritti individuali, esercitati dal singolo come persona (pensiamo alla libertà personale o alla tutela del domicilio) e i diritti collettivi, che si esercitano in forma collettiva (come il diritto di riunione o di associazione).

Ebbene, il diritto alla salute è un diritto complesso: esso è, contemporaneamente, diritto individuale, riguarda il singolo come persona, e anche diritto collettivo, cioè garantito nell'interesse altrui, nell'interesse della società nel suo complesso.

Un esempio chiarificherà il tutto: la vaccinazione obbligatoria garantisce il diritto alla salute individuale, tutela chi si vaccina, e – contemporaneamente – realizza il diritto alla salute collettiva, tutelando la società e tutti coloro che con quella persona si relazioneranno. Questa particolare struttura del diritto alla salute fa sì che esso abbia una “forza” particolare rispetto agli altri: mira, infatti, a una tutela duplice.

Ma potrebbe obiettarsi ciò: perché il diritto alla salute dovrebbe prevalere su un diritto come quello alla libertà personale, che innerva in sé le conquiste dello Stato di diritto, dell'*habeas corpus* di secolare esperienza?

Perché impedire a una persona di uscire liberamente o limitare la sua attività d'impresa?

Anche qua, la risposta non è la Costituzione, ma è un percorso scandito da un continuo

dialogo tra dottrina e giurisprudenza.

Vediamo, in breve, come.

Anche alla Costituzione repubblicana si è applicata la celebre teoria piramidale delle fonti elaborata da Hans Kelsen: i diritti contemplati dalla Costituzione non sono posti sullo stesso piano.

Esiste, invece, una tacita gerarchia, per cui alcuni diritti prevalgono su altri.

Speculazione teorica, potrebbe pensarsi.

Assolutamente no, risponderebbero i costituzionalisti più attenti.

La Corte costituzionale, infatti, risolvendo queste problematiche, ha affermato che le norme costituzionali non sono poste tutte sullo stesso tavolo di valori, ma alcune di esse sono più importanti di altre.

Si è così parlato dell'esistenza dei principi supremi dell'ordinamento che, in caso di contrasto, prevalgono su ogni altra norma con essi incompatibile, sia pure contemplata in Costituzione.

In questo senso, il diritto alla salute è da sempre considerato prevalente rispetto agli altri, dotato di una “forza attiva” maggiore rispetto alle altre libertà costituzionali momentaneamente limitate.

Non a caso, in letteratura si è notato che il diritto alla salute, tutelato nell'articolo 32, è l'unico che il Costituente ha espressamente definito “fondamentale”, così conferendogli quel ruolo di principio supremo come poi immaginato nel Palazzo della Consulta.

La libertà personale, scandita dai nostri gesti più quotidiani, il lavoro, oggi più che mai limitato, l'attività d'impresa, ridotta al minimo, sono tutti profili di grande delicatezza e interesse. Diritti garantiti dalla Costituzione, degni, certo, di tutela, ma destinati a cedere innanzi a qualcosa di superiore come la salute, quella individuale e quella pubblica.

Che poi, se si vuole, per quanto diritti primari, essi, procedendo a una *reductio ad unum*, sono diritti strumentali rispetto alla salute, che rappresenta il bene cui tende ogni altro diritto.

La salute garantisce la vita.

Come ha osservato Paolo Caretti, noto costituzionalista rodigino, la vita è il diritto assoluto cui tende l'intero quadro costituzionale, senza cui non vi potrebbe essere l'esercizio di nessun altro diritto: niente passeggiate, niente ristoranti, nessun lavoro.

A questo punto, allora, si può dire che i diritti primari, mai fin d'ora messi in dubbio perché mai fin d'ora si sono affrontate simili situazioni, possono essere limitati se si

vuole proteggere un bene superiore: la salute, e, dunque, la vita. Diritto, di nuovo, ambivalente: la nostra e quella dei nostri cari.

Nella complessa opera di bilanciamento, dunque, prevale il diritto alla salute, pur garantendosi, come richiede la Corte costituzionale, la c.d. “operatività minima” del diritto “soccumbente”, che, nel caso, mi pare vi sia stata.

Questo mi sembra il perimetro corretto per interpretare gli interventi di un Governo fin troppo criticato nel suo operare giuridico.

Un perimetro che non si è costruito oggi, ma è il risultato di fatica e sforzi intellettuali.

E, allora, rivediamo la veloce affermazione di Marta Cartabia.

Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali non si trovano scritti nella Costituzione a chiare lettere.

L'Assemblea ha preferito un testo aperto, che si potesse adeguare, attraverso l'opera della dottrina e della giurisprudenza, alle mille difficoltà cui lo Stato moderno è sottoposto: come ha scritto il filosofo teoretico Eric Weil, la democrazia non è mai statica, ma è sempre in movimento e necessita di continui adeguamenti, anche all'emergenza e all'inaspettato.

Questa è la vera anima di un testo che – come ha scritto Antonio Flamini, già ordinario di Diritto privato all'Università di Camerino – pone la persona al suo centro.

È la Costituzione, bellezza.