

Pandemia, soppesare i diritti e paradigmi emergenziali

Pandemia, ponderação entre direitos e  
paradigmas da emergência

Pandemic, balance between rights and emergency paradigms

*Federico Losurdo*

Professor Associado da Universidade de Urbino Carlo Bo (Itália), Professor visitante na Universidade Federal de Maranhão.

E-mail: federico.losurdo@uniurb.it | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1934-436X>

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 20, n. 2, e4980, maio-agosto, 2024 - ISSN 2238-0604

[Recebido/Received: 12 abr. 2024; Aceito/Accepted: 1 out. 2024;

Publicado/Published: 5 mar. 2025]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2024.v20i2.4980>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

## Resumo

O estado de emergência pandêmica exige do intérprete a identificação de coordenadas para um equilíbrio adequado entre os direitos do indivíduo e os direitos da coletividade como um todo. São escolhas trágicas que questionam, antes de tudo, o legislador político e encontram sua referência no artigo 32 da Constituição italiana, que “protege a saúde como um direito fundamental do indivíduo” e, ao mesmo tempo, como um “interesse geral da coletividade”. A nova normalidade pós-pandêmica se delineará em torno da dialética entre duas maneiras de conceber a emergência. De um lado, o paradigma democrático-social que, partindo do postulado da vulnerabilidade ontológica da pessoa, busca prevenir emergências. Por outro lado, o paradigma neoliberal que, partindo do postulado da necessária resiliência da pessoa, acaba por normalizar a lógica da emergência e descarregar sobre o indivíduo a responsabilidade de sua própria vulnerabilidade.

**Palavras-chaves:** Pandemia; Estado de emergência; Ponderação; Direitos fundamentais; Legalidade; Neoliberalismo.

## Abstract

The state of pandemic emergency requires the interpreter to identify coordinates for a proper balance between individual rights and the rights of the community as a whole. These are tragic choices that question the political legislator and find their reference in Article 32 of the Italian Constitution, which “protects health as a fundamental right of the individual” and, at the same time, as a “general interest of the community.” The new post-pandemic normality will be shaped around the dialectic between two ways of conceiving emergency. On one hand, the democratic-social paradigm, starting from the postulate of the ontological vulnerability of the person, aims to prevent emergencies. On the other hand, the neoliberal paradigm, starting from the postulate of the necessary resilience of the person, ends up normalizing the logic of emergency and shifting onto the individual the responsibility for their own vulnerability.

**Keywords:** Pandemic; State of emergency; Balance; Fundamental Rights; Legality; Neoliberalism.

## 1 Introduzione. Stato di eccezione, stato di emergenza

Secondo una letteratura critica e radicale il governo della pandemia Covid-19, che, nonostante i progressi compiuti grazie alla vaccinazione di massa, continua ad imperversare nella forma di varianti insidiose, sarebbe avvenuta all'insegna di un vero e proprio *stato di eccezione*. Lo stato di eccezione – si prosegue – avrebbe comportato la sospensione, a tempo indeterminato, delle libertà fondamentali della persona e la messa tra parentesi delle garanzie costituzionali. Tali garanzie sarebbero state sacrificate sull'altare di una «dittatura sanitaria» che ha sacralizzato la vita umana, intesa come mera esistenza biologica, dimenticando che la vita trova la sua qualificazione nel vissuto, nelle relazioni sociali, nella biografia di ciascuna persona (Agamben, 2020).

È una lettura unilaterale e semplicistica che non persuade. Non si può negare che alcune declinazioni assolutistiche del diritto alla salute, tali da trasfigurarlo in una sorta di astratto dovere, possano comprimere in maniera irragionevole altri diritti fondamentali di valore primario, a cominciare dal diritto all'istruzione e dal diritto di riunione per finalità politiche. Cosa totalmente diversa è, invece, evocare l'incombere di uno schmittiano stato di eccezione che preannuncerebbe una deriva di segno autoritario.

Questa impostazione finisce, più o meno consapevolmente, per *sovrapporre* due categorie giuridico-dogmatiche, lo *stato di eccezione* e lo *stato di emergenza*, che devono essere mantenute distinte, pur sapendo che trattasi di distinzione scivolosa. Nel costituzionalismo contemporaneo lo stato di emergenza rappresenta la manifestazione di un *potere misurabile* sulla base di parametri giuridici predefiniti, procedimentalizzato e sottoposto al controllo di altri organi (Costa, 2017). Lo stato di eccezione si manifesta, invece, come *decisione sovrana, libera, insindacabile* sul caso estremo, secondo la celeberrima formulazione «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione» (Schmitt, 1972)<sup>1</sup>.

La differenza può essere spiegata anche ripercorrendo la parabola del decreto legge quale fonte del diritto che si è imposta nella prassi per governare le emergenze che richiedono una risposta immediata del potere pubblico. A tal proposito, la dottrina giuridica europea degli inizi del secolo XX si è interrogata a lungo se la necessità, intesa come fatto materiale, potesse costituire una autonoma fonte normativa. La risposta prevalente è stata che, in caso di eventi naturali catastrofici, il governo doveva essere posto in grado di intervenire tempestivamente con norme dotate di “forza di legge”; norme che, in presenza di una Costituzione flessibile (modificabile con una semplice legge ordinaria), potevano arrivare anche a derogare le stesse garanzie costituzionali (Santi Romano, 1950)<sup>2</sup>. Lo strumento della decretazione d'urgenza si consolidò in

1 Per un'analisi critico-sistematica Chessa 2012, 38, secondo il quale «lo stato d'eccezione è un *vuoto* di diritto inteso come norma e istituzione, ed è un *pieno di diritto* inteso come decisione sovrana».

2 Santi Romano (1950) sviluppa la sua teoria sullo “stato di necessità” avendo di fronte le conseguenze

tutti i paesi europei, così come si impose la prassi del rientro nella legalità attraverso la presentazione del decreto-legge al Parlamento, affinché questo lo approvasse, sanando la rottura costituzionale.

In secondo luogo, la dottrina del tempo si interrogava se lo stato di necessità/emergenza potesse valere solo in riferimento ad *eventi naturali* (come appunto un terremoto) o potesse estendersi anche a *conflitti politici* di particolare intensità (come, ad esempio, una sommossa popolare). La risposta a questa domanda diventa dirimente nei decenni attorno al cambio di secolo. La pressione dei nuovi movimenti di massa, anticipata dai rivolgimenti del 1848, mise in crisi il sistema rappresentativo liberale, sistema che in realtà esprimeva frange minoritarie e privilegiate della popolazione. Gli stessi parlamentari si sentivano più solidali con il governo che ne ‘espropriava’ il potere legislativo che con le masse popolari contro le quali era rivolta la decretazione governativa.

Al culmine della “crisi organica” dello Stato liberale, crisi accelerata dalle conseguenze catastrofiche della Prima guerra mondiale e della Grande crisi del 29, le classi dirigenti dell’epoca si convinsero che l’unico modo per contenere le spinte rivoluzionarie sempre più pressanti fosse la via autoritaria e fascista.

Si può al riguardo tracciare un’analogia tra l’ascesa del regime fascista in Italia e del regime nazista in Germania. In entrambi i casi le Costituzioni flessibili – rispettivamente lo Statuto albertino (1848) e la Costituzione di Weimar (1919) – permasero formalmente vigenti, ma la loro efficacia venne *de facto* sospesa con l’instaurazione di un ordinamento giuridico parallelo<sup>3</sup>. Si trattava di un ordinamento giuridico nel quale la distinzione tra norma (regola) ed eccezione perdeva di ogni significato pratico e nel quale la decisione sovrana poteva creare e disfare il diritto positivo secondo il proprio arbitrio (De Giovanni, 2015). Fino a pervenire all’abnorme teoria per la quale le stesse parole del *Führer* avrebbero avuto la “forza di legge”.

I Costituenti del Secondo novecento, consapevoli dei pericoli sottesi ad una costituzione flessibile, introdussero nelle Carte fondamentali dei congegni per difendere il nucleo duro dei diritti fondamentali rispetto ai possibili abusi ed arbitri del potere pubblico: la rigidità costituzionale, il principio di legalità (anche sostanziale), e la riserva di legge.

Allo stesso scopo, queste costituzioni hanno cercato di *razionalizzare, mettere in forma* lo stato di emergenza. Impresa resa ardua dall’oggettiva difficoltà ad agganciare

---

del devastante terremoto che flagellò i territori di Messina e Reggio Calabria nel 1908 e che indusse il governo dell’epoca a proclamare lo stato di assedio. Per Romano il diritto ha un fondamento primigenio che rinvia allo stato di necessità. Questo, come la consuetudine, è un fatto che, a certe condizioni, si fa norma: non una forma eccezionale di produzione del diritto, bensì una modalità originaria di vigenza.

3 Il tema dell’uso e abuso del decreto-legge sotto il regime fascista è approfondito sistematicamente da Benvenuti (2012).

al dato costituzionale le risposte emergenziali nei diversi campi. Tali costituzioni delimitano le fattispecie che giustificano la proclamazione di uno stato di emergenza, stabiliscono che l'eventuale provvedimento governativo debba essere sottoposto all'approvazione del Parlamento e sottoponibile al sindacato giurisdizionale. Infine, fissano precisi limiti spaziali e temporali alla vigenza dello stato di emergenza.

## 2 La catena normativa dell'emergenza pandemica

Sgombrato il campo da sovrapposizioni concettuali tra le due categorie, occorre ora ricostruire l'articolata, complessa e non sempre lineare catena normativa che regge il governo della pandemia in Italia. L'attenzione non può che essere rivolta, innanzitutto, alla fonte suprema: la Costituzione Repubblicana.

Invero, la nostra Carta fondamentale non contiene una disciplina dettagliata dello stato di emergenza analoga a quella prevista da altri ordinamenti europei (come in Francia, Spagna e Germania). Né è possibile individuare il fondamento normativo dell'emergenza pandemica nell'art. 78 cost. che concerne la diversa fattispecie dello "stato di guerra", sebbene non sia mancato chi abbia prefigurato analogie poco fondate tra la pandemia e la guerra. L'interpretazione logico-sistematica della Costituzione repubblicana, a partire dalla norma fondamentale che prescrive l'unità politica, giuridica ed economica della Repubblica (art. 5 Cost.) consente di ricavare il principio implicito della *salus rei publicae (suprema lex est)*, principio per il quale lo Stato-comunità, nella sua unitarietà, deve possedere gli strumenti per fronteggiare eventi improvvisi che ne mettano a rischio la stessa sopravvivenza (Luciani 2020).

Lo strumento in parola nel nostro ordinamento è appunto il decreto-legge disciplinato dall'art. 77 Cost.; una fonte del diritto che – come si è visto – si è consolidata in via di prassi proprio allo scopo di governare l'emergenza. Il Costituente italiano ha circoscritto la possibilità di emanare i decreti legge ai soli casi «straordinari di necessità ed urgenza» e previsto che tali decreti, dotati della forza di legge, debbano essere convertiti dal Parlamento nel termine perentorio di sessanta giorni, pena la loro decadenza con efficacia retroattiva.

È dentro questa cornice che si inquadra la proclamazione da parte del Consiglio dei ministri dello "stato di emergenza" in data 31 gennaio 2020; proclamazione avvenuta, ai sensi delle disposizioni del "Codice della protezione civile"<sup>4</sup>, in ragione del «rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»<sup>5</sup>. Nell'arco di pochi mesi – come è noto – la situazione precipita e l'epidemia di Covid-19, inizialmente localizzata nel continente asiatico, 'sbarca' in Europa e in America latina, assumendo i tratti della pandemia globale che conosciamo.

4 Per la precisione ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), e dell'art. 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

5 Tale proclamazione è stata preceduta il giorno prima dalla dichiarazione da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità di un «emergenza sanitaria di rilievo internazionale» (30 gennaio 2020).

Lo stato di emergenza, prorogato ininterrottamente dal Consiglio dei Ministri di semestre in semestre, ha costituito la base giustificativa di una congerie di atti normativi (primari e secondari) e atti amministrativi adottati da una pluralità di autorità istituzionali: i decreti legge; i famigerati decreti del Presidente del consiglio (dpcm); le ordinanze contingenti del Ministro della salute; le ordinanze dei Presidenti delle Regioni. Nel loro insieme questi provvedimenti prescrivono misure rigorose di distanziamento sociale in tutti gli ambiti della vita civile e sono accompagnate da un apparato severo di sanzioni di natura amministrativa e, in taluni casi, anche penale a garanzia del loro rispetto da parte dei consociati.

L'articolata catena normativa dell'emergenza pandemica che, come si è detto, ha solide basi ordinamentali, evidenzia alcune rilevanti *criticità*. In primo luogo, vi è una tendenza ad eludere le riserve assolute di legge previste dalla Costituzione per le limitazioni dei diritti fondamentali e segnatamente del diritto di libera circolazione (art. 16) e del diritto di riunione per finalità politiche (art. 17). In sintesi, estrema, la riserva di legge si traduce nel fatto che le limitazioni ai diritti fondamentali debbano essere previste, innanzitutto, da una fonte primaria – preferibilmente la legge ordinaria oppure il decreto legge – circoscrivendo quanto più possibile l'area di intervento del Governo e della pubblica amministrazione. Nella concreta gestione dell'emergenza pandemica si è, invece imposto un ordine inverso. Il contenuto essenziale delle misure di distanziamento è stabilito dal dpcm, mentre il decreto legge si è ridotto ad una sorta di “delega in bianco” al Governo. La scelta dell'atto che limita i diritti fondamentali della persona non è ovviamente indifferente sul piano giuridico, poiché con l'adozione del dpcm si finisce per aggirare il controllo del Parlamento e l'eventuale sindacato della Corte costituzionale (sul punto Algostino, 2020).

In secondo luogo, l'elusione del principio di legalità sostanziale, sebbene giustificabile (o meglio comprensibile) nella fase iniziale e tumultuosa della pandemia, assurge a problema costituzionale di primo rilievo, allorché i provvedimenti emergenziali, di proroga in proroga, acquisiscano *de facto* una durata indeterminata. A tali provvedimenti, come ha inequivocabilmente statuito la giurisprudenza costituzionale, è infatti connaturata l'idea di una durata circoscritta nel tempo<sup>6</sup>.

Non va, allora, sottovalutato il rischio che una proroga a tempo indefinito dello stato di emergenza da parte del Governo – per inciso stato di emergenza che prosegue ininterrotto da quasi due anni – possa scivolare lentamente in una sorta di *normalizzazione amministrativa dell'emergenza* (su questo concetto Preterossi, 2019). Una tendenza alla normalizzazione della logica emergenziale che, peraltro, vediamo già all'opera in altri ambiti: dalla crisi economico-finanziaria alla crisi migratoria, alla crisi del terrorismo internazionale.

6 La giurisprudenza sul punto è riportata analiticamente da Algostino, 2020.

### 3 Il bilanciamento tra diritti individuali e diritti della collettività

Oltre a queste criticità, che attengono al fondamento normativo delle limitazioni ai diritti fondamentali, l'interprete è chiamato a valutare se la congerie di provvedimenti adottati dalle più varie autorità nazionali e regionali abbiano realizzato un *giusto bilanciamento* tra i diversi diritti fondamentali in gioco.

Il bilanciamento costituisce la 'formula magica' della scienza giuridica contemporanea (Cantaro, 2011) e, in specie, della giurisprudenza; una tecnica ermeneutica che consentirebbe di individuare in ogni circostanza la soluzione più mite, ponderata, equilibrata del caso concreto (Zagrebelsky, 2008). Se già in tempi di *normalità costituzionale* il bilanciamento, a dispetto dei suoi esigenti postulati teorici, comporta il sacrificio (relativo) di uno dei diritti in gioco, nel tempo dell'*emergenza pandemica*, il bilanciamento solleva vere e proprie "scelte tragiche" (Bobbit, Calabresi, 2006) tra i diversi diritti, interessi in conflitto, la cui soluzione compete alla politica democratica e non alla giurisdizione<sup>7</sup>.

Non si tratta in questo caso di risolvere un mero conflitto tra diritti dell'individuo. Per taluno, la primazia indiscussa del diritto alla vita (e della salute) giustificerebbe le misure di distanziamento sociale con qualsivoglia restrizione agli altri diritti fondamentali. Per altri, invece, occorrerebbe evitare un sacrificio eccessivo della libertà di movimento, del diritto all'istruzione, del diritto di riunione, sulla base di un'assolutizzazione del diritto alla salute.

Questa rappresentazione del conflitto è *parziale*. Il governo della pandemia, nella sua imprevedibile evoluzione, non solleva unicamente un problema di collisione tra i diritti degli individui. Pone, piuttosto, la necessità di contemperare tali *diritti individuali* con i *diritti della collettività* in quanto tale<sup>8</sup>. Il bilanciamento cui è chiamato il legislatore politico, prima ancora del giudice, è davvero "tragico", nella misura in cui in questa circostanza entrano in conflitto il *diritto alla vita e alla salute* del singolo con il diritto della Comunità politica a *garantire le condizioni della propria riproduzione economica e sociale* (Cantaro, 2020).

In questo senso, l'art. 32 della Costituzione rappresenta il canone fondamentale per orientare le scelte dell'interprete. La disposizione statuisce che la Repubblica, in tutte le sue articolazioni territoriali, tutela la salute sia come diritto fondamentale del

7 Le risalenti aporie cui va incontro la tecnica del bilanciamento (non esiste un caso concreto di collisione tra diritti fondamentali che sia risolvibile senza limitazioni di un diritto a favore dell'altro) e il rapporto scivoloso tra valore della dignità umana e valore della vita sono emerse anche nel recente scambio di opinioni tra Jürgen Habermas e Klaus Günther (Giustizia Insieme, 2023).

8 I diritti della collettività possono essere ricondotti alla categoria giuridica degli "interessi diffusi". Essi costituiscono un *tertium genus* tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, rappresentando un diritto della collettività avente ad oggetto un rapporto sociale, che non attiene agli individui privati né agli apparati pubblici, ma concerne la collettività in quanto tale (come ad esempio la tutela dell'ecosistema, del patrimonio storico-artistico).

singolo, sia come interesse generale della collettività. L'art. 32 delinea, insomma, un duplice volto della salute come *bene individuale* e al contempo come *bene pubblico*.

Sulla base di questo canone costituzionale, si possono criticare le impostazioni che attribuiscono un rilievo dominante al diritto all'autodeterminazione, dandone una declinazione egoistica che disconosce la valenza dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2<sup>o</sup>. Specularmente, non meno criticabile è l'impostazione che enfatizza oltremodo la dimensione pubblica della salute, trasformando quest'ultima in una sorta di "dovere" del singolo. Un dovere di stare in salute (che nella sua declinazione radicale può tramutarsi in un astratto e incoercibile "dovere di vivere") non è configurabile nel nostro ordinamento costituzionale (Losurdo 2018). L'art. 32 ammette la possibilità, ma solo in forza di un'espressa previsione di legge (riserva assoluta di legge), di imporre un obbligo di un determinato trattamento sanitario, quando il diritto individuale del singolo riveste, nel caso concreto, minor peso dell'interesse generale della collettività. In ogni caso tale trattamento sanitario deve essere somministrato in maniera tale da rispettare la dignità della persona umana (art. 32, comma 2, Cost.).

È questo il caso del controverso obbligo di vaccinazione, questione al centro del dibattito pubblico e mediatico. Se si accetta l'acquisizione della scienza medica per la quale la vaccinazione, fino a coprire una percentuale determinata di popolazione (la c.d. "immunità di gruppo"), è l'unica via per uscire dall'emergenza e tornare ad uno stato di normalità (quale che sia), non è irragionevole, entro certi limiti, l'imposizione di un obbligo specifico. Almeno per quelle categorie che sono in prima linea sul fronte della lotta alla pandemia e che operano a diretto contatto con il pubblico. Per queste categorie lavorative la previsione di un obbligo di vaccinazione potrebbe costituire quel giusto temperamento tra il principio intangibile del libero consenso al trattamento sanitario (protetto dall'art. 32 Cost.) e la tutela della salute come bene della collettività nel suo insieme.

Non bisogna, tuttavia, enfatizzare eccessivamente le virtù 'taumaturgiche' del bilanciamento che, nella sua essenza, rimane una tecnica giudiziale. Nonostante non siano mancati tentativi autorevoli di "oggettivizzare" il risultato del bilanciamento (Alexy, 2012), esso resta indissolubilmente legato alle "pre-comprensioni" del giudice, ovvero a quel bagaglio di esperienze culturali e sociali che influiscono sulla sua decisione finale. La caratteristica fondamentale della tecnica del bilanciamento consiste, infatti, nel trattare i diversi diritti individuali in conflitto alla pari di beni di natura *fungibile* (cioè indifferentemente sostituibili), cosicché il giudice, chiamato istituzionalmente ad assumere una decisione, mostrerà una tendenza a far pendere la bilancia in direzione di quei valori che sono dominanti in un dato momento storico

9 L'assolutizzazione del diritto all'autodeterminazione di chi, anche in ragione di condizioni di benessere economico, è in grado di agire e muoversi con minori ostacoli, può determinare il sacrificio irreparabile della salute (e, di riflesso, della vita stessa) di chi, anche in ragione di condizioni di vulnerabilità economica, è maggiormente ristretto nelle proprie azioni e movimenti.

e in una data società (Cantaro, 2011)<sup>10</sup>; valori che, d'altro canto, riflettono anche la configurazione materiale dei rapporti di forza tra le classi (Bavaro, 2020).

È, dunque, a questi *valori di fondo* della *costituzione economica e sociale* che dobbiamo rivolgere la nostra attenzione. Al riguardo, si possono evidenziare due paradigmi normativi destinati a contendersi il campo nella definizione della nuova normalità post-pandemica. Il paradigma democratico-sociale che, a partire dal postulato della *ontologica vulnerabilità* della persona, si prefigge di assicurare collettivamente i rischi e di prevenire le emergenze. E il paradigma neoliberale che, a partire dal postulato della necessaria *resilienza* della persona, conduce ad una normalizzazione della logica dell'emergenza e scarica sul singolo la responsabilità per la propria vulnerabilità.

#### 4 Il paradigma democratico-sociale: la prevenzione dell'emergenza

Nella *società pre-moderna* la condizione di ontologica vulnerabilità dell'essere umano<sup>11</sup> era vissuta e pensata come il riflesso di *pericoli imputabili ad entità divine e soprannaturali* sulle quali l'uomo non riteneva di avere alcuna possibilità di influire. È solo nelle *società moderna* che suddetta condizione viene vissuta e pensata come l'esito di un *rischio imputabile all'azione umana* (Beck, 2008). Cambia, in altri termini, lo schema di intellegibilità con il quale gli uomini guardano agli eventi che ne espongono l'intima fragilità esistenziale.

L'accettazione consapevole di un rischio è, altresì, il punto di partenza del diritto politico moderno. Il grandioso artificio dello Stato sovrano è la risposta razionale escogitata dall'uomo per porre rimedio al problema della propria vulnerabilità, al conflitto distruttivo (*homo homini lupus*) esistente nello Stato di natura, conflitto di cui gli uomini portano costantemente memoria quando entrano a far parte dello Stato civile.

Se lo Stato liberale può essere rappresentato come un 'antidoto' alla *vulnerabilità civile* (Castells, 2004), lo «Stato provvidenza» (Ewald, 1986), attraverso l'invenzione del sistema delle assicurazioni sociali obbligatorie, ha rappresentato una risposta sistematica alla *vulnerabilità sociale* di massa generata dal tumultuoso sviluppo capitalistico.

Questa forma di Stato si fonda sull'idea che la società costituisca un'assicurazione diffusa contro i rischi (miseria di massa, incidenti sul lavoro, disoccupazione e così via) che sono naturalmente prodotti dal suo sviluppo. Lo Stato-provvidenza, applicando lo

10 Per fare un solo esempio paradigmatico di questa dinamica, si può ricordare che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha conferito costantemente un peso preponderante alle libertà economiche sovranazionali di circolazione (di merci servizi) rispetto ai diritti sociali nazionali. Per un approfondimento sul punto Giubboni, 2016.

11 L'insopprimibilità della dimensione della vulnerabilità è, invero, un dato costante della grande letteratura, antica e moderna. A partire dai testi biblici, prefilosofici e sapienziali quali il Libro di Giobbe. Per continuare, agli albori della modernità, con l'Amleto di William Shakespeare e poi ancora nella Leggenda del Grande Inquisitore di Fëdor Dostoevskij, nell'opera di Martin Heidegger. Per una ricostruzione ad ampio spettro di questo concetto (Giolo, Pastore, 2018).

schema del contratto di assicurazione, trasforma ogni evento accidentale legato alla vita lavorativa in un rischio sociale, calcolabile ed assicurabile (Campesi, 2016)<sup>12</sup>.

Lo Stato democratico-sociale è, altresì, uno «*Stato di prevenzione*» (Denninger, 1998). Uno Stato che *anticipa* la soglia del rischio considerata accettabile e adotta politiche pubbliche rivolte a prevenire o quanto meno a mitigare gli effetti di eventi dannosi, specie nell'epoca in cui gli incidenti nucleari di Chernobyl e Fukushima sono diventati l'emblema dell'arroganza prometeica dell'uomo. Il principio di precauzione costituisce la ricaduta ordinamentale più rilevante del paradigma in parola; principio che è stato costituzionalizzato nel diritto internazionale, nell'ordinamento dell'Unione europea ed è stato incorporato in varia forma negli ordinamenti nazionali.

Sul presupposto *antropologico* della vulnerabilità dell'essere umano gli ordinamenti del secondo Novecento hanno enunciato la loro opzione per la forma di Stato democratico-sociale (Pizzolato, 2019). Di fronte alla vulnerabilità sociale, la nostra Carta fondamentale non invita i lavoratori ad essere “resilienti”, ad adeguarsi individualmente e solitariamente alle leggi del mercato. Impegna, piuttosto, la Repubblica, in tutte le sue articolazioni territoriali, ad adottare politiche pubbliche per rimuovere gli «ostacoli di ordine economico e sociale» che impediscono a tutti i cittadini-lavoratori di partecipare a pieno titolo alla vita comunitaria, in base al *principio di eguaglianza sostanziale* scolpito all'art. 3 comma 2.

L'istituzione negli anni Settanta del Sistema sanitario nazionale (S.S.N.) rappresenta forse la manifestazione più esemplare del paradigma della prevenzione. L'idea retrostante è tanto semplice quanto rivoluzionaria. Il S.S.N. garantisce una copertura universale e gratuita, sopravanzando la previsione costituzionale dell'art. 32 che limita la gratuità delle cure ai soli indigenti, ed è finanziato attraverso la fiscalità generale secondo un sistema di tassazione progressiva. Il S.S.N. è l'espressione di una cultura della salute come *problema collettivo* che attribuisce valore strategico al *momento preventivo* e si articola in una organizzazione *decentrata* (Usl e distretti) e *capillare* (medici di medicina generale), in grado di coprire i bisogni di salute di tutta la popolazione.

La pandemia ha mostrato il valore e le straordinarie virtù del nostro S.S.N. Ma, allo stesso tempo, ne ha portato allo scoperto limiti, debolezze, deficit e fragilità. Dopo decenni di aziendalizzazione, e regionalizzazione del sistema sanitario nazionale, il nostro paese (analogamente ad altri paesi europei) si è mostrato impreparato a fronteggiare l'impatto del Covid-19. Hanno pesato i tagli ingenti alla spesa pubblica proprio nel comparto sociale e sanitario; tagli compiuti, dapprima, per adempiere ai rigorosi parametri di Maastricht e resi ancora più drastici nel corso della crisi economico-finanziaria, in forza del *Fiscal compact* e dell'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio in Costituzione (Losurdo 2016).

12 In altra sede (Losurdo, 2016) abbiamo ricordato come le classi dirigenti liberali più 'illuminate', per impedire una *rivoluzione dal basso*, si sono rese protagoniste di una *trasformazione dall'alto*, istituendo i sistemi di assicurazione obbligatoria che ancora oggi costituiscono un caposaldo del *Welfare state*.

## 5 Il paradigma neoliberale: la normalizzazione delle emergenze

L'ideologia neoliberale prescrive come “dogmi” di politica economica la stabilità finanziaria, come pre-condizione della ‘fiducia’ dei mercati, e la competitività attraverso le riforme strutturali: liberalizzazioni, privatizzazioni e flessibilità del mercato del lavoro e delle relazioni industriali. La promozione di economie altamente efficienti e competitive è diventata *l'unica regola* per le imprese e gli Stati, l'unica dimensione in grado di garantire il benessere personale e la prosperità collettiva. E tutti i mezzi per raggiungere tale obiettivo sono ‘sacralizzati’.

L'immaginario neoliberale attacca in radice la pretesa dello Stato democratico-sociale di assicurare collettivamente la vulnerabilità sociale e di prevenire i rischi. L'eccesso di previdenza genererebbe, anzi, un circolo vizioso tra aspettative di protezione sempre crescente e risentimento conseguente all'impossibilità dei poteri statali di assicurare integralmente i rischi. In questa maniera, si finirebbe per agevolare l'*azzardo morale* di chi, confidando nella generosità dello Stato, si condannerebbe all'immobilismo sociale. L'immaginario neoliberale presuppone, al contrario, che l'individuo sia esposto permanentemente al rischio del fallimento. L'individuo, assoggettato ad una perenne competizione fratricida, deve agire in ogni istante della sua vita nella forma dell'*impresa di sé*, cosicché il singolo sia indotto ad assumersi la responsabilità della propria vulnerabilità, pena l'essere *darwinianamente relegato tra gli scarti*, gli ultimi degli ultimi, della società<sup>13</sup>.

Prevale, in quest'orizzonte, una tendenza alla *normalizzazione della logica dell'emergenza*. I guasti sempre più profondi provocati dal globalismo neoliberale, dall'emergenza economico-finanziaria, all'emergenza immigratoria e all'emergenza del terrorismo internazionale, richiedono continui ‘strappi’ alla legalità costituzionale, dosi più o meno intense di stato di emergenza, anche come una sorta di «dispositivo di rassicurazione», con il quale ribadire ai cittadini che un governo esiste (Preterossi, 2019, p. 47). Ed è proprio su questo terreno che si misurano le principali aporie dello stato di emergenza. Specie allorché il governo dell'emergenza non è più affidato prioritariamente al circuito politico Parlamento – Governo, ma piuttosto ad una classe tecnocratica di esperti che assumono le decisioni sulla base di parametri numerici e quantitativi<sup>14</sup>, quando non affidano queste decisioni all'operare automatizzato di algoritmi.

Tutto ciò ha un riflesso importante anche sul modo di concepire il rapporto tra vulnerabilità e resilienza. La ragione neoliberale tende a *rimuovere* la stessa idea della

13 L'*individualizzazione* della vulnerabilità (e della connessa responsabilità) non è ovviamente innocente. Essa fornisce una base ideologica per giustificare la privatizzazione del sistema pubblico di *Welfare*, compensata dall'operare ambiguo del terzo settore, e da interventi rivolti a garantire la mera sopravvivenza dei derelitti, senza nessuna speranza di effettiva emancipazione politica.

14 Si pensi, ad esempio, nel campo della governance economico-finanziaria ai sacri parametri del 3% del deficit sul PIL e del 60% del debito pubblico su PIL e allo *spread* che misura la ‘fiducia’ dei mercati. Oppure nel campo della governance pandemica al famigerato RT.

vulnerabilità umana. La vulnerabilità non è più concepita come un rischio che deve essere assicurato collettivamente e prevenuto, né come un ostacolo che deve essere rimosso da un intervento attivo dei poteri pubblici. Ma, al contrario, la vulnerabilità viene trasfigurata in una “*risorsa*” che l’individuo deve sfruttare per mostrare capacità di adattamento alle inesorabili leggi del mercato.

Non a caso alla rimozione quasi freudiana della condizione di umana vulnerabilità corrisponde l’appello ‘assordante’ al *dovere di resilienza*. Non v’è presa di posizione e documento ufficiale di organizzazioni internazionali, dell’Unione europea (si pensi al *Next Generation EU*<sup>15</sup>), degli Stati membri (i Piani nazionali di Ripresa e Resilienza) che non si apra con l’invito pressante ad una accresciuta e maggiore resilienza degli individui e delle Comunità come chiave di volta per la ripartenza post-pandemica.

In ultima analisi, la *resilienza*, concetto speculare a quello di *resistenza*, sta ad indicare la capacità di *adattarsi* al modello di sviluppo neoliberale e alle sue implacabili leggi di cui si presuppone l’immutabilità. I richiami alla resilienza sociale, economica, sanitaria indicano al più un’intenzione delle istituzioni pubbliche di provare almeno a mitigare gli effetti più devastanti derivanti dalle continue emergenze prodotte dal neoliberalismo, con la spinta ad una timida comunitarizzazione dei suoi effetti in uno “spirito di fratellanza”.

## 6 Conclusioni. Quale normalità nel post-pandemia?

Sono passati quasi due anni da quando la pandemia è piombata come un “cigno nero” (Taleb, 2007) sulle nostre esistenze con ripercussioni dirompenti sui sistemi sociali, economici e politici dei paesi di tutto il mondo. Il virus *Sars-Cov2* ha svelato tutte le fragilità sottese al modello di sviluppo neoliberale che pareva destinato a perpetuarsi in eterno. *There is no alternative* avevano proclamato a lungo le élites globaliste a coloro che invitavano a ripensare il nostro modo di vivere ed interagire con l’ecosistema, a ripensare le scale dei nostri valori. Poi è giunta la pandemia che, al pari di uno stress test, ha esposto in forme inedite le fragilità di cui è portatrice la globalizzazione neoliberale: la nostra vecchia “normalità” sulla cui *riproducibilità futura* è oggi più che lecito sollevare seri dubbi.

Non sappiamo, ovviamente, quale potrà essere la *nuova normalità* che risulterà dalla dialettica conflittuale tra i due paradigmi dell’emergenza che abbiamo analizzato nei paragrafi precedenti.

---

15 Con l’approvazione di *Next Generation EU* si è prevista la raccolta sui mercati finanziari (tra il 2021 e il 2026) di una somma di denaro pari a 750 miliardi di euro. Questa cifra dovrà essere erogata agli Stati membri sotto forma in parte di trasferimenti diretti (che non richiedono restituzione) e in parte di prestiti a tassi d’interesse agevolati, per finanziare le riforme strutturali e gli investimenti rivolti principalmente alla transizione verde e digitale delle economie europee.

Tuttavia, ci sentiamo di fare nostra la considerazione, riportata dalla prestigiosa rivista *Lancet*, per cui quella che siamo abituati a chiamare *pandemia* andrebbe più correttamente qualificata come una “*sindemia*”. In una *pandemia* il contagio colpisce in modo indistinto tutte le persone e si manifesta con uguale pericolosità. Mentre in una *sindemia* il contagio colpisce in forma più grave le persone che già versano in precarie condizioni socioeconomiche (Horton, 2020).

Altro che “virus democratico” cui saremmo tutti esposti in eguale misura. Il Covid 19 si è manifestato come un agente infettivo che ha colpito più intensamente le fasce vulnerabili e svantaggiate della popolazione mondiale. Dal punto di vista strettamente medico-sanitario in quanto ha rafforzato e aggravato patologie preesistenti. Dal punto di vista sociale, in quanto il virus ha colpito con maggior vigore coloro che già sono perseguitati dalla povertà estrema, dall’ambiente malsano, dall’ignoranza (frutto della mancata istruzione), dalle minori protezioni sociali.

Non si tratta di una mera questione ‘nominalistica’. La qualificazione corretta di un fenomeno è aspetto fondamentale per una scienza giuridica che voglia rimanere, secondo la sua migliore tradizione, una scienza pratica. Ed è, altresì un presupposto essenziale affinché il potere pubblico possa individuare correttamente le azioni e politiche da intraprendere.

Fino a quando i governi di tutto il mondo non svilupperanno politiche e programmi per *rovesciare le profonde disparità sociali, economiche e territoriali*, con interventi non solo in campo medico-sanitario, ma coinvolgenti, per fare qualche esempio, l’istruzione, l’occupazione, il diritto al cibo e alla casa, il rispetto degli ecosistemi, le nostre comunità non saranno mai completamente al riparo dal Covid 19.

## Bibliografia

- Agamben, Giorgio. *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata: Quodlibet, 2020.
- Algotino, Alessandra. Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19. Tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti. *Costituzionalismo.it*: 1: 1-89. 2021.
- Bavaro, Vincenzo. Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento). *Rivista giuridica del lavoro* 2: 175-200. 2019.
- Beck, Ulrich. *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*. Bari-Roma: Laterza. 2008.
- Benvenuti, Marco. Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista. *Nomos. Le attualità del diritto* 2: 1-45. 2012.
- Calabresi, Guido; Bobbit, Philip. *Scelte tragiche*. Milano: Giuffrè. 2006.
- Cantaro, Antonio. Pandemia e scienza giuridica. In divergente accordo. *Diritto e società* 2: 222-249. 2020.

- Cantaro, Antonio. Introduzione. Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea. In *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Id., Torino: Giappichelli. 2011.
- Campesi, Giuseppe. *Governare il futuro. Materiali per una sociologia del rischio*. Sociologia del diritto 2: 35-62. 2014.
- Castel, Robert. *L'insicurezza sociale. Che cosa vuol dire essere protetti?* Torino: Einaudi. 2004.
- Chessa, Omar. Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento. *Diritto pubblico* 3: 755-800. 2012.
- Costa, Paolo. *Gli istituti di difesa della Costituzione*. Milano: Giuffrè. 2017.
- De Giovanni, Biagio. *Elogio della sovranità politica*. Napoli: Editoriale scientifica. 2015.
- Denninger, Erhard. Stato di prevenzione e diritti dell'uomo. In Id. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Torino: Giappichelli. 1998.
- Ewald, François. *L'Etat providence*. Parigi: Grasset & Fasquelle. 1986.
- Giolo, Oreste; Baldassarre, Pastore (a cura di). *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*. Roma: Carocci. 2018.
- Giubboni, Stefano. Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea. *Costituzionalismo.it* 3: 89-133. 2016.
- Giustizia Insieme. *Primo Piano*. 2023. Disponibile alla pagina: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-va-le-senza-limiti-di-juergen-habermas-e-klaus-guenther-2?hitcount=0>. Accedere a: 17 set 2024.
- Horton, Richard. Offline: COVID-19 is not a pandemic. *The Lancet* vol. 396 (September 26). 2020.
- Losurdo, Federico. L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita. *Koreuropa*, 2: 1-39. 2018.
- Losurdo, Federico. *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*. Torino: Giappichelli. 2016.
- Luciani, Massimo. Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza. *Rivista AIC* 2: 1-45. 2020.
- Pizzolato, Francesco. Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità. *Ars Interpretandi* 2: 25-38. 2019.
- Preterossi, Geminello. Senza freni. La de-costituzionalizzazione neoliberale. *Teoria politica* 9: 31-55. 2019.
- Romano, Santi. Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria. In S. Romano, *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini. Milano: Giuffrè. 1950, Vol. 1, 290-314.
- Taleb, Nassim Nicholas. *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*. Milano: Il Saggiatore. 2014.
- Schmitt, Carl. Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922), in ID., *Le categorie del "politico"*, 29-89. Bologna: Il Mulino. 1972.
- Zagrebel'sky, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino. 2008.