

Aldo Rocco Vitale

La pandemia tra la vocazione dello Stato di diritto e la tentazione dello Stato totalitario: elementi per una critica filosofico-giuridica



**I QUADERNI DI
PARADOXIA EPIDEMICA 2**

Aldo Rocco Vitale

La pandemia
tra la vocazione dello Stato di diritto
e la tentazione dello Stato totalitario:
elementi per una critica filosofico-giuridica

lacan-con-freud.it

I QUADERNI DI

PARADOXIA EPIDEMICA 2

Lacan-con-Freud.it
I Quaderni di *Paradoxia epidemica 2*
settembre 2021

In copertina:

The Panopticon di Gubermensch

I Quaderni di
[Paradoxia epidemica 2](#)

1. David Cayley, [La nuova religione del rischio. Domande sulla pandemia dal punto di vista di Ivan Illich](#)
2. Greg Bird, [Apparati biomedici o convivialità?](#)
3. Aldo Rocco Vitale, *La pandemia tra la vocazione dello Stato di diritto e la tentazione dello Stato totalitario: elementi per una critica filosofico-giuridica*

[Paradoxia epidemica 2](#) presenta testi inediti, tradotti o ripresi dal Web che provano ad aprire prospettive critiche sull'epidemia da coronavirus e sulle sue conseguenze politiche. I testi più complessi, lunghi e articolati vengono pubblicati in forma di *Quaderni*.

Chiunque lo desideri può dare un contributo, sia con propri scritti, sia segnalandone altri [scrivere a: [mailto:lacan-con-freud@email.it?subject=Paradoxia epidemica 2](mailto:lacan-con-freud@email.it?subject=Paradoxia%20epidemica%202)].

Indice

I. Introduzione	7
II – La pandemia tra la vocazione dello Stato di diritto e la tentazione dello Stato totalitario	8
II.1. La domanda fondamentale	10
II.2. Lo Stato di diritto, lo Stato di emergenza, lo Stato di eccezione e lo Stato totalitario	11
III – Conclusioni	22

Nota redazionale

Aldo Rocco Vitale è Docente a contratto di Biogiuridica presso l'Ateneo Pontificio Regina Apostolorum e Dottore di ricerca in Storia e Teoria generale del diritto europeo presso il Dipartimento di giurisprudenza di Tor Vergata.

“La pandemia tra la vocazione dello Stato di diritto e la tentazione dello Stato totalitario: elementi per una critica filosofico-giuridica” è stato pubblicato il 20 settembre 2021 su “filodiritto – 20 curiosi per diritto”, quotidiano di diritto, cultura e società, <https://www.filodiritto.com/la-pandemia-tra-la-vocazione-dello-stato-di-diritto-e-la-tentazione-dello-stato-totalitario-elementi-una-critica-filosofico-giuridica>.

Il testo è stato emendato dai refusi, formattato secondo i tipi della Biblioteca e infine convertito in PDF. Il carattere in grassetto, che sovrabbonda nella pagina web, è stato formattato in stile normale, secondo l'uso editoriale. Due citazioni, in inglese e in latino, lasciate in lingua originale, sono state tradotte dalla redazione della Biblioteca e inserite tra parentesi quadre. A causa del grande numero di citazioni in nota a piede pagina (d'altronde preziose) e soprattutto della loro lunghezza, per mantenere un'impaginazione abbastanza omogenea si sono dovuti restringere alquanto i margini di pagina.

Si ringrazia Carla Doris Tocco per averci gentilmente segnalato il link.

Il popolo deve combattere per la legge come per le mura della propria città.

Eraclito, *Testimonianze, imitazioni e frammenti*, Bompiani, Milano, 2017,
p. 745, Fr. 103.

I. Introduzione

«I concetti non sono che i piloni di quelle arcate che la ragione lancia attraverso il caos e così scopre le leggi e il caos diventa l'ordine e l'infinito si scopre come universo [...]. La verità è la meta; l'errore la strada»¹: così Francesco Carnelutti ha sintetizzato l'impellenza del pensiero, l'esigenza di ricondurre il caos al *cosmos*, di scoprire le leggi tramite cui poter effettuare la predetta operazione, cioè, in sostanza, la capacità della ragione di scoprire il diritto, ovvero la struttura della relazione umana, il *limes* che distingue il giusto dall'ingiusto, il confine che separa la libertà dalla tirannia.

Il contesto della situazione pandemica che da oramai quasi un biennio il mondo sta vivendo ha consentito l'emersione di alcune criticità che se fino a prima della pandemia erano latenti sono con essa diventate patenti:

- il rapporto tra scienza e diritto;
- il rapporto tra le scienze cosiddette “dure” e i loro presupposti epistemologici;
- l'autonomia onto-assiologica del diritto rispetto alla volontà e al potere politico;
- il bilanciamento corretto dei differenti diritti fondamentali;
- i legami e i differenti spazi di manovra tra il cittadino e lo Stato;
- i limiti del potere statale nel comprimere i diritti fondamentali al fine di far fronte alla cosiddetta “situazione emergenziale” ecc. ecc.

Oltre ai suddetti profili, ciascuno dei quali meriterebbe in virtù della propria complessità una autonoma trattazione, deve aggiungersi un inatteso effetto collaterale, cioè una distorsione del comune *sensus iuris* che ha consentito a personaggi in vista durante l'epoca pandemica di mettere in dubbio quegli elementari punti di fondazione della civiltà giuridica di cui mai prima d'ora nessuno s'era immaginato di dubitare nel recente passato.

In questo senso, gli esempi sono molteplici: «La scienza non è democratica», ha precisato [Giorgio Palù](#). «Che un'emergenza non consenta di superare lo Stato di diritto è una opinione, rispettabile ma pur sempre un'opinione», ha twittato [Roberto Burioni](#). «In cambio della libertà di scegliere se vaccinarsi o no, si potrebbe chiedere un piccolo contributo rispetto al costo totale del ricovero in terapia intensiva. Si tratterebbe soltanto di mille-duemila euro al giorno», ha proposto [Ilaria Capua](#). «Dall'1 settembre accetto solo pazienti con Green pass», ha sancito il medico [Pietro Bica](#) di Palermo. «Chiamiamo Bava Beccaris a sparare sui no Green pass che protestano nelle stazioni», ha suggerito [Giuliano Cazzola](#) in una trasmissione televisiva.

In definitiva, la piattaforma etico-giuridica di questo Paese, in appena un anno e mezzo di pandemia, è transitata dall'esortazione “abbraccia un cinese!” (anche se era probabile che fosse contagioso), all'ordine “Fucilate i no-pass!” (anche se è probabile che non tutti siano contagiosi).

Alla luce di questo occorre, dunque, porre l'attenzione su quello strano fenomeno che può essere definito come “pendio anti-giuridista” e su cui si sta misurando la gestione della pandemia tra la vocazione dello Stato di diritto e la tentazione dello Stato totalitario.

¹ Francesco Carnelutti, *Pensare*, in *Meditazioni*, Tumminelli, Milano 1942, pp. 33-35.

II – La pandemia tra la vocazione dello Stato di diritto e la tentazione dello Stato totalitario

L'avvento improvviso e inarrestabile della pandemia da Coronavirus sembra aver sostanzialmente stravolto varie dimensioni dell'esistenza: quella individuale, quella sociale, quella psicologica, quella economica, quella sanitaria, e, soprattutto, quella più strettamente bio-giuridica².

La pandemia, come oramai è stato accertato con ammissione esplicita anche da parte dei più reticenti, ha causato lo stress del sistema immunitario individuale e collettivo, ma anche e soprattutto del sistema pubblico costituzionale³, nonché la sovversione del sistema delle fonti⁴, la contorsione del principio della separazione dei poteri⁵, oltre che del principio di legalità⁶, la compressione della garanzia di intangibili diritti costituzionali⁷, e perfino dei diritti umani in quanto tali considerati⁸.

Si è sostanzialmente quasi istituzionalizzato il cosiddetto "stato d'eccezione"⁹, fino ad ora mera ipotesi storica o accademica¹⁰, che, infatti, nell'esperienza politica e giuridica del secondo dopoguerra in Italia non aveva mai vissuto una concreta effettività neanche nei momenti più difficili della

² Mi permetto di rinviare a: Aldo Rocco Vitale, [Elementi per un rapporto tra allocazione delle risorse sanitarie e diritto alla salute come problema biogiuridico nell'emergenza del COVID-19](#), in "GiustiziaInsieme", 21 dicembre 2020; Aldo Rocco Vitale, [Obbligo vaccinale, passaporto e patente immuno-sanitari e tutela del diritto alla salute nell'emergenza Covid-19 come problemi biogiuridici](#), in "Diritto Mercato Tecnologia", 15 gennaio 2021; Aldo Rocco Vitale, [Del green pass, delle reazioni avverse ai vaccini e di altre cianfrusaglie pandemiche come problemi biogiuridici](#), in "GiustiziaInsieme", 15 settembre 2021.

³ Vincenzo Baldini, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in "Dirittifondamenti.it", 1/2020; Lavinia Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in "Rivista di biodiritto", 1/2020; Roberto Ravì Pinto, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in "Rivista di biodiritto", 1/2020; Antonio Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in "Diritti regionali", 1/2020; Francesco Torre, *La costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in "Rivista di biodiritto", 2/2020; Michele Tresca, *Le fonti dell'emergenza L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in "Osservatorio costituzionale", 3/2020.

⁴ Michele Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in "Osservatorio costituzionale", 3/2020; Antonio Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in "ConsultaOnline", 3/2020.

⁵ Alessandro Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, in "Forum di quaderni costituzionali", 1/2020; Salvatore Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza*, in "Osservatorio costituzionale", 3/2020; Marina Calamo Specchia, *Ri-bilanciare i poteri tra Governo e Parlamento quando il virus sparirà*, in "La Gazzetta del Mezzogiorno", 21 marzo 2020; Chiara Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in "Costituzionalismo.it", 1/2020.

⁶ Marina Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19*, in "Osservatorio costituzionale", 3/2020; Alessandro Lauro, *Urgenza e legalità ai tempi del covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in "Rivista di biodiritto", 1/2020.

⁷ Marilisa D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in "Rivista di biodiritto", 3/2020; Eugenio De Marco, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali*, in "ConsultaOnline", 2/2020.

⁸ Amnesty International, *"Abbandonati": il rapporto sulle violazioni dei diritti umani nelle case di riposo italiane durante il Covid-19*, 17 dicembre 2020.

⁹ La locuzione, come risaputo, risale a Carl Schmitt il quale però se da un lato ha scritto che «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», dall'altro lato ha anche precisato che c'è una differenza tra lo stato di emergenza o di assedio, come tali transeunti, episodici, occasionali, e il vero e proprio stato di eccezione che, invece, è una situazione perdurante e stabile in quanto traduce, con le parole esatte dello stesso Schmitt, «un concetto generale della dottrina dello Stato»: Carl Schmitt, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 33.

¹⁰ Si pensi al dibattito intercorso a fine luglio 2020 tra Gustavo Zagrebelsky e Giorgio Agamben, in cui il primo ha ritenuto lo stato pandemico uno stato di emergenza e non già di eccezione, poiché teso a ripristinare la situazione *quo ante*, mentre il secondo ritiene, invece, che proprio la situazione pandemica è una tipica situazione di stato d'eccezione poiché sono stati sospesi e violati diritti e garanzie costituzionali che non erano mai stati messi in questione, neppure durante le due guerre mondiali e il fascismo. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in "La Repubblica", 28 luglio 2020; Giorgio Agamben, *Stato di eccezione e stato di emergenza*,

storia repubblicana legati alla legislazione emergenziale varata per far fronte al fenomeno brigatistico, mafioso o terroristico, tanto da far ribadire a costituzionalisti autorevoli come Sabino Cassese che la pandemia non è uno “stato di guerra” ex articolo 78 della Costituzione e che pertanto i poteri “illimitati” che il Governo si è arrogato nella gestione della cosiddetta “prima ondata” dell’inverno-primavera 2020 sono del tutto illegittimi e contrari alla Costituzione¹¹, rappresentando una «inedita sospensione nell’esercizio dei diritti»¹², fino ad avvertire la giusta esigenza che «la Costituzione torni ad essere la bussola dell’emergenza»¹³.

In un simile contesto, ad un endemico e imbarazzante silenzio della gran parte dei giuristi – con poche e preziosissime eccezioni come l’intervento di [Giuliano Scarselli](#) e quello di [Antonio Zama](#) – si è contrapposta, in Italia e all’estero, la voce di tanti filosofi ([Giorgio Agamben](#)¹⁴, Bernard-Henri Levy¹⁵, [Massimo Cacciari](#)¹⁶, [Diego Fusaro](#)¹⁷, [André Comte-Sponville](#)¹⁸, [Gaspard Koenig](#)¹⁹) che per primi hanno sollevato il problema non perché visionari o complottisti, ma perché, piaccia o meno agli scienziati, ai politici e perfino ai giuristi, solo l’abitudine alla riflessione critica che si predispone e si allena con gli studi filosofici (ben oltre le singole discipline specifiche)²⁰, per via della loro concezione unitotale della realtà²¹, consente di percepire nel modo più puro e diretto tutte le

in “Quodlibet”, 30 luglio 2020; *contra* cfr. Enrico Scoditti, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in “Questione giustizia”, 2/2020.

¹¹ Paolo Armaroli, *Cassese: La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in “Il Dubbio”, 14 aprile 2020.

¹² Alessandra Algotino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in “Osservatorio costituzionale”, 3/2020, p. 3.

¹³ Francesca Rescigno, *La gestione del coronavirus e l’impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in “Osservatorio costituzionale”, 3/2020, p. 270.

¹⁴ Giorgio Agamben, *Quando la casa brucia*, Quodlibet, Macerata 2020.

¹⁵ «Mi sono allora dedicato a un esercizio semplice. Ho riguardato la stampa della settimana. Oh, non di una settimana speciale! Semplicemente quella della settimana in corso, non importa quale, una settimana normale. E ho scoperto che, secondo lo specchio che essa ci offriva, quella settimana non era successo niente, a parte il virus. I migranti erano scomparsi. Il riscaldamento globale non esisteva più. La deforestazione dell’Amazzonia, il “polmone del pianeta”, continuava senza sosta, ma nessuno se ne preoccupava. La guerra in Yemen non aveva mai avuto luogo. Quella in Siria era un miraggio [...]. Un mondo dove regnano i tecnici della ventilazione, i sorveglianti dell’emergenza generale, i delegati all’agonia. Un mondo dove, al posto di quello che fa troppo male, abbiamo gel idroalcolici, balconi dove possiamo autocompiacerci, cani da portare a passeggio due volte al giorno con il modulo di autocertificazione Covid e città che vengono ripulite dalle folle umane come una sala operatoria dalle infezioni nosocomiali. Un mondo di addestratori di cani, cioè di addestratori che sono cani e che addestrano come cani un’umanità che ha il diritto di abbaiare solo quando le viene ricordato che è fatta di uomini, il diritto di gemere quando prende un virus e di guaire quando il signor Coronavirus, il nostro re, viene a darle la sua lezione come si dà una pacca al cane, con il doppio significato di coccolare e picchiare. Il mondo è fatto per rannicchiarsi, dice il re Coronavirus. È fatto per noi, per stenderci sopra di esso come sopra un letto. E se il sonno tarda a venire, bisogna contare le pecore, i soldi, quando li si ha e, quindi, i virus. Non è bella la vita? Non abbiamo tutto ciò di cui c’è bisogno (i prodotti di prima necessità, ma anche, in definitiva, il sesso, l’immaginazione, la morte), a portata di click e di Netflix – net... netto... pulito..., non è questo l’altro senso di *mundus*? Questa è la lezione del virus. Questa è la ragione della mia rabbia. Ed è per questo che dobbiamo resistere, a qualsiasi costo, a questo vento di follia che soffia sul mondo»: Bernard-Henri Levy, *Il virus che rende folli*, La nave di Teseo, Milano, Luglio 2020, pp. 93-107.

¹⁶ <https://www.iisf.it/index.php/progetti/diario-della-criasi/massimo-cacciari-giorgio-agamben-a-proposito-del-decreto-sul-green-pass.html>

¹⁷ <https://www.radioradio.it/2021/09/inaudita-violenza-contro-non-piega-vaccini-green-pass-chiaro-obiettivo-fusaro/>

¹⁸ <https://www.letemps.ch/societe/andre-comtesponville-laisseznous-mourir-voulons>

¹⁹ <https://www.generationlibre.eu/medias/covid-19-les-mesures-sanitaires-detruisent-des-vies-gaspard-koenig/>

²⁰ «Non è di tutti, ma soltanto dei filosofi, lo studio delle conclusioni particolari delle scienze»: S. Tommaso d’Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 100, a. 1.

²¹ «Se la filosofia non spiega, vien da chiedersi, allora che fa? E invece spiega, spiega eccome; anzi, se volete, è l’unica a spiegare, nel senso stretto del termine, poiché è la sola a tendere ad una conoscenza totalmente coerente e unitotale della realtà»: Pavel Florenskij, *Stupore e dialettica*, Quodlibet, Macerata 2011, p. 37.

contraddizioni, le antinomie e le criticità di quanto, da quasi un biennio, sta accadendo nel mondo in genere e in Italia in particolare in presenza della pandemia.

II.1. La domanda fondamentale

All'interno di tale prospettiva non si può non prendere in considerazione il problema filosofico-giuridico fondamentale proposto da Massimo Cacciari: «Quando subiremo qualsiasi provvedimento o norma senza chiederne la ragione e senza considerarne le possibili conseguenze, la democrazia si ridurrà alla più vuota delle forme, a un fantasma ideale»²².

La precisazione di Cacciari condensa i dubbi della ragione di sofoclea memoria²³, riproponendo il tema dei rapporti

- tra diritto naturale e diritto positivo,
- tra costituzionalismo e assolutismo,
- tra diritto e potere politico,
- tra Stato e cittadino,
- tra legittimità e regalità,
- tra giustizia e legalità,
- tra libertà e tirannia,

- tra l'umanità come incoercibile e imperiosa istanza etica dell'ordinamento giuridico e l'abisso delle pagine più oscure della storia in cui tale istanza è stata brutalmente negata.

A tale scopo soltanto la riflessione filosofico-giuridica può rappresentare un adeguato punto di partenza per la comprensione del problema, poiché, come ha giustamente osservato Robert Alexy, «la riflessione sulla natura del diritto non può avere successo se si separa dalla filosofia generale»²⁴.

La gestione della pandemia ha aperto un varco nella direzione predetta chiarendo che tutti i suddetti profili non sono spunti meramente teoretici da astratti dibattiti accademici, ma concretissimi problemi dell'attualità giuridica.

Da questo scenario non possono che sorgere degli impellenti interrogativi:

l'emergenzialismo sanitario si configura come nuova categoria in grado di affiancarsi al costituzionalismo moderno?

A sua volta, il costituzionalismo come storicamente determinato e configurato in Italia nel secondo dopoguerra può essere ridimensionato o assorbito dall'emergenzialismo sanitario?

Si tratta realmente di Stato di emergenza o piuttosto di Stato d'eccezione?

- Quali sono, se vi sono, gli elementi che possono spiegare una tale direzione intrapresa?

- Quanti e quali diritti fondamentali si possono comprimere o sopprimere in una tale prospettiva?

- Quanta libertà si può negare per ottenere la sicurezza sanitaria prima di trasformare lo Stato di diritto in uno Stato totalitario?

- Quanta sicurezza è sufficiente per poter evitare una simile tragica metamorfosi?

Accanto a questi interrogativi fondamentali se ne pongono altri di corollario che emergono in virtù di alcune notizie di cronaca recenti²⁵:

²² https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2021/07/28/news/ecco-perche-dico-no-al-green-pass-e-alla-logica-del-sorvegliare-e-punire-1.40543724?ref=LSHRA-A-SI-T1&awc=9417_1630943251_275b8d7f7d8e9454d8c00d3cfdd90ad3

²³ «Questo editto non Zeus proclamò per me, né Dike, che abita con gli dei sotterranei. No, essi non hanno sancito per gli uomini queste leggi; né avrei attribuito ai tuoi proclami tanta forza che un mortale potesse violare le leggi non scritte, incrollabili, degli dei, che non da oggi né da ieri, ma da sempre sono in vita»: Sofocle, *Antigone*, Fabbri Editori, Milano, 1994, pp. 91-93, vv. 450-455.

²⁴ Robert Alexy, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015, p. 29.

²⁵ In questo senso si pensi alle differenti proposte pubblicamente avanzate da più parti: [escludere i non vaccinati dalla vita civile](#); [trasporti gratuiti soltanto per i vaccinati](#); [negare la cittadinanza politica ai non vaccinati](#); [negare l'accesso agli uffici pubblici a chi è sprovvisto di green pass](#); [negare il diritto di difesa in giudizio](#); ecc.

- possono alcuni cittadini che godono dei diritti fondamentali, civili e politici essere rinchiusi in una casta di seconda classe in virtù dei propri convincimenti (giusti o sbagliati che siano) etici o scientifici?

- Le risultanze scientifiche possono essere messe in dubbio o ad esse ci si deve adeguare acriticamente come dogmi religiosi?

- Le risultanze scientifiche, specialmente se incerte, possono tradursi automaticamente in provvedimenti giuridici che invece per loro natura esigono certezza e chiarezza specialmente se in grado di incidere sui diritti fondamentali della persona?

Rispondere a tutti i predetti interrogativi è praticamente impossibile, almeno in questa sede in cui si rinuncia a ogni pretesa vagamente enciclopedistica e di esaustività; tuttavia si possono tracciare le linee perimetrali principali che consentano di inquadrare il problema almeno nel suo aspetto più generale.

In un significativo articolo dal titolo "[*Can a virus undermine human rights?*](#)" apparso sulla prestigiosa rivista "The Lancet" nella primavera del 2020 – durante la cosiddetta "prima ondata" – Olivier Nay, docente di scienze politiche alla Sorbona di Parigi, ha sollevato il problema della compatibilità della gestione della pandemia con la tutela dei diritti fondamentali ponendo, a conclusione delle sue considerazioni, la seguente domanda:

How can humans think about health crisis management systems that protect society without undermining individual freedom? National legislatures should adopt adequate rules to ensure that health surveillance and monitoring policies will be strictly prescribed by law, proportionate to public health necessities, done in a transparent manner, controlled by independent regulation authorities, subject to constant ethical reflection, non-discriminatory, and respectful of fundamental rights.

[Come può l'uomo pensare a sistemi di gestione delle crisi sanitarie che proteggano la società senza minare la libertà individuale? I legislatori nazionali dovrebbero adottare norme adeguate per garantire che le politiche di sorveglianza e monitoraggio sanitario siano rigorosamente prescritte dalla legge, proporzionate alle necessità della salute pubblica, fatte in modo trasparente, controllate da autorità di regolamentazione indipendenti, soggette a una costante riflessione etica, non discriminatorie e rispettose dei diritti fondamentali.]

La gestione della pandemia ha mostrato, infatti, la debolezza culturale di ciò che fino ad ora si poteva considerare indiscutibile e stabile, cioè la credenza ampiamente diffusa che lo Stato di diritto non fosse né superabile né arginabile.

La gestione della pandemia sembra aver svelato che dietro la vocazione per lo Stato di diritto si cela la tentazione per lo Stato totalitario anche se il passaggio non è diretto, essendo mediato dalla fase intermedia dello Stato d'eccezione.

Ma si proceda con ordine.

II.2. Lo Stato di diritto, lo Stato di emergenza, lo Stato di eccezione e lo Stato totalitario

Per comprendere la natura dello Stato di diritto si può partire dall'accezione che di esso ha fornito Norberto Bobbio, intendendo lo Stato di diritto in senso ampio «per indicare non tanto la dottrina del moderno costituzionalismo quanto la dottrina tradizionale, risalente all'antichità classica, della superiorità del governo delle leggi sul governo degli uomini, estensione legittima perché vi è continuità tra l'una e l'altra»²⁶.

In quest'ottica, cioè in quella della continuità rilevata da Bobbio, il diritto non è e non può essere la mera produzione formale della volontà del sovrano, del legislatore, dello Stato.

²⁶ Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 2009, p. 193.

Lo Stato di diritto non è quello che produce il diritto, ma quello che al diritto soggiace secondo la tradizione giuridica occidentale (al netto dell'ambiguità del termine²⁷), fondata sull'esperienza classica e cristiana²⁸, ben evidenziata da Alessandro Passerin-d'Entreves che fa proprie le riflessioni del Gierke:

La πόλις non può esistere senza una costituzione, cioè senza una distribuzione del potere fra i suoi componenti. Lo Stato è pertanto un ordinamento giuridico, una strutturazione dei rapporti fra uomo e uomo secondo regole note, conoscibili e determinabili [...]. La concezione medioevale della supremazia della legge riguarda non soltanto i poteri nello Stato, ma il potere dello Stato stesso [...]. Essa sentì sempre il bisogno di fondare lo Stato su di una piattaforma giuridica [...] e fu sempre convinta che il compito dello Stato è di attuare una nozione del diritto preesistente e immutabile. Non ebbe mai dubbi che esistessero dei limiti giuridici invalicabili anche per le più alte potestà²⁹.

Nello Stato di diritto, infatti, il diritto è una istanza superiore a cui lo Stato e colui che esercita l'autorità devono essi stessi ubbidire³⁰, in quanto superamento della concezione assolutistica per cui il potere³¹, esercitato dal sovrano, è svincolato dal limite e dal senso del limite.

Lo Stato di diritto, dunque, è lo Stato che esercita il proprio potere entro i confini del diritto³², sia del diritto che esso stesso produce³³, cioè del diritto positivo, sia entro i confini del diritto a cui esso si "riduce", cioè del diritto naturale³⁴. Addirittura per Giuseppe Capograssi in tanto si può parlare di Stato in quanto lo Stato si oppone strutturalmente all'arbitrio assolutistico³⁵.

²⁷ «Vi è una fondamentale ambiguità nell'espressione *Rechtsstaat* e nelle corrispondenti traduzioni, in uso nell'Europa continentale, come *Etat de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho*. Esse sono impiegate in due modi diversi, talvolta per riferirsi a quel tipo di Stato che è subordinato al diritto, talvolta a quel tipo di Stato i cui organi agiscono sulla base di norme prodotte da altri organi»: José Juan Moreso - Michel Troper, *Giustizia costituzionale e Stato di diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012 pp. 37-38.

²⁸ «L'idea di consacrare legislativamente diritti dell'individuo inalienabili, innati e sacrosanti non ha origini politiche, ma religiose»: George Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Giuffrè, Milano 2002, p. 94; Cfr. Aldo Rocco Vitale, *Cristianesimo e diritto. Sull'anima della civiltà giuridica occidentale*, Algra, Catania 2017.

²⁹ Alessandro Passerin-d'Entreves, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino 1967, pp. 111-125.

³⁰ «Ciò che hai prescritto per gli altri, lo hai prescritto per te. L'imperatore infatti osserva le leggi che egli stesso ha promulgato»: S. Ambrogio, *Epistola XXI*, 9, PL 16, 1004C-1005.

³¹ «Il potere arbitrario è un potere indipendente dalle leggi in virtù delle quali è esercitato [...]. Il potere è esercitato in virtù di certe leggi che costituiscono il modo della sua esistenza, e ne determinano la natura, e quando viene meno a queste leggi, pone in forse la sua esistenza, si snatura e cade nell'arbitrario»: Louis de Bonald, *La costituzione come esistenza*, Edizioni Settimo Sigillo, Roma 1985, p. 51.

³² «La dottrina del diritto naturale, insomma [...], è stata il fondamento su cui è stato edificato lo Stato costituzionale e quello che oggi si usa dire genericamente Stato democratico. E la teoria dello Stato di diritto, cioè dello Stato in cui sono sovrane le leggi e non l'arbitraria volontà di chi governa, teoria forse criticabile e criticata in certi suoi aspetti, ma che è quella che è a fondamento degli Stati democratici occidentali, si ricollega al giusnaturalismo»: Guido Fassò, *Il diritto naturale*, Edizioni Radiotelevisione Italiana, Torino 1972, p. 64.

³³ «La legge è frutto di volontà politica, ma non è pura volontà politica [...]. Lo Stato di diritto è costruito quindi in opposizione al *Polizeistaat*, ossia a quella particolare fase dello Stato assoluto che si è sviluppata nei regni del centro-Europa»: Roberto Bin, *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna 2017, pp. 19-23.

³⁴ «Socrate:- Che cosa è mai per noi la legge? – Amico:- Dipende di quale legge vuoi sapere.– Socrate:- Che cosa è la legge in senso pieno?– Amico:- Ma Socrate che altro potrebbe essere la legge se non le norme stabilite?– Socrate:- Non può dirsi del tutto corretto rispondere semplicemente che la legge è una deliberazione dello Stato[...]. Anche negli scritti sul giusto e l'ingiusto e, in generale sulla struttura dello Stato, e sul retto modo di organizzarlo, ciò che è ben fatto è legge sovrana, ma non ciò che è malfatto, il quale si direbbe piuttosto legge per gli incompetenti; anzi, di fatto, una non-legge[...]. La legge è scoperta di qualcosa che è»: Platone, *Minosse*, in *Tutte le opere*, Rusconi, Milano 1991, pp. 1437-1441, 313a-317c-d.

³⁵ «Lo Stato non è ordine né arbitrio creatore né potere, ma è proprio e quasi si direbbe l'opposto di questi grandi slanci, è il tentativo continuo e riflesso che fanno gli uomini per riportare a termini umani, cioè limitati da tutti i limiti che nascono dalle strutture stesse della vita questi slanci [...]. Lo Stato è la lotta contro l'assolutezza che è nella tendenza di tutte le volontà che intervengono nel mondo della vita associata»: Giuseppe Capograssi, *Considerazioni sullo Stato*, in *Opere*, Giuffrè, Milano 1959, Vol. III, pp. 348-349.

Lo Stato di diritto, insomma, riconosce la dimensione giuridica a sé preesistente e all'interno dei limiti da essa posta esercita il potere trovando la propria vocazione teleologica nella tutela dei diritti umani fondamentali della persona come espressione di quel diritto naturale che li struttura e li sostanzia³⁶.

Lo Stato di diritto, dunque, è intimamente e storicamente fondato sul riconoscimento del diritto naturale e dei diritti umani fondamentali³⁷. Questi ultimi, a loro volta, possono trovare un senso giuridico soltanto al di fuori di una concezione puramente formalistica del diritto³⁸, cioè all'interno di una prospettiva cognitivista in base alla quale il diritto possiede una propria verità onto-assiologica che può essere ricercata e compresa alla luce della ragione, poiché, altrimenti, «chi non crede alla verità, sarà tentato di rimettere ogni decisione, ogni scelta, alla forza, secondo il principio che, siccome non si può comandare ciò che è giusto, è giusto ciò che è comandato»³⁹.

Soltanto alla luce del diritto naturale, dunque, i limiti posti dallo Stato e allo Stato divengono non arbitrari e suscettibili di essere indagati nella loro ragionevolezza e proporzionalità; queste ultime caratteristiche potranno essere vagliate a loro volta soltanto in riferimento alla dimensione assiologica dell'essere umano, cioè in base alla comprensione profonda della sua essenza, del suo essere persona, poiché, come ha precisato Sergio Cotta, «senza la comprensione dell'essere dell'uomo, non si renderà mai piena ragione della realtà e del senso del diritto»⁴⁰.

I diritti fondamentali, inscindibili dallo Stato di diritto e dalle garanzie che esso offre, illuminati dalla luce del diritto naturale da cui ricevono la propria costitutiva intrinseca giuridicità, ancorati alla persona⁴¹, non sono nella disponibilità del potere politico che può sopprimerli secondo le esigenze del momento storico o secondo le convenienze dell'ideologia dominante.

Stante la natura essenziale dei diritti fondamentali, la loro eventuale limitazione, dunque, non può essere discrezionalmente sancita sulla base delle esigenze politiche, economiche, sociali o di altra natura, ma deve essere necessariamente conforme ai principi generali dello Stato di diritto e alla tutela della dignità della persona⁴².

³⁶ «I diritti scaturiscono dalla prima radice costituita dalla legge morale naturale, propria della natura umana»: Vittorio Possenti, *Diritti umani*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2017, p. 66.

³⁷ «La dottrina dei diritti dell'uomo è nata dalla filosofia giusnaturalistica, la quale per giustificare l'esistenza di diritti appartenenti all'uomo in quanto tale, indipendentemente dallo Stato, era partita dall'ipotesi di uno stato di natura, dove i diritti dell'uomo sono pochi ed essenziali: il diritto alla vita e alla sopravvivenza, che include anche il diritto alla proprietà, e il diritto alla libertà, che comprende alcune libertà essenzialmente negative»: Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 74.

³⁸ «Nel momento in cui i positivisti hanno trasformato la legge in un evento meramente positivo, privo di radici ontologiche, poiché vige come giustizia la volontà di coloro che hanno il potere – il che ontologicamente è una contraddizione in sé –, ebbene in quel momento non vi è più difesa contro la tirannia o contro il relativismo che darà infine il cambio alla tirannia. Questo era il punto su cui Socrate, con tutta la passione datagli dalla vita, lottava contro i sofisti; e questo è il punto su cui noi oggi, qui e in America, dobbiamo lottare per quelli che sono stati chiamati “diritti umani”, e contro i due poteri che si danno il cambio l'un l'altro: cinismo e dittatura»: Paul Tillich, *La filosofia del potere*, Glossa, Milano 2017, p. 41.

³⁹ Norberto Bobbio, *Verità e libertà*, in *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Il Saggiatore, Milano 2010, p. 71.

⁴⁰ Sergio Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, p. 20.

⁴¹ «Il diritto naturale concerne i diritti e i doveri che derivano dal principio primo: fare il bene ed evitare il male, in maniera necessaria e per il solo fatto che l'uomo è uomo in assenza di ogni altra considerazione»: Jacques Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Vita e Pensiero, Milano 1977, p. 63.

⁴² «La libertà di culto, di stampa, di pensiero, di riunione ecc., la uguaglianza dei cittadini nonostante ogni diversità di razza o di religione, sono considerate estrinsecazioni insopprimibili della personalità umana, che non si potrebbero menomare senza per questo sopprimere la libertà. Le leggi possono far tutto meno che sopprimere questi diritti intangibili [...]. Come si giustificano, dal punto di vista giuridico, questi cosiddetti diritti di libertà? Quale è la garanzia giuridica di essi? I sostenitori del diritto naturale, li considerano come espressione di questo diritto che preesiste alle leggi, e quindi trovano in tale preesistenza la ragione per la quale neanche le leggi possono negare questi diritti della personalità umana. Dal punto di vista del diritto positivo, è difficile trovare il meccanismo pratico per porre dei limiti al legislatore. Si tratta infatti di porre dei limiti al legislatore: le leggi possono far tutto meno che infrangere questi principi

Come ha giustamente osservato Ronald Dworkin «una norma può essere il limite di un diritto fondamentale solo se conforme alla Costituzione [...]. Una limitazione dei diritti fondamentali, pertanto, è ammessa solo se al principio concorrente spetta, nel caso concreto, un peso maggiore nei confronti del principio di diritto fondamentale»⁴³, circostanza che però deve di volta in volta essere razionalmente dimostrata in base al principio di ragionevolezza e proporzionalità.

Quest'ultima prospettiva, tuttavia, deve essere soppesata rispetto alla natura dei diritti fondamentali nella seguente alternativa: o i diritti fondamentali sono tali, e lo sono sempre e per tutti, cioè sostanzialmente pre-ordinamentali (si consideri che la Carta costituzionale italiana non a caso utilizza il verbo “riconoscere” e non “costituire”), pre-costituzionali, ultra-statali, sovra-politici, meta-normativi, poiché ancorati e ancorabili alla struttura ultima dell'essere umano, ovvero alla sua umanità, essendo cioè il riflesso giuridico della sua dimensione ontologica, oppure non lo sono e quindi diventano manipolabili o eliminabili in base alle circostanze (anche quelle emergenzialmente giustificate).

Si tenga presente, del resto, quanto insegnato sul punto da Francesco Santoro-Passarelli il quale, evidenziando peraltro il ruolo centrale del principio personalistico che illumina la Costituzione, ha avuto modo di chiarire, infatti, che

la persona è il valore centrale, quello a cui si riconducono gli altri valori [...]. La nostra Costituzione contiene un lungo elenco di libertà, che non possono essere tolte alla persona e sono inviolabili da parte dello stesso Stato [...]. Le altre libertà, libertà personale, libertà di opinione, libertà di associazione, libertà religiosa, sono tutte libertà essenziali, riconosciute ugualmente a tutti e a tutti egualmente spettanti [...]. La garanzia contro i pericoli e gli abusi dell'azione dello Stato è costituita dalla libertà e dalla struttura pluralistica di questa forma di Stato [...]. Di qui il riconoscimento nella Costituzione, e non la concessione, delle ricordate libertà inviolabili; di qui il limite essenziale dell'azione dello Stato⁴⁴.

In questo senso esiste una innegabile e stretta relazione tra lo Stato di diritto e la democrazia, poiché le due forme si completano e si contemplano a vicenda in quanto non può aversi autentica democrazia senza le garanzie e i principi dello Stato di diritto e in quanto lo Stato di diritto implica, per la sua concreta effettività, le forme e le procedure democratiche per la propria sopravvivenza⁴⁵.

[...]. Si sono posti dei limiti che non possono essere valicati con la ordinaria procedura legislativa [...]. Se il sovrano non lo capisce o non vuol capirlo, e dà la sua sanzione alla legge che infrange i diritti di libertà, la legge è perfetta e valida, ma il diritto di libertà è giuridicamente compromesso. È quello che è avvenuto in Italia durante il fascismo: dalla marcia su Roma fino alle leggi razziali si sono avute nel periodo fascista una serie di leggi che gradualmente hanno soppresso i diritti di libertà e di uguaglianza dei cittadini. I costituzionalisti di tutto questo non hanno potuto scandalizzarsi perché hanno insegnato costantemente che nel nostro sistema lo Statuto è una legge come tutte le altre, che si può modificare come qualsiasi altra legge: e così si è visto che il monarca, sanzionando le leggi che distruggevano le libertà e l'uguaglianza dei cittadini, ha potuto formalmente continuare a proclamarsi, mentre aveva sostanzialmente rinnegato lo Statuto di cui era garante, come un sovrano “costituzionale” ossequiante alle leggi, e darsi le arie di un severo custode della legalità consacrata in leggi che erano frutto del terrore»: Piero Calamandrei, *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, Bari 2013, p. 28-30.

⁴³ Ronald Dworkin, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna 2012, pp. 306-320.

⁴⁴ Francesco Santoro-Passarelli, *Libertà e Stato*, in “*Iustitia*”, 3/1957, p. 209 e ss.

⁴⁵ «Sul piano storiografico, infatti, le radici dell'attuale teoria dello Stato di diritto vengono individuate nell'incontro tra il modello legalitario, disegnato dalla pubblicistica tedesca come correttivo del *Polizeistaat* attraverso la netta contrapposizione del potere legislativo a quello esecutivo, e il modello costituzionale che, facendo propria l'esperienza francese ed anglo-americana maturata attraverso le varie dichiarazioni dei diritti politici e civili, segna l'emersione, al centro dell'esperienza giuridica, del primato della volontà popolare che si riflette in particolari modalità di formazione delle leggi, nella pubblicità delle attività di governo, nella definizione dei controlli di legittimità. Potremmo parlare genericamente dell'affermarsi di un principio di non arbitrio, che si pone come limite negativo all'azione dello Stato nel primo caso e come limite positivo nel secondo caso, esprimendo in entrambe le ipotesi un sottinteso legame tra Stato di diritto e democrazia»: Salvatore Amato, *Diritto dello Stato e Stato di diritto*, in AA.VV., *Stato di diritto e trasformazione della politica*, a cura di Bruno Montanari, Giappichelli, Torino 1992, pp. 51-52.

L'eventuale limitazione, compressione o soppressione dei diritti fondamentali, dunque, non può trovare una sufficiente motivazione nelle esigenze di sicurezza, ordine pubblico o pubblica incolumità, specialmente all'interno di un quadro formalistico di autoreferenziale legalità che ignori i valori sostanziali di cui il diritto e l'ordinamento di uno Stato di diritto sono latori in quanto su di essi fondati.

In questa direzione Alessandro Passerin-d'Entreves aveva già lucidamente esposto i termini del problema:

Il principio di legalità non esige soltanto che le norme e le decisioni che compongono il sistema siano formalmente corrette; esige che esse siano anche conformi a certi valori, a valori che vengono descritti come necessari all'esistenza di una società libera. Questi valori costituiscono il vaglio del diritto, l'aspetto sostantivo della legalità [...]. Come osservava Tocqueville, i "legulei" possono avere delle buone ragioni per preferire l'ordine alla libertà. Ne hanno tanto più quando quest'ordine è minacciato da nemici dichiarati tanto della libertà che dell'ordine. Ma perché lo Stato sia veramente fondato sulla *rule of law*, non può essere sufficiente salvare l'ordine a qualsiasi prezzo: quando è in gioco la libertà, non si tratta più di una legalità qualsiasi [...]. Il diritto non è soltanto l'espressione della volontà del sovrano, un insieme coerente e logico di norme. È un modo di pensare, di agire e di vivere⁴⁶.

Nonostante ciò, lo Stato di diritto, almeno durante la pandemia del covid-19, sembra aver subito una metamorfosi transitando da ciò che è allo Stato di emergenza, cioè la condizione in cui si comprimono taluni diritti fondamentali proprio in ragione dell'emergenza sanitaria che giustifica tale compressione.

Tralasciando l'ingenua circolarità giustificativa del metodo adottato – cioè l'idea in base alla quale per giustificare la compressione dei diritti durante lo Stato d'emergenza si fa riferimento all'emergenza in base alla quale comprimere i diritti –, occorre comprendere se lo Stato di emergenza sia o meno compatibile con lo Stato di diritto, ben oltre, evidentemente, la mera dimensione normativa⁴⁷.

Se lo Stato di diritto, come visto, è lo Stato che sottomette sé stesso, il proprio potere e l'esercizio del medesimo entro i confini del diritto, una espansione del suo potere – da cui discende una compressione dei diritti fondamentali dei cittadini – può essere legittima soltanto se giuridicamente fondata, escludendosi, con tutta evidenza, motivazioni di carattere ultroneo come quelle politiche, economiche, sociali, sanitarie o di qualsivoglia altra natura.

Se lo Stato di diritto intende adottare provvedimenti emergenzialmente fondati, dunque, potrà farlo soltanto se e nella misura in cui tali provvedimenti siano motivati dall'emergenza, cioè, in sostanza, da uno stato di necessità che impone il superamento degli ordinari canoni d'azione dello Stato di diritto: lo Stato d'emergenza, dunque, costituisce un superamento dello Stato di diritto nel momento in cui consente il superamento dei limiti entro cui quest'ultimo agisce.

Anche lo Stato di emergenza, del resto, è da considerare già di per sé al di fuori dello Stato di diritto, come ha precisato Giovanni Sartori per il quale, infatti, lo Stato d'emergenza rientra nell'ambito delle cosiddette "dittature costituzionali"⁴⁸.

Lo Stato d'emergenza, facendo propria la necessità in base alla quale si supera lo Stato di diritto, si fonda, allora, sullo stato di necessità.

⁴⁶ Alessandro Passerin-d'Entreves, *Obbedienza e resistenza*, Edizioni di Comunità, Roma 2018, pp. 64-65.

⁴⁷ In Francia, per esempio, lo Stato d'emergenza fu introdotto e regolato dalla legge n. 385 del 3 aprile 1955 «Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie»; in Germania gli articoli 80 e 115 della *Grundgesetz* disciplinano rispettivamente lo Stato di tensione e lo Stato di difesa; negli USA il National Defense Order Preparedness del 2012 conferisce poteri straordinari al Presidente e alle Agenzie federali in caso di guerra o emergenza.

⁴⁸ «Un primo problema è posto dalla classe delle cosiddette "dittature costituzionali". Questa dizione viene adoperata per raggruppare e indicare lo stato di necessità (*Notrecht*), lo stato di assedio (*Belagerungszustand*), lo stato d'emergenza (o di urgenza), e simili»: Giovanni Sartori, *Dittatura*, in *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 73.

Anche lo stato di necessità che giustifica lo Stato di emergenza, tuttavia, per essere ritenuto ancora giuridicamente legittimo non può sconfinare oltre i limiti del diritto stesso, che nella loro sostanza coincidono con quelli della giustizia.

In questa direzione Immanuel Kant ha chiarito, infatti, che «il motto di necessità è “Necessità non ha legge (*necessitas non habet legem*)” e però non vi può essere nessuna necessità che possa rendere legittimo ciò che è ingiusto»⁴⁹.

Se la necessità è davvero tale, allora, essa rappresenta una eccezione alla legge, alla regola per cui lo Stato di diritto è esso stesso subordinato al diritto e alla giustizia: lo Stato d'emergenza che si fonda sullo stato di necessità, dunque, si risolve nello Stato d'eccezione come Stato in cui vige l'eccezione all'ordine ordinario, ordinato e ordinante in base al quale lo Stato deve essere subordinato alla legge, al diritto e alla giustizia.

Se lo Stato può agire secondo eccezione, cioè oltre la legge, il diritto e la giustizia⁵⁰, lo Stato di diritto cessa non appena diventa Stato d'eccezione.

In questa prospettiva il maggior teorico dello Stato d'eccezione, Carl Schmitt, riconosce, infatti, che «nel caso d'eccezione, lo Stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di auto-conservazione»⁵¹. Lo Stato d'eccezione, dunque, è frontalmente opposto allo Stato di diritto, poiché se quest'ultimo agisce nei limiti del diritto, il primo, invece, agisce al di fuori dei limiti del diritto poiché è esso stesso che attiva o sospende il diritto mediante la volontà del sovrano, riducendo sostanzialmente il diritto alla politica⁵². Come ha puntualmente e giustamente osservato Fabrizio Grasso, infatti, «lo stato d'eccezione è una particolarissima concretezza che non può essere regolamentata, infatti non ci sono norme dalle quali essa può essere desunta e non ci sono criteri per fare di essa una fattispecie giuridica. Lo Stato d'eccezione di per sé può portare all'abrogazione o sospensione delle norme vigenti»⁵³. Su questo specifico profilo le riflessioni di Giorgio Agamben sono quanto mai acute e imprescindibili: «Lo Stato di eccezione si presenta come la forma legale di ciò che non può avere forma legale [...]. Lo Stato d'eccezione non è un diritto speciale, ma, in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico, ne definisce la soglia o il concetto-limite»⁵⁴.

Lo Stato d'eccezione eclissa, insomma, lo Stato di diritto poiché si avvale degli strumenti giuridici di quest'ultimo, ma contro lo stesso Stato di diritto⁵⁵.

Accedendo ad una dimensione puramente formale della legalità lo Stato d'eccezione sostituisce lo Stato di diritto, come rivela lo stesso Schmitt:

Se il concetto di legge viene spogliato di ogni riferimento contenutistico alla ragione e alla giustizia e se contemporaneamente viene mantenuto lo Stato legislativo, con il suo concetto specifico di legalità, uso a concentrare nella legge tutta l'autorità e la dignità dello Stato, ogni disposizione di qualsivoglia natura, ogni comando, ogni ordine a qualsiasi impiegato o soldato ed ogni singola direttiva ad un giudice può essere intrapresa, in modo del tutto legale e giuridico, in virtù della sovranità della legge, per mezzo di una

⁴⁹ Immanuel Kant, *La metafisica dei costumi*, Laterza, Bari 1973, p. 41.

⁵⁰ In questa prospettiva acquista ancora una volta valenza l'interrogativo fondamentale di S. Agostino: «Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?» [Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri?]: S. Agostino, *La città di Dio*, Città Nuova, Roma 2000, IV, 20, 4, p. 171.

⁵¹ Carl Schmitt, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 2017, p. 39.

⁵² «La portata di tale tesi è aggravata dalla concezione che lo Schmitt ha della politica, nella quale dunque il diritto si risolve»: Guidò Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna 1970, Vol. III, p. 381.

⁵³ Fabrizio Grasso, *Archeologia del concetto di politico in Carl Schmitt*, Mimesis, Milano 2017, p. 51.

⁵⁴ Giorgio Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, pp.10-13.

⁵⁵ «La legalità come strumento rivoluzionario significa invece: a) l'utilizzazione dei metodi elettorali da parte di una forza rivoluzionaria per accedere alla rappresentanza nelle istituzioni legali esistenti, b) l'utilizzazione di tutte le istituzioni politiche e sociali esistenti da parte di tale forza come tribuna propandistica, e c) l'uso dell'apparato statale col proposito di modificare o abolire tutte quelle istituzioni che hanno consentito la sua ascesa al potere»: Georg Schwab, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Laterza, Bari 1986, p. 135.

delibera parlamentare o attraverso le altre istanze previste dalla procedura legislativa. In tal caso, il puramente formale si riduce al vuoto termine e all'etichetta di legge e vien meno il nesso con lo Stato di diritto⁵⁶.

Lo Stato di eccezione, insomma, rappresenta la negazione dello Stato di diritto⁵⁷, e si costituisce, anzi, come momento di passaggio tra lo Stato di diritto e lo Stato totalitario, tra la democrazia e l'assolutismo politico⁵⁸.

Non a caso Agamben ha osservato come

il totalitarismo moderno può essere definito, in questo senso, come l'instaurazione, attraverso lo Stato di eccezione, di una guerra civile legale, che permette l'eliminazione fisica non solo degli avversari politici, ma di intere categorie di cittadini che per qualche ragione risultino non integrabili nel sistema politico. Da allora, la creazione di uno Stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici [...]. Lo Stato di eccezione si presenta anzi in questa prospettiva come una soglia di indeterminazione fra democrazia e assolutismo⁵⁹.

In questo frangente pandemico, dunque, la dichiarazione del primo *lockdown* in Italia nella primavera del 2020, il sistema delle autocertificazioni per gli spostamenti susseguenti al primo *lockdown*, il secondo *lockdown* nell'autunno del 2020, l'imposizione del *green pass* prima in modo limitato e poi esteso a tutti i lavoratori nell'autunno del 2021, rappresentano forme di controllo di massa e di compressione e soppressione dei diritti fondamentali più tipici dello stato di emergenza che una volta istituzionalizzatosi diventa Stato di eccezione in sostituzione dello Stato di diritto.

In special modo lo strumento del *green pass*, acclarato che non è una misura sanitaria poiché non certifica la mancanza di contagiosità⁶⁰, ma di puro controllo biopolitico (dato che viene apposto come preconditione per l'esercizio di diritti fondamentali come quello al lavoro fino ad oggi immuni da simili drastiche e impensabili forme di limitazione), rappresenta il miglior mezzo per compiere il passaggio suddetto dallo Stato di diritto allo Stato di eccezione e dallo Stato di eccezione allo Stato totalitario.

Come è stato correttamente rilevato, infatti, mezzi di controllo di tal natura comportano il reale rischio «che misure temporanee di sorveglianza accettate inizialmente per limitati periodi emergenziali diventino progressivamente prassi e consuetudini delle nostre società, modificando i rapporti interpersonali e, soprattutto, il rapporto bio-politico dei cittadini con l'autorità e lo Stato»⁶¹.

Il *green pass*, infatti, si configura come una nuova forma di panoptismo digitale⁶², che consente l'instaurarsi di un governo panoptico il quale, grazie alla fusione della mentalità post-capitalistica

⁵⁶ Carl Schmitt, op. cit., p. 228.

⁵⁷ «La tirannide è sostanzialmente governo senza leggi [...]. La conseguenza pratica dell'assenza delle leggi è l'assenza della libertà»: Leo Strauss, *La tirannide*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 121-122.

⁵⁸ «Sembra che noi si sia dinanzi a un movimento pendolare della Storia, che oscilla dall'assolutismo alla democrazia e dalla democrazia di nuovo alla dittatura assoluta»: Arthur Koestler, *Buio a mezzogiorno*, Mondadori, Milano 1948, pp. 117-193.

⁵⁹ Giorgio Agamben, op. cit., p. 11.

⁶⁰ https://www.adnkronos.com/green-pass-obbligatorio-crisanti-non-blinda-ambienti-dal-covid_4g2ESVrxOX8dg0JpnoOMTI

⁶¹ Carlo Blengino, *Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia*, in "Questionegiustizia", 2/2020, p. 2.

⁶² «Si potrebbe applicare, senza nessuna eccezione, in tutti gli edifici dove un certo numero di persone devono essere tenute sotto controllo in uno spazio non troppo vasto da coprire o dominare con altri edifici. Poco importa se lo scopo dell'edificio è diverso o anche opposto: sia che si tratti di punire i criminali incalliti, sorvegliare i pazzi, riformare i viziosi, isolare i sospetti, impiegare gli oziosi, mantenere gli indigenti, guarire i malati, istruire quelli che vogliono entrare nei vari settori dell'industria, o fornire l'istruzione alle future generazioni: in una parola sia che si tratti delle prigioni a vita, nella camera della morte, o di prigioni d'isolamento prima del processo, o penitenziari, o case di correzione, o case di lavoro, o fabbriche, o manicomi, o ospedali o scuole. È ovvio che in tutti questi esempi lo scopo dell'edificio sarà tanto più perfettamente raggiunto se gli individui che devono essere controllati saranno il più assiduamente possibile sotto gli occhi delle persone che devono controllarli. L'ideale, se questo scopo è da raggiungere, esigerebbe che ogni individuo fosse in ogni istante in questa condizione»: Jeremy Bentham, *Panopticon*, Marsilio, Venezia 2021, p. 36.

con quella tecnica e scientifica⁶³, è in grado di controllare sempre e dovunque il cittadino sulla base delle sue condizioni di salute⁶⁴.

Del resto, la subordinazione del diritto di circolazione e degli altri diritti fondamentali che per loro natura dovrebbero essere superiori alle ragioni della politica è un tratto distintivo dello Stato totalitario, cioè di quella forma di Stato che, come suggerisce la sua qualificazione, tende a impossessarsi in modo totale della vita dell'essere umano.

Lo Stato totalitario, su cui vasta è la letteratura⁶⁵, poggia su tre elementi essenziali e precisi, cioè

⁶³ «Nel capitalismo della sorveglianza, i “mezzi di produzione” sono al servizio dei “mezzi di modifica del comportamento”. I processi meccanizzati sostituiscono i rapporti umani in modo che la certezza sostituisca la fiducia [...]. Questo potere che definisco strumentalizzante ha il compito di strutturare e strumentalizzare il comportamento al fine di modificarlo, predirlo, monetizzarlo e controllarlo. In questa definizione, il compito di “strutturare” spetta al burattino e alla sua architettura materiale di computazione senziente ubiquamente connessa che renderizza, interpreta e attiva l'esperienza umana. L'atto di “strumentalizzare”, invece, denota le relazioni sociali che legano i burattinai all'esperienza umana, con il capitale della sorveglianza che impiega le macchine per trasformarci in mezzi da sfruttare [...]. Il potere totalitario non può avere successo a distanza. Il conformismo è insufficiente. La vita interiore di ogni individuo dev'essere rivendicata e trasformata dalla minaccia perpetua di punizione in assenza di crimine. Lo sterminio di massa garantisce economie di scala – campi di concentramento, massacri e gulag – ma per il resto si tratta di un terrore domestico mirato a rimodellare ogni aspetto dell'individuo partendo dall'interno: cuore, mente, sessualità, personalità e spirito. Per farlo serve orchestrare minuziosamente isolamento, ansia, paura, persuasione, fantasia, desiderio, ispirazione, orrore e sorveglianza. Arendt descrive il processo incessante di “atomizzazione” e fusione con il quale il terrore distrugge i comuni legami fatti di leggi, norme, fiducia ed empatia che offrono lo spazio vitale alla libertà dell'individuo. I lacci di ferro del terrore stringono senza pietà gli uomini l'uno con l'altro, al punto che lo spazio per agire liberamente scompare»: Shoshana Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma 2019, p. 480 e ss.

⁶⁴ «Città appestata, stabilimento panoptico; le differenze sono importanti. Esse segnano, a un secolo e mezzo di distanza, le trasformazioni del programma disciplinare. Nel primo caso, una situazione di eccezione: contro un male straordinario, si erge il potere; esso si rende ovunque presente e visibile; inventa nuovi ingranaggi; ripartisce, immobilizza, incasella; costruisce per un certo tempo ciò che è contemporaneamente la contro-città e la società perfetta; impone un funzionamento ideale, ma che si riconduce in fin dei conti, come il male che combatte, al semplice dualismo vita-morte: ciò che si muove porta la morte, si uccide ciò che si muove. Il Panopticon, al contrario, deve essere inteso come un modello generalizzabile di funzionamento; un modo per definire i rapporti del potere con la vita quotidiana degli uomini [...]. Esso è polivalente nelle sue applicazioni; serve ad emendare i prigionieri, ma anche a curare gli ammalati, istruire gli scolari, custodire i pazzi, sorvegliare gli operai, far lavorare i mendicanti e gli oziosi. È un tipo di inserimento dei corpi nello spazio, di distribuzione degli individui gli uni in rapporto agli altri, di organizzazione gerarchica, di disposizione dei centri e dei canali di potere, di definizione dei suoi strumenti e dei suoi modi di intervento, che si possono mettere in opera in ospedali, fabbriche, scuole prigionie. Ogni volta che si avrà a che fare con una molteplicità di individui cui si dovrà imporre un compito o una condotta, lo schema panoptico potrà essere utilizzato [...]. Lo schema panoptico è un intensificatore per qualsiasi apparato di potere: assicura l'economia (in materiale, in personale, in tempo); ne assicura l'efficacia per il suo carattere preventivo, il funzionamento continuo, i meccanismi automatici [...]. Il dispositivo panoptico non è semplicemente una cerniera, un ingranaggio tra un meccanismo di potere e una funzione; è un modo di far funzionare delle relazioni di potere entro una funzione, e una funzione per mezzo di queste relazioni di potere. Il panoptismo è capace di riformare la morale, preservare la salute, rinvigorire l'industria, diffondere l'istruzione, alleggerire le cariche pubbliche, stabilizzare l'economia [...]. Lo schema panoptico, senza attenuarsi né perdere alcuna delle sue proprietà, è destinato a diffondersi nel corpo sociale; la sua vocazione è divenirvi funzione generalizzata. La città appestata forniva un modello disciplinare eccezionale: perfetto, ma assolutamente violento; alla malattia apportatrice di morte, il potere opponeva la sua perpetua minaccia di morte; la vita vi era ridotta all'espressione più semplice; era, contro il potere della morte, l'esercizio minuzioso del diritto di spada. Il Panopticon al contrario gioca un ruolo di amplificazione: se organizza il potere, se vuole renderlo più economico e più efficace, non è per il potere stesso, né per la salvezza immediata di una società minacciata: si tratta di rendere più forti le forze sociali – aumentare la produzione, sviluppare l'economia, diffondere l'istruzione, elevare il livello della moralità pubblica; far crescere e moltiplicare[...]. La soluzione del Panopticon a questo problema è che la maggiorazione produttiva del potere può essere assicurata solo quando abbia, da una parte, la possibilità di esercitarsi in maniera continua sulle basi della società, fino al più piccolo germe, e dall'altra, funzioni al di fuori di quelle forme improvvise, violente, discontinue, che sono legate all'esercizio della sovranità»: Michel Foucault, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino 1993, pp. 223-227.

⁶⁵ *Ex plurimis* cfr.: Hannah Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di comunità, Torino 1999; Simona Forti, *Il totalitarismo*, Laterza, Bari 2001; Carl Friedrich, *Totalitarianism: Proceedings of a conference held at the American*

- una piattaforma ideologica,
- una polarizzazione della società tra amici e nemici, e
- il terrore affiancato da mezzi coercitivi, volti tutti alla sottomissione totalizzante dell'esistenza.

Nel caso della pandemia:

- la piattaforma ideologica è fornita dalla negazione della reale dimensione epistemologica alla base della scienza⁶⁶, e dalla affermazione della sua presunta infallibilità, cioè dall'imposizione di una visione sostanzialmente scientifica secondo cui la scienza è l'unica chiave ermeneutica per la comprensione della realtà e di essa ci si deve fidare ciecamente⁶⁷,

- la polarizzazione della società (un tempo suddivisa tra proletari e borghesi, tra oppressi e oppressori, tra fedeli e infedeli ecc.) è visibile nella costante suddivisione tra pro-vax e no-vax, tra pro-pass e no-pass, ecc. in cui i primi sono gli eletti della società mentre i secondi sono i reietti che l'ordine sociale, la sicurezza e il benessere mettono in pericolo dovendosi quindi limitare e sopprimere tutti i loro diritti fondamentali⁶⁸;

- il terrore e i mezzi coercitivi durante la pandemia sono incarnati dalla costante campagna stampa e istituzionale sulle conseguenze negative, sulle sanzioni sociali, morali e giuridiche a cui si può andare incontro da parte di coloro che vengono etichettati come facenti parte del secondo gruppo⁶⁹.

La subordinazione dell'esercizio dei diritti fondamentali (lavoro, circolazione, associazione, culto ecc.) al possesso di una certificazione statale, come se tali diritti fossero concessi e non riconosciuti dalla Costituzione, esprime una concezione formalistica e ideologica del diritto, tipica degli stati totalitari, poiché, come ha ben spiegato Aleksandr Zinov'ev, il compito della scienza è quello comprendere la realtà, mentre lo scopo dell'ideologia consiste nel rimodellare la realtà secondo le proprie finalità⁷⁰.

Del resto, anche l'apriorismo ideologico per cui la gestione pandemica possa essere condotta oltre i limiti dello Stato di diritto, affidando ad un gruppo di tecnici le decisioni da adottare le quali hanno

Academy of Arts and Sciences, Harvard University Press, Cambridge, 1954; Carl Friedrich - Zbigniew Brzezinski, *Totalitarian dictatorship and autocracy*, Harvard University Press, Cambridge, 1965.

⁶⁶ «Un'altra caratteristica della scienza è che insegna il valore del pensiero razionale e l'importanza della libertà di pensiero, come pure la necessità di dubitare, di non dare per scontata alcuna verità [...]. Gli esperti che vi guidano possono sbagliare»: Richard Feynman, *Che cos'è la scienza?*, in *Il piacere di scoprire*, Adelphi, Milano 2002, pp. 170-171.

⁶⁷ «Concezione totalitaria della scienza per cui essa si presenta come l'unica conoscenza vera»: Augusto Del Noce, *Il suicidio della rivoluzione*, Rusconi, Milano 1978, p. 327.

⁶⁸ «Il significato della distinzione di amico e nemico è di indicare l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di un'associazione o di una dissociazione; essa può sussistere teoricamente e praticamente senza che, nello stesso tempo, debbano venir impiegate tutte le altre distinzioni morali, estetiche, economiche o di altro tipo [...]. Nemico non è il concorrente o l'avversario in generale. Nemico non è neppure l'avversario privato che ci odia in base a sentimenti di antipatia. Nemico è solo un insieme di uomini che combatte almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere. Nemico è solo il nemico pubblico, poiché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare ad un intero popolo, diventa per ciò stesso pubblico»: Carl Schmitt, op. cit., pp. 33-111.

⁶⁹ https://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2021/09/17/nelle-aziende-con-meno-di-15-dipendenti-chi-e-senza-green-pass-potra-essere-sostituito_b016ee51-4abf-4bb3-b23d-615fad2a053f.html

⁷⁰ «Il fine della scienza è di conoscere la realtà. Il compito dell'ideologia è di organizzare e standardizzare le coscienze degli uomini, di gestire gli uomini formando in loro quel determinato tipo di coscienza necessario dal punto di vista degli interessi della perpetuazione della società [...]. L'istruzione ideologica consiste nel familiarizzare la gente con la dottrina ideologica, nello sviluppare l'approccio ideologico ai fenomeni con i quali, in un modo o nell'altro, la gente viene a contatto, nell'informare la gente sugli eventi nazionali e mondiali, sulle conquiste della scienza e della tecnica, letti nell'ottica dell'ideologia [...]. L'uomo istruito ideologicamente non diventa più stupido del suo analogo per tutti gli altri parametri. Il fine dell'istruzione ideologica non si limita ad inculcare nella gente determinate rappresentazioni di sé e dell'ambiente naturale e sociale, ma di allenare i cervelli a che, anche volendolo, non possano concepire rappresentazioni diverse [...]. L'ideologia pretende di fornire una spiegazione scientifica a tutto quanto rientra nella cerchia d'interessi della popolazione. Esige per sé il rispetto dovuto a un supremo prodotto della conoscenza e pretende di dominare gli intelletti umani»: Aleksandr Zinoviev, *Il Superpotere in URSS*, Sugarco, Milano 1990, pp. 83-87.

ripercussioni non soltanto sanitaria, ma anche e soprattutto giuridiche, palesa il tradimento più diretto di quello spirito democratico che dovrebbe animare lo Stato di diritto e che invece viene soppresso dallo spirito *extra ordinem* dello Stato di eccezione.

Come ha osservato Norberto Bobbio, infatti, «tecnocrazia e democrazia sono antitetiche: se il protagonista della società industriale è l'esperto non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sulla ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono»⁷¹.

Contro democrazia e Stato di diritto, si risolve anche il pensiero della presunta infallibilità della scienza, poiché la democrazia poggia sul principio fallibilistico divenendo incompatibile con la presenza di una casta di soggetti – in questo caso gli scienziati – che si arrogano il diritto di autoproclamarsi infallibili imponendo la propria volontà – giusta o sbagliata – sui provvedimenti legali da adottare non soltanto oltre le valutazioni di carattere giuridico, ma perfino anche contro i più elementari e irrinunciabili principi giuridici⁷².

L'elemento della polarizzazione, per parte sua, mette in scena quel meccanismo di coesione sociale che la fine dello Stato di diritto ha causato, ripercorrendo lo schema vittimario evidenziato da Renè Girard⁷³, attraverso ciò che Gerhard Ritter ha definito come “degradazione morale dell'avversario” quale caratteristica del volto demoniaco del potere⁷⁴.

La demonizzazione dell'avversario, del resto, quale elemento prodromico della sua persecuzione socio-politica e giuridica, rappresenta l'inevitabile fase di passaggio tra la polarizzazione della società nell'ambito di un regime totalitario e la pratica del terrore da esso messo in essere, poiché come ha sancito Carl Schmitt «la guerra dell'inimicizia assoluta non conosce alcuna limitazione. Trova il suo senso e la sua legittimità proprio nella volontà di arrivare alle estreme conseguenze»⁷⁵.

La paura, del resto, è il fondamento principale del regime totalitario e dispotico⁷⁶, il quale come conseguenza ha proprio quella di piegare le coscienze individuali per rendere i cittadini placidi all'ubbidienza incondizionata, diversamente da ciò che, invece, dovrebbe accadere in un sistema democratico e in uno Stato di diritto⁷⁷. Misure come l'accrescimento dell'odio tra le fazioni sociali (in questo caso tra pro-vax e no-vax), le denunce alle autorità di soggetti che non si piegano

⁷¹ Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 2014, p. 21.

⁷² «La democrazia si basa sull'assunto che nessuno è infallibile e che nessuno possiede il segreto del buon governo. Non esiste una scienza sociale esatta come le scienze fisiche. I fenomeni della vita sociale sono infallibilmente più complicati di quelli del mondo fisico [...]. La dittatura si basa sull'assunto che l'umanità è divisa in due parti assolutamente disuguali: la massa, il volgo, che non sa e non capisce nulla; e una minoranza, i “pochi eletti” che, soli, conoscono i segreti per la soluzione di tutti i problemi»: Gaetano Salvemini, *Democracy and dictatorship*, in “*The Harvard Graduate Magazine*”, n. 168/1934, p. 280 e ss.

⁷³ «La comunità è in crisi; la peste produce dei danni terribili, scompaiono le distinzioni gerarchiche, i valori tradizionali sono calpestati; ovunque il trionfo del disordine, della violenza e della morte [...]. La folla fa ricadere su vittime impotenti la responsabilità del suo smarrimento, una responsabilità che non può dipendere da nessun individuo o gruppo di individui particolari. La collettività si illude così di riacquistare sul proprio destino una specie di padronanza»: Renè Girard, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Adelphi, Milano 1983, pp. 163-165.

⁷⁴ «Nulla giova ad incrementare tanto il lato demoniaco della lotta quanto la degradazione morale dell'avversario, inteso quale nemico dell'ordine pubblico»: Gerhard Ritter, *Il volto demoniaco del potere*, Il Mulino, Bologna 1971, pp. 190-191.

⁷⁵ Carl Schmitt, *Teoria del partigiano*, Adelphi, Milano 2005, p. 74.

⁷⁶ Come in una repubblica ci vuole la virtù, in una monarchia l'onore, così in uno Stato dispotico ci vuole la PAURA: quanto alla virtù, non vi è necessaria, e l'onore vi sarebbe pericoloso. Il potere immenso del principe passa tutt'intero a coloro ai quali lo affida. Persone capaci di stimare molto se stesse sarebbero in grado di farvi delle rivoluzioni. Bisogna perciò che la paura vi abbatta ogni coraggio e vi spenga fin l'ultimo sentimento d'ambizione»: Charles De Secondat Barone di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, a cura di Sergio Cotta, Utet, Torino, 2005, I, IX, Vol. 1, p. 93.

⁷⁷ «Il fine dello Stato – ripeto – non è quello di trasformare gli uomini da esseri razionali in bestie o automi. Proprio al contrario, è quello di far sì che adempiano alle proprie funzioni sia fisiche che mentali in condizioni di sicurezza, che usino liberamente la loro ragione, e che cessino, d'altra parte, di contendere tra loro con odio, collera, inganni e di

all'ortodossia ideologica stabilita, la delazione anche all'interno degli stessi nuclei famigliari, sono tutti strumenti idonei per accrescere il senso di terrore e insicurezza tra la popolazione poiché più sono fragili i legami sociali e umani più è diretta e stringente la presa totalitaria sulla vita del singolo⁷⁸.

In questo senso Carl Friedrich ha precisato che

il clima psichico, cioè l'atmosfera peculiare, del totalitarismo è creato da due fenomeni strettamente correlati, propaganda e terrore. Terrore può essere una parola piuttosto forte, ma focalizza l'attenzione su una realtà oggettiva, in contrasto con la risposta soggettiva a quella realtà. Il terrore può essere palese o impercettibile; può funzionare con la minaccia di esecuzioni o con la diffamazione e la vergogna sociale. La sua caratteristica principale è lo sforzo deliberato di intimidire. Il terrore governativo cerca di spaventare coloro che sono sotto la sua influenza per indurli al conformismo e all'obbedienza [...]. Una lenta disintegrazione che colpisce tutti gli esseri umani e le relazioni, causando sfiducia reciproca in modo che le persone comuni siano alienate l'una dall'altra; tutti i vincoli di fiducia nelle relazioni sociali sono corrose dal terrore e dalla propaganda, dallo spionaggio e dalla denuncia e dal tradimento, fino a quando il tessuto sociale minaccia di cadere a pezzi. La fiducia che ordinariamente lega l'imprenditore ai suoi subordinati, i membri di una facoltà universitaria ai loro studenti, l'avvocato al cliente, il medico al paziente, e perfino i genitori ai figli così come i fratelli alle sorelle è sconvolta. Il nucleo di questo processo di disintegrazione è, a quanto pare, la rottura della possibilità di comunicazione – la diffusione del vuoto. L'isolamento e l'ansia sono il risultato universale. E l'unica risposta che il totalitarismo ha per dominare con questa disgregazione dei rapporti umani è una più organizzata coercizione, più propaganda, più terrore⁷⁹.

La tentazione totalitaria nella gestione della pandemia si è resa più che evidente con misure come il *green pass* che per la prima volta nella storia dell'ordinamento italiano hanno gravemente compresso la libertà di circolazione e che adesso si prospettano di sopprimere perfino il diritto al lavoro che, posto dai Padri Costituenti all'articolo 1 della Costituzione, dovrebbe invece animare l'intero assetto costituzionale ben oltre ogni considerazione e dovrebbe essere difeso sempre e comunque al di là di ogni contingenza storico-sociale.

Storicamente, del resto, proprio limitazioni di questo tipo sono state tipiche dei regimi totalitari, con la sovversione di ogni gerarchia giuridica, per cui non sono stati i certificati valutati alla luce dei diritti fondamentali, ma sono stati i diritti fondamentali valutati ed esercitabili in base al possesso dei certificati.

In Unione Sovietica, infatti, tra gli anni '20 e gli anni '30 del XX secolo fu approvata la "propiska", cioè il passaporto interno necessario per circolare da una città all'altra dell'URSS⁸⁰, mentre nella Germania nazionalsocialista, tra gli anni '30 e gli anni '40 del XX secolo fu approvato l'"ahnenpass",

comportarsi in modo ingiusto nei loro mutui rapporti. In una parola: il fine dell'organizzazione politica è la libertà»: Baruch Spinoza, *Trattato teologico-politico*, Utet, Torino 2013, p. 683.

⁷⁸ «Scopo del terrore e dei suoi atti è di estorcere totalmente l'adattamento degli uomini al proprio principio, affinché anch'essi riconoscano, in definitiva, ancora solo uno scopo: quello dell'autoconservazione. Quanto più gli uomini hanno in mente senza scrupoli solo la propria sopravvivenza, tanto più diventano marionette psicologiche di un sistema che non ha altro scopo che mantenere sé stesso al potere [...]. Un sistema terrorista raggiunge il suo apice quando la vittima non è più consapevole del baratro che c'è tra sé e i propri torturatori. Nell'atmosfera disumanizzata del totalitarismo, e come conseguenza del crollo della personalità, viene liberamente in primo piano il meccanismo arcaico dell'imitazione. Bettelheim descrive quest'ultimo stadio della regressione: "L'assuefazione di un detenuto alla situazione del campo aveva raggiunto il suo apice quando la personalità del detenuto si era così trasformata con il terrore che egli rendeva suoi propri i valori della Gestapo... I detenuti più vecchi, che tendevano ad identificarsi con la Gestapo, lo facevano non solo a riguardo del comportamento aggressivo. Essi cercavano di procurarsi parti smesse delle uniformi della Gestapo... Questa identificazione si spingeva così in là che essi cercavano perfino di conformarsi ai divertimenti dei loro torturatori"»: Leo Löwenthal, *Individuo e terrore*, in "La società degli individui", n. 9, 3/2000, pp. 145-147.

⁷⁹ Carl Friedrich - Zbigniew Brzezinski, *Totalitarian dictatorship and autocracy*, Harvard University Press, 1965, pp. 129-136. In tale direzione si pensi al caso del fratello medico che avrebbe denunciato alle autorità ecclesiastiche la sorella suora ritenuta no-vax: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/09/02/suora-denunciata-alla-curia-dal-fratello-medico-no-vax-nonostante-lappello-del-papa/6308335/>

⁸⁰ Victor Zaslavsky, *Storia del sistema sovietico*, Carocci, Roma 2001.

cioè il passaporto interno necessario per distinguere i cittadini impuri dai cittadini puri (con il sangue ariano) all'interno del Terzo Reich⁸¹.

Sul punto, un dissidente come il fisico Andrej Sacharov ha osservato che

una violazione estremamente seria della libertà di spostamento diventa pure la sua limitazione all'interno del Paese. Queste limitazioni, realizzate con il sistema del passaporto e con le sue enigmatiche regolamentazioni, colpiscono in Russia milioni di kolchosiani, ex detenuti e molti altri cittadini del nostro Paese [...]. Da quando la pura legalità [sovietica] corrisponde ai diritti dell'uomo? [...]. Sotto certi aspetti gravi violazioni dei diritti dell'uomo sono inserite nelle stesse leggi⁸²,

riproponendosi, in sostanza, il tema giusnaturalistico proposto, all'inizio di tali riflessioni, da Massimo Cacciari. Soluzioni come il *green pass* o accorgimenti analoghi saranno probabilmente tecnicamente ineccepibili, ma non per questo giuridicamente legittime e non problematiche, poiché, come ha insegnato Nikolaj Berdjaev «l'uomo tecnico non è mai completamente un uomo libero»⁸³.

III – Conclusioni

La gestione della pandemia tramite strumenti che esondano dai limiti democratici e intrinsecamente giuridici, dunque, non può che dimostrare come la vocazione per lo Stato di diritto possa sempre essere messa in grave crisi dalla tentazione per lo Stato totalitario. Il superamento dello Stato di diritto, in favore dello Stato di emergenza prima, che si cristallizza nello Stato di eccezione e che tracima infine nello Stato totalitario, costituisce un concreto pendio scivoloso sempre possibile, poiché, come ha ricordato Claude Polin,

il totalitarismo può sorgere in ogni momento della storia dell'umanità, cioè colpire qualunque società umana [...]. La socializzazione integrale dell'individuo dalla quale prende l'avvio il totalitarismo, non è tanto la sua sottomissione alle autorità sociali e politiche, ma soprattutto la sua soggezione agli sguardi, ai giudizi, all'ostilità del vicino, il suo asservimento alle migliaia, ai milioni di sguardi tutti in grado di invidiare, accusare, denunciare, far condannare. Il potere totalitario è innanzitutto il potere di tutti su tutti, la tirannia totalitaria è innanzitutto la tirannia di tutti su tutti [...]. Il totalitarismo, in una parola, è, anziché l'amicizia, nella quale gli antichi individuavano il principio di ogni società, il trionfo dell'odio nel cuore di ognuno⁸⁴.

Occorre comprendere, quanto prima, nonostante la generale riluttanza, come accaduto altre volte nel corso del tempo più o meno recente, che proprio durante la pandemia la torre dello Stato di diritto ha cominciato ad oscillare e vacillare, e mentre in molti preferiscono continuare a dondolarsi sopra invece di puntellarla dal basso come fanno i pochi, sicuramente tutti si rischia di finire sepolti sotto le sue macerie, come ha sempre insegnato la storia qualora il laborioso spirito critico dei secondi sia stato piegato dalla gioiosa acquiescenza dei primi.

In conclusione, vengono alla mente le parole di Waldemar Gurian che ha osservato, con l'acume della sua intelligenza e soprattutto con il dettato della sua diretta esperienza, come

il totalitarismo si realizza proprio in quel regime che rifiuta di considerarsi tale [...]. Impiega tutti gli strumenti disponibili per mantenere ed estendere il suo potere illimitato e incontrollato. Questi mezzi sono particolarmente terrificanti ed efficienti nel nostro tempo grazie al progresso tecnico e alle invenzioni che permettono una rapida concentrazione e applicazione del potere, nonché la manipolazione o addirittura la creazione artificiale dell'opinione pubblica⁸⁵.

⁸¹ Eric Ehrenreich, *The nazi ancestral proof: genealogy, racial science, and the final solution*, Indiana University Press, Bloomington 2007.

⁸² Andrej Sacharov, *L'espansione del totalitarismo: uno dei principali pericoli del nostro tempo*, Messaggio alla III Sessione del Tribunale Sacharov, in "Rivista del Centro Studi Russia Cristiana", gennaio-febbraio, 1980, pp. 40-41.

⁸³ Nikolaj Berdjaev, *L'uomo e la tecnica*, Il Ramo, Rapallo 2005, p. 33.

⁸⁴ Claude Polin, *Il totalitarismo*, Armando Editore, Roma 1984, pp. 92-99.

⁸⁵ Waldemar Gurian, *Il totalitarismo come religione politica*, in *Società secolare e religioni politiche*, Historica, Roma 2017, pp. 177-178.