

HISTÓRIA DO DIREITO

L'ipotesi Tocqueville

Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico'.

The Tocqueville Hypothesis

Rereading Luigi Einaudi and Hans Kelsen at the time of the lockdown, or 'Democratic Despotism'.

A hipótese Tocqueville

Relendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen nos tempos do lockdown, ou do 'Despotismo Democrático'

Paolo Cappellini¹

¹ Professor na Università degli Studi di Firenze

RESUMO

O presente ensaio reflete, a partir do debate na Assembleia Constituinte italiana (1946-1948) e da análise acerca da declaração do estado de exceção realizada pela doutrina constitucional italiana do segundo novecentos, sobre o tema da limitação dos direitos constitucionais invioláveis na gestão governamental da crise covid-19. Partindo dessa questão expande o olhar para observar as origens sistêmicas dos procedimentos de tipo fundamentalmente administrativo postos em funcionamento. Recuperando uma declinação da democracia “sem liberdade”, preconizada por autores como Tocqueville e Einaudi, como possível resultado de uma democracia que perca a sua ligação com o rule of law, analisa-se o possível desenvolvimento de democracias de molde ocidental na direção de modelos de Security State, não mais fundados no combate ao terrorismo, mas no risco sanitário como horizonte absorvente.

Palavras-chave: Epidemia. Estado de Emergência e de Exceção. Biopoder, Estado de Direito e Estado de Segurança Sanitário.

ABSTRACT

This essay reflects, starting from the debate in the Italian Constituent Assembly (1946-1948) and from the analysis of the 20th century Italian constitutional doctrine on the state of exception, on the limitation of inviolable constitutional rights during the covid-19 crisis' governmental management. Based on this issue, the study expands to observe the systemic origins of the essentially administrative procedures put into operation. Recalling a declination of democracy 'without freedom', advocated by authors such as Tocqueville and Einaudi as a possible outcome of a democracy that loses its connection to the rule of law, it analyzes the possible development of Western style Democracies towards Security State models, no longer based on the fight against terrorism, but on sanitary risk as an absorbing horizon.

Keywords: Epidemics. State of Emergency and State of Exception. Biopower, Rule of Law and Sanitary Security State.

In questo anno tragico e luttuoso (doppiamente per chi scrive), anno di chiusure e azzezzamento dei rapporti degli uomini tra loro, faccia a faccia – e chi anche solo per sentito dire conosce l'importanza dell'incontro del 'Volto' per la fenomenologia di Levinas, capisce cosa si intende² –, verrebbe quasi naturale abbandonarsi all'apparente sconfortante attualità di riflessioni come quelle che troviamo in fondo al taccuino di appunti di Marguerite Yourcenar, preparatorio per le celebri *Memorie di Adriano*:

“I nostri rapporti con gli altri non hanno che una durata; quando si è ottenuta la soddisfazione, si è appresa la lezione, reso il servizio, compiuta l'opera, cessano; quel che ero capace di dire è stato detto; quello che potevo apprendere è stato appreso. Occupiamoci ora di altri lavori”³.

A questa saggezza di sapore hobbesiano – e, del resto, in filigrana, di virus e Leviatano dovrà essere il discorso⁴ – si può però opporre l'epilogo di un libro, certo tutt'altro che conciliante, viste le premesse, di un autore a noi temporalmente più vicino, anche se geograficamente un po' più distante, più 'nordico', eppure meno freddo:

“Le persone che ci stanno intorno, nel corso della vita sono innumerevoli. Molte le notiamo appena per dimenticarle subito dopo. Con altre un contatto visivo porta ad un qualche genere di coinvolgimento emotivo. E con alcune di loro parliamo. Poi ci sono la famiglia, gli amici, la gente che si frequenta. Tutte le persone care. Alcune si perdono di vista, l'affetto si intiepidisce, le delusioni portano all'interruzione dei rapporti, qualche volta gli amici diventano nemici.

Ma per la maggior parte sono solo persone con le quali ci si ritrova a vivere per pura coincidenza. Milioni di esseri umani che fanno una breve visita sulla Terra contemporaneamente a noi.....Non c'è niente che faccia paura in tutte queste persone che mi circondano e mi hanno circondato nel corso della vita. Scatenano in me una curiosità di scoprire chi erano in realtà. Quanti di loro avrei voluto conoscere! Come la donna nel duomo di Santo Stefano, i ballerini di tango a Buenos Aires o la ragazza che aveva ritrovato i suoi genitori nel punto di raccolta in Mozambico. E il boscaiolo e il commerciante da lui ucciso sessant'anni fa nel Norrland.

Tutti questi sconosciuti sono con me. Per brevi attimi hanno fatto parte della mia vita. Con tutti loro divido quella che è stata la mia esistenza. La nostra vera famiglia è infinita. Anche se neppure sappiamo chi abbiamo incontrato per un attimo di una brevità vertiginosa”⁵.

Capita a volte di trovare, leggendo, venirci incontro, descritta con lo stile, la precisione e capacità di penetrazione adeguate, una sensazione più volte oscuramente provata. Questo era uno di quei casi.

E, tra quelle persone, con le quali Hennig Mankell ci ricorda che anche “parliamo”, in questi mesi di isolamento, senza dubbio ce n'erano alcune, contemporanei per pochi anni e mai fisicamente incontrate, in cui abbiamo però potuto (anche qui per coincidenza; e certo traen-

2 Cfr. almeno Massimo Durante, *Il Diritto di Giudicare la Storia il Terzo e l'Imperdonabile*, in *Responsabilità di fronte alla storia. La filosofia di Emmanuel Levinas tra alterità e terzietà*, a cura di Massimo Durante, Genova, il Melangolo, 2008, 177-198, 195.

3 Marguerite Yourcenar, *Memorie di Adriano* (1951), Torino, Einaudi, 1984, p.301.

4 Aldo Maria Valli, *Virus e Leviatano*, Macerata, Lilberilibri, 2020.

5 Henning Mankell, *Sabbie mobili. L'arte di sopravvivere*, Venezia, Marsilio Editori, 2015, pp.319-320.

doli, talora un po' impolverati, dai nostri scaffali) dopo molto tempo imbatterci , 'dialogare', per interrogarle sul nostro passato: e quindi anche sul nostro presente.

La domanda, che le vicende della gestione politico-giuridica dell'epidemia covid-19 ri-proponevano con forza, era quella posta impietosamente già nel 2003 da Colin Crouch nel suo libro, non per caso intitolato *Postdemocrazia*⁶ .

E che risuona ancora , ancor più esplicitamente rafforzata dall'aggettivo prescelto, nel recente 'New York Times Bestseller' di Fareed Zakaria "*The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad*"⁷ .

La nostra democrazia è relativamente giovane, e per rispondere alla domanda, che sorge spontanea in chi , giurista e storico, abbia seppur cursoriamente riflettuto sul tema dello stato di emergenza o di eccezione⁸, se vi sia realmente un *telos*, una 'freccia del tempo ', che la spinga verso l'approdo della democrazia 'illiberale', è sembrato naturale rivolgersi dapprima ad uno dei nostri Padri Costituenti, intellettuale liberale di spicco (e contemporaneamente , nella sua qualità originaria di illustre economista ed esperto di sistemi fiscali e tributari, liberista :sostenendo, contro Benedetto Croce, la necessaria compresenza dei due aspetti nel liberalismo politico), europeista *ante litteram* (l'ipotesi degli 'Stati uniti d'Europa' gli si era affacciata alla mente già nel 1897) , oppositore del fascismo, componente dell'Assemblea Costituente e poi secondo Presidente della Repubblica Italiana, eletto il 10 maggio del 1948.

Ci stiamo riferendo, com'è ovvio, a Luigi Einaudi (1874-1961). Ma prima di riprendere , in un dialogo 'immaginario' con la prospettiva kelseniana, scaturita dalla riflessione degli anni '20 del Novecento "sulla democrazia in difficoltà", tra le Costituzioni di Weimar (1919) e la 'sua' Costituzione austriaca (1920)⁹, un testo forse troppo poco ricordato, per non dire dimenticato, di Einaudi, ci sembra necessario ripercorrere per un momento , a sommi tratti, la vicenda relativa allo stato di assedio o di emergenza che si snoda prendendo le mosse dall'Assemblea Costituente italiana, e diventando poi oggetto dello sforzo interpretativo di alcuni dei maggiori costituzionalisti dello scorso secolo.

La redazione del progetto di Costituzione , ovviamente, non procedette dalla sede più ampia della stessa Assemblea; fu allo scopo istituita una Commissione per la Costituzione, detta anche "Commissione dei 75 " dal numero dei componenti che , a sua volta, si suddivise in tre Sottocommissioni come organi tecnici, ed in altri organi interni, tra i quali di tutto rilievo il "Comitato di redazione", che in una certa fase tese a diventare "anche una sede di elaborazione di modifiche al *Progetto di Costituzione*, del quale pure era stato l'estensore ¹⁰.

6 Colin Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari. Laterza Editore, 2003.

7 Fareed Zakaria, *The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad*, *With a new afterword*, New York London, W.W.Norton & Company, 2007.

8 Paolo Cappellini, *Pensare l'eccezione*, in A. Smorti (a cura di), *L'eccezione e la regola . Opposizioni, convergenze, paradossi*, Firenze, S.E.I.D. Editori, 2014, pp. 237-254; Paolo Cappellini, A.Cardone, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I,Torino, Giappichelli, 2016, pp.399-411; Paolo Cappellini, *La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale'*, GLOSSAE, vol. 10, 2013 pp. 137-159; Paolo Cappellini, *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell' "Inverted Totalitarianism"*, in M.Meccarelli, P.Palchetti, C.Sotis, *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, Eum edizioni, 2011, pp. 41-101.

9 Hans Kelsen, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, a cura di M.A.Losano, Torino, Nino Aragno Editore, 2018.

10 Cfr.. Sergio Bova, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, a cura di E.Cheli, Bologna, Il Mulino, 1979, pp.305- 347. 340.

Quindi “per la maggior parte dei titoli e sezioni del testo costituzionale si aveva: a) una fase di raccolta degli elaborati precedenti; b) la predisposizione di un testo provvisorio (“ testo predisposto dal Comitato di redazione”); c) la raccolta e l’esame degli emendamenti, controdeduzioni, etc.; d) l’allestimento di un “testo coordinato dal Comitato di redazione”, cioè approvato dall’intero Comitato. Peraltro di alcune norme venivano rinviati sia il coordinamento che la collocazione. Parte di esse si ritroveranno poi al termine dei lavori del Comitato nel coordinamento generale cui la Commissione aveva delegato il Comitato il 1 febbraio 1947, altre non avranno invece seguito.

Tra queste ultime - un altro caso interessante che non possiamo riprendere in questa sede è quello della libertà intesa come fondamento di responsabilità - ricade proprio la norma che ci interessa, ovvero quella relativa allo stato d’assedio. Essa era stata proposta in un articolo specifico dal Comitato speciale della Seconda Sottocommissione poi ripreso, e approvato, seppure con il voto contrario proprio di Costantino Mortati¹¹, dalla Seconda Sottocommissione, (quest’ultima che vedeva relatori del calibro di Mortati, Perassi e Paolo Rossi per il potere legislativo; Bozzi, La Rocca e Tosato per il potere esecutivo; Calamandrei, Leone e Patricolo sul potere giudiziario e le gaurentigie costituzionali), ma il Comitato in un primo tempo aveva rinviato “il coordinamento e la collocazione” di tale articolo:

“art... E’ vietata la dichiarazione dello stato d’assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione”¹².

Assai verosimilmente questa posizione di radicale divieto poteva trovare la sua ispirazione - oltre che in una diffidenza che permarrà in molte ricostruzioni successive rispetto al riferimento alla necessità come fonte del diritto - nel richiamo alla prassi degli abusi anche gravissimi commessi, sempre in funzione antidemocratica, con gli stati d’assedio del periodo statutario, come ricordò ad esempio Togliatti in Prima Sottocommissione, su questo in pieno accordo con il liberale Lucifero e il democristiano Rossetti, ma forse soprattutto con il ricordo dell’esito infausto per la democrazia weimariana dell’uso del celebre art. 48 di quella Costituzione da parte del Presidente Hindenburg.¹³

Fatto sta che “l’articolo divenne l’art. 74 della prima bozza a stampa del *Testo approvato dalla Commissione*” (poi nella seconda bozza a motivo di spostamenti e numerazione art. 91, e nella terza art. 93) in questa versione leggermente diversa :

“art. 74. Non può essere dichiarato lo stato d’assedio o adottata ogni altra misura di sospensione delle garanzie regolate dalla Costituzione”.

Infine nella quarta, quasi misteriosamente, “fu eliminato senza alcun commento od osservazione”¹⁴.

11 Lorenza Carlassare, *Stati d’eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, p.

12 Sergio Bova, *L’elaborazione della Carta Costituzionale nel “Comitato di redazione”*, cit., p.329.

13[?] Carl Schmitt, *La Dittatura del Presidente del Reich secondo l’art.48 della Costituzione di Weimar (1924)*, in Carl Schmitt, *La Dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo, Roma, Edizione del Settimo Sigillo, 2006, pp.249 ss. Vedi anche Christoph Gusy, *Die Änderung der Weimarer Verfassung*, in *ZNR, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 18.Jahrgang 1996 Nr.1/ 2, pp.44-65; *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*. Hrsg. von Christoph Müller und Ilse Staff, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985; Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*. Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti, Milano, Giuffrè, 2019; Giovanni Bisogni, *Weimar e l’unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

14 Sergio Bova, *L’elaborazione della Carta Costituzionale nel “Comitato di redazione”*, cit., p.330.

Tuttavia, con una parabola simile a quanto accadde in relazione all'articolo che prevedeva espressamente il 'diritto di resistenza' (la 'resistenza all'oppressione' di rivoluzionaria memoria)¹⁵, anch'esso poi cancellato, ma reputato da alcuni ciò nonostante desumibile dal sistema¹⁶, la migliore dottrina costituzionalistica italiana di quel monito, scaturente da una Costituzione che si voleva per di più rigida, si fece implicitamente od esplicitamente carico, sia che negasse in via di principio la sussistenza dei poteri di eccezione o di emergenza, sia che, pur ammettendoli, tendesse a limitarli il più possibile, reintegrando il prima possibile l'ordine violato.

Ragioni dello Stato e ragioni della Persona, tensione fra l'idea di concentrazione del potere di decisione e quella di un suo necessario esercizio democratico, tra libertà e sicurezza, si confrontano su di un crinale sottile ed estremamente rischioso, soprattutto per la dimensione personalistica e garantistica¹⁷, cosicché non stupisce che, per esempio, Paolo Barile, caposcuola dei costituzionalisti fiorentini, allievo di Calamandrei, partigiano combattente e 'Partigiano della Costituzione'¹⁸, arrivasse, quasi a coronamento della sua riflessione sulle libertà fondamentali, "a ritenere inammissibili deroghe o sospensioni della Costituzione, se non mediante legge costituzionale"¹⁹.

Ma anche Giuseppe Ugo Rescigno aveva avuto modo di sottoporre a riesame la pretesa di trovare il fondamento di provvedimenti emergenziali sospensivi delle garanzie costituzionali nella necessità come fonte del diritto, "negando ad essa diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, sia che la si faccia derivare dall'obbligo per le autorità di soddisfare i bisogni pubblici loro commessi che la necessità rende attuale, sia che la si consideri quale fonte sulla produzione, agendo per sua intrinseca forza (ma che poi, appunto perché riferita ad eventi imprevedibili, condurrebbe alla violazione di se stessa)", arrivando sino al punto di sostenere "che nell'attuale costituzione rigida non sia possibile riconoscere un generale ed illimitato potere di deroga solo che la necessità lo richieda, dovendosi altrimenti giungere alla conclusione che non la costituzione ma la necessità sia la fonte suprema."²⁰.

Tesi che, non potendosi poi negare "la insopprimibilità di circostanze straordinarie cui non possa farsi fronte con misure legali", porta direttamente, appunto, sul terreno del diritto di

15 Cfr. *Classici del Liberalismo e del Socialismo. Le Carte dei Diritti*, a cura di F.Battaglia, Firenze, Sansoni Editore, 1934, pp.118-119 e 127-131 (*Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, 1789, art.2; *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo adottata dalla Convenzione Nazionale il 29 maggio 1793*, art.1 e art. 29: "In ogni governo libero, gli uomini devono avere un mezzo legale per resistere all'oppressione., e, quando questo mezzo è impotente, l'insurrezione è il più santo dei doveri")

16 Teresa Serra, *Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015*, a cura di Fulco Lanchester, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2017, pp.141-156, che ricorda come Mortati, pur consapevole del carattere suo 'carattere metagiuridico', avesse proposto in Costituente un famoso emendamento del seguente tenore: "E' diritto e dovere dei cittadini, singoli e associati, la resistenza che si rende necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte della pubblica autorità". Poi ripreso nel altrettanto celebre articolo 50 del Progetto di Costituzione, mai approvato, che stabiliva che "Quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino". Nel prosieguo della discussione (seduta del 5 dicembre del 1946) Mortati poi ritenne sufficiente il sistema di garanzie positive introdotto in Costituzione e volto a tutelare i diritti dei cittadini di fronte agli abusi dei supremi organi della Repubblica. Tuttavia negli anni Settanta, mutando avviso rispetto alla 'tenuta' di quelle garanzie positive, nel commentare l'art.1 della Costituzione Mortati ritenne "che il diritto di resistenza si sarebbe potuto desumere dalla lettura combinata degli artt.1 e 3, secondo comma, della Costituzione" (p. 145), intendendolo come un diritto a fini di conservazione della costituzione.

17 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., pp.479-480.

18 Cfr. Marco Cannone, *Paolo Barile: il giurista delle libertà*, in *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie, 3/2020 (anno XI, fascicolo 139), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, Marco Cannone, Enzo Cheli, Stefano Grassi, Valdo Spini, pp. 23-104.

19 Paolo Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulini, 1984, pp.450-451; cfr. Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., p. 480.

20 Cfr. Giuseppe Ugo Rescigno, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, 1969, 98 ss. cit. secondo Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata, Padova, Cedam, 1976, p.714.

resistenza, ovvero, di fronte all'ammissione "che deroghe al diritto scritto siano possibili, ma come eventi di fatto, esposti alla resistenza dei cittadini e alla non applicazione da parte dei giudici, e fonte di responsabilità a carico di chi le abbia effettuate, mentre una loro sanatoria si renderebbe possibile in virtù di un atto posteriore legittimo che, secondo diritto, sia autorizzato a legalizzare l'atto precedente illegale."²¹.

Lo stesso Paladin, allievo di Vezio Crisafulli, e quindi proveniente da una impostazione di pensiero costituzionale attenta ai profili democratici della riflessione giuridica²², nella prospettiva di assegnare al Parlamento un ruolo centrale nell'adozione di tali provvedimenti, dopo avere anche per parte sua negato la natura di fonte alla necessità, sostenne la tesi "che alle esigenze straordinarie si possa provvedere sulla base dell'art. 78, che dovrebbe considerarsi applicabile anche senza la dichiarazione di guerra ("Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari")²³: quindi, in via analogica (stato di emergenza esterno *versus* stato di emergenza interno), è il Parlamento che conferisce i poteri necessari al Governo mediante una (sua, non del governo) dichiarazione sullo stato di emergenza.

Un'altra acuta tesi, sempre proveniente dalle fila di coloro che sono portati a negare, per motivi logici o garantistici, il riferimento alla necessità, fu avanzata da un costituzionalista di particolare originalità, allievo di Santi Romano ed esponente di un positivismo 'critico' assai *sui generis*, Carlo Esposito²⁴.

Egli prendeva le mosse dal presupposto che "la necessità, nella sua indeterminatezza, non possa fungere da fonte di competenze giuridiche specifiche e determinate"; quindi, trovandosi di fronte "all'esigenza di rinvenire nel sistema uno strumento idoneo a giustificare gli interventi eccezionali che esigano un superamento dei limiti costituzionali", ritiene di poter partire allora dall'analisi testuale dell'art. 77, ovvero dalla norma costituzionale che prevede tra l'altro la possibilità di emanazione dei decreti-legge :

"art. 77 . - Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria."

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge , deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia si dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione.

Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti."

La tesi di Esposito è invero sottile : egli "desume, dal confronto fra il 1° comma dell'art. 77 (che fa riferimento agli atti normativi del governo i quali assumono «valore» di legge «ordinaria») e il 2° (che invece riguarda i provvedimenti con «forza» di legge) elementi sufficienti a far ritenere che con quest'ultima formula si sia inteso attribuire la forza della legge in gene-

21 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., pp.714-715.

22 Vezio Crisafulli. *Politica e Costituzione. Scritti "militanti" (1944-1955)*, a cura di Sergio Bartole e Roberto Bin, Milano , Franco Angeli, 2018.

23 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., p.716.

24 Cfr. almeno Carlo Esposito, *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954

rale, compresa quindi anche di quelle costituzionali. A questa soluzione non farebbe ostacolo il fatto che si affidi ad una legge ordinaria la conversione di provvedimenti di sospensione della costituzione, perché la legge di conversione è legge speciale, che si collega alla natura del provvedimento da convertire”.

Potrebbero allora darsi decreti-legge (ma solo essi da parte del Governo) sospensivi di norme costituzionali, ma anche qui il Parlamento dovrebbe giocare un ruolo centrale ed essere chiamato subito ad intervenire.

Tra l'altro, si potrebbe aggiungere, in parentesi, se ci fosse consentito un intervento integratore *ex post* della tesi, sulla base dell'analogia 'comparatistica' con l'art.19 del *Grundgesetz* tedesco (che per verità affida alla sola legge, o ad atti sul fondamento di una legge, "generale e non valevole solo per il singolo caso", la possibilità di limitare i diritti fondamentali), che tale atto del governo, tale decreto-legge dovesse concernere "il diritto fondamentale limitato sulla base dell'indicazione specifica dell'articolo della Costituzione in cui è contenuto" e, soprattutto, che "in nessun caso si possa toccare, intaccare un diritto fondamentale nel suo contenuto essenziale (*in seinem Wesengehalt*)" ²⁵.

Del resto è allo stesso Carlo Esposito – probabilmente ispiratosi alle vicende che videro Vittorio Emanuele III prima "con un vero e proprio *coup de Majesté* d'antico regime il 25 luglio del '43, e Umberto di Savoia poi come Luogotenente, agire per tentare di assicurare la continuità dello stato, sottraendo l'Italia dalla guida fascista della crisi bellica – che risale anche la teoria – di cui purtroppo in questo anno critico e tragico nessuno pare essersi ricordato – "del Capo dello Stato come reggitore dello Stato nei momenti di crisi sistemica": come – verrebbe anche fatto di dire – 'custode' della Costituzione²⁶

Secondo Esposito infatti "è in queste situazioni che il sovrano [oggi il Presidente della Repubblica] avrebbe dovuto assumere su di sé il ruolo di salvatore della patria per scongiurare la disgregazione dello Stato"²⁷.

Questo filone giunge, si potrebbe dire, fino alle odierne, non numerosissime peraltro, prese di posizione critiche rispetto agli strumenti invece prescelti in Italia dal governo per l'indizione dello stato d'emergenza a seguito dell'epidemia covid-19 e per la sua gestione²⁸.

Ma prima di accennare qualcosa su questo punto resta da esaminare una singolare ed importante proposta, sebbene isolata – qualche affinità in taluni passaggi con alcuni punti individuati da Rescigno ed Esposito per vero emerge, ma subito stornata verso una posizione assolutamente originale – ; quella di Costantino Mortati. Un Mortati 'sostanzialista', come ci verrebbe fatto di definirlo, che, al contrario degli autori precedentemente visti, era convinto del richiamo della necessità come 'fonte' e che sempre connotò le sue affermazioni dottrinali con una attenzione insistita e capillare ai profili sostanziali del diritto.

Come detto, in Costituente quando la Seconda Sottocommissione (I Sez.) nella seduta dell'11 gennaio 1947 provvide ad approvare l'articolo nella sua prima versione, contenente

²⁵ Cfr. Jarass/Pieroth, *GG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*.14.Auflage, München, C.H.Beck, 2016, art 19, p.480 ss.

²⁶ Carl Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di Antonio Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.

²⁷ Carlo Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p.224 e sul punto il bel saggio di Antonio Mastroianni, *2 Giugno 1946. Referendum o plebiscito?*, in *Costituzionalismo.it, Fascicolo n.2/2016- Saggi e articoli – Parte I*, pp.103-138, 117 e nota 10.

²⁸ Si veda ad esempio *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli, Macerata, eum, 2020.

un espresso divieto di dichiarazione di stato d'assedio e di sospensione delle garanzie costituzionali – restando aperta poi solo, come precisò in quella stessa sede il Presidente Terracini, la questione della collocazione – , Mortati, che era invece favorevole ad una regolamentazione espressa, proprio a scopo limitativo e garantistico di un potere il cui uso in circostanze eccezionali gli sembrava non potersi escludere, e la cui disciplina avrebbe dovuto autorizzarlo “in quei limiti e con quelle garanzie che pur avendo un valore relativo, costituiscono sempre una remora ad un eventuale abuso”, votò contro, palesando la sua “assoluta contrarietà... all'introduzione in Costituzione di un espresso divieto”²⁹. Divieto (che poi si tramutò in silenzio, che potremmo a giusto titolo comunque definire ‘ostile’) che poiché, come nota con acuta partecipazione Lorenza Carlassare, “nella coscienza comune era troppo vivo il senso del pericolo implicito nell'attribuzione ad organi dello Stato del potere di sospendere la Costituzione e le sue garanzie.”³⁰.

Mortati tentò allora, facendo emergere la sua radicata motivazione democratico-garantistica, seppur in contro tendenza rispetto agli altri; di trovare un'ulteriore argine, ovvero propose, a quel punto, vista l'approvazione profilatasi, un emendamento aggiuntivo che prevedesse almeno una eccezione a quel divieto nel “caso di movimenti insurrezionali diretti a stabilire la dittatura”: anche questa sua proposta però non fu accolta.³¹.

Mortati, che era favorevole ad una regolazione espressa in Costituzione dello stato d'emergenza, proprio perché consapevole che i fatti non possono mai essere del tutto imbrigliati nelle norme, e che quindi non ci fossero vie definitive atte “ad eliminare l'esigenza di invocare la necessità come fonte (*autonoma*), perché non sono mai interamente prevedibili i casi e i modi del suo verificarsi”³², continuò per tutta la vita a confrontarsi ed interrogarsi sul tema, in vista di una scelta – che tale doveva essere, visto il silenzio finale della Costituzione – , ma di una scelta la più rispettosa possibile dei principi di fondo dell'ordinamento costituzionale.

E certamente non scelse una via pervia o facile – come quella che sembra, come diremo fra breve, acquietare molta dottrina odierna, avvinta ad una *lectio facilior* dell'art.77, ben lontana anche dal tentativo di ricostruzione di Esposito – soprattutto perché, anche questa volta solitario e sconfitto, Mortati in Costituente fu un fiero avversario (per una sorta di armonia nascosta) dell'introduzione in Costituzione di una regolamentazione espressa dei decreti-legge.

Una contrarietà legata al fatto che, salvo rari casi attestabili nella storia parlamentare, essi sono solo “un pretesto che il Governo – e per esso la burocrazia – usa per decretare a sua volontà”; un abuso continuato contro cui bisognerebbe reagire “vietando al Governo l'emissione autonoma di qualsiasi provvedimento di urgenza”, tanto più che tali decreti ‘urgenti’ sono quasi sempre “gabellati per tali dai direttori generali che li improvvisano all'ultimo momento, concorrendo a formare quella legislazione tumultuaria, caotica e contraddittoria di cui tutti i cittadini sono vittime”. Non solo è pericolosa per il principio democratico la tentazione che ingenerano nel Governo di abusarne, ma anche e soprattutto perché essi creano un contesto che “eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza”, e quindi portano “inevitabilmente all'invadenza dell'esecutivo”, ovvero alla “invadenza

29 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati, cit.*, p. 481, con opportuno riferimento anche all'articolo di B. Cerchi, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, pp. 1108 ss.

30 Lorenza Carlassare, *ibidem*.

31 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, loc. ult. cit.

32 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, Cedam, 1962, p.654.

della burocrazia nella formazione della legge” . Anche l’argomentazione portata da Mortati sulla modalità stessa dell’eliminazione riveste un’importanza significativa , che va forse al di là del caso specifico (ed è utilizzabile in prospettiva, specie nella prospettiva della sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti); per essa sarebbe sufficiente il silenzio, poiché in una Costituzione rigida, che applica il principio della separazione dei poteri, “non c’è dubbio che il silenzio significa divieto”³³.

Non è questa la sede per sottolineare come i rilievi mortatiani in tema di decreto-legge fossero pertinenti e siano stati confermati dalla prassi successiva: quello che importa invece rimarcare, in vista dell’esatto intendimento della posizione che Mortati assume in tema di stato di emergenza, è che in nessun caso essa può essere letta puramente e semplicemente come una invocazione dello strumento decreto-legge, così come poi regolato nell’art. 77 della Costituzione.

Infatti , in una riflessione articolata , ma sostanzialmente coerente, che si snoda lungo tutto il percorso delle varie edizioni del suo manuale di Istituzioni di diritto pubblico, Mortati mette in luce i punti seguenti:

a) Non potersi ricorrere, con riferimento allo ‘stato d’assedio’, allo ‘stato di emergenza’ o “stato di pericolo pubblico” (guerra civile od altre evenienze di pericolo generale interno, secondo la dizione dell’art.214 della legge p.s. del 18 giugno 1931, n. 773 ovviamente previgente alla costituzione) all’art. 78 della Costituzione riguardante lo stato di guerra, perché “ si verrebbe per tale via a costituzionalizzare l’ipotesi straordinaria delle sospensioni di parti più o meno ampie dell’ordine costituzionale, attraverso uno strumento del tutto anomalo quale risulta essere quello della interpretazione estensiva di una norma eccezionale e per di più specificatamente indirizzata a consentire l’esercizio del potere presidenziale di cui a 9° comma dell’art.87”³⁴.

b) Che in merito a “restrizioni eccezionali della libertà dei cittadini”, ‘ora’, cioè sotto la vigenza della nuova costituzione democratica, “provvedimenti del genere, nel caso di turbamento dell’ordine pubblico, potrebbero ora essere presi dal governo solo con la forma e con le modalità del decreto legge. Ammettere con questa portata il ricorso al decreto legge, che ha forza di legge ordinaria, per derogare a norme di carattere costituzionale, solleva il problema della fonte di validità di tale tipo di ordinanza di urgenza, essendo chiaro che essa non possa ritrovarsi nell’art.77.”

c) L’organo ordinario competente in ultima istanza sarebbe allora solo l’organo di revisione costituzionale (ex art.138 Cost.), “Infatti solo l’organo di revisione costituzionale dovrebbe ritenersi idoneo ad operare la conversione di disposizioni che , sia pure in via transitoria, abbiano operato una modifica della costituzione”.

d) Tuttavia questo percorso non può essere seguito nelle sua ‘purezza formale’ per ragioni pratiche legate alla tempestività degli interventi, anche del Parlamento: “ Ma la procedura di revisione è tale da richiedere per il suo svolgimento un tempo di gran lunga maggiore di quello imposto per la conversione dall’art.77.”

e) A questo punto entra in gioco la necessità, che consente la sostituzione di un organo ‘straordinario’ a quello ordinario. “Deve pertanto ritenersi che le “sospensioni della costituzione”

33 Si tratta degli interventi in Seconda Sottocommissione (I Sez.) del 21 settembre del 1946 opportunamente richiamati da Lorenza Carlassarre , *Stati d’eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., p. 484.

34 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p. 713.

di cui si parla trovino la loro giustificazione giuridica nella necessità, operante quale fonte, nel senso di consentire la sostituzione di un organo straordinario (il governo) a quello ordinario (l'organo di revisione), quando quest'ultimo non possa tempestivamente intervenire per provvedere a esigenze connesse alla vita dell'istituzione e come tali improrogabili³⁵.

Se queste sono le premesse del discorso, è chiaro che esso si muove tra due fuochi: da un lato il richiamo dirimente alla necessità come fonte, che rende palese come le 'sospensioni della costituzione' non possano *tout court* farsi risalire ad interpretazioni (letterali, estensive, integrative) del testo costituzionale richiamato, nella fattispecie, in un articolo specifico, ovvero il 77: resta quindi chiaramente non presa in nessuna considerazione l'ipotesi, pur poi sostenuta in dottrina³⁶, che, "malgrado il silenzio" costituzionale, il decreto-legge "sia in grado appunto, quando la necessità lo esiga, di sospendere la Costituzione"³⁷.

L'altro fuoco è relativo alla riflessione sul ruolo del governo.

Tale riflessione lo mette certo al centro, ma intanto senza mai 'staccarlo' da quello del Parlamento e dello stesso Presidente della Repubblica, ed inoltre con la finalità di circoscriverne i poteri a ben precise linee di condotta.

Insomma Mortati una volta scartata dall'Assemblea Costituente la sua proposta di regolamentazione esplicita dello stato di eccezione ("in quei limiti e con quelle garanzie che pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso")³⁸ – e che inoltre, come accennato, in assenza (da lui auspicata) di regolamentazione diretta dei decreti-legge, aveva aggiunto che, laddove, in *casi eccezionalissimi*, si rendesse impossibile una rapida convocazione del Parlamento, "non sarà grave né pericoloso lasciare che il Governo emani... i provvedimenti necessari, i quali verrebbero ad assumere una efficacia di fatto"; i quali peraltro, trattandosi allora di "violazioni della Costituzione", necessiterebbero di un intervento delle Camere finalizzato alla concessione di un 'bill di indennità', per sanare la responsabilità assunta dal Governo³⁹; insomma, dicevamo, Mortati provvede *ex post* ad individuare le linee di un nuovo istituto giuridico.

"in ogni caso rimane aperto il problema" della sussistenza dei poteri e del loro modo di esercizio allorquando le circostanze fossero tali da precludere il ricorso alla procedura richiamata: problema che non può altrimenti risolversi se non risalendo a una fonte di legittimazione *extra ordinem* qual è la 'necessità', operante di per sé e validamente operante nel sistema in quanto indirizzata al fine di assicurarne la conservazione. Rimane però da chiedere a chi compete valutare la sussistenza della situazione di emergenza e provvedere a dichiararla abilitando ai provvedimenti consequenziali. Che esso, finché possibile, debba essere il governo si deduce, oltre che dal carattere non intermittente della sua attività, dalla responsabilità che su esso grava del mantenimento delle condizioni necessarie al vivere comune ed alla loro reintegrazione quando esse risultano compromesse".

La forma di esercizio dei poteri connessi deve tuttavia scegliersi avendo chiaro davanti agli occhi l'obbiettivo; non di 'normalizzare' progressivamente lo stato di eccezione sino a farne uno strumento permanente di governo, ma, tutt'al contrario, di 'neutralizzare' l'eccezione

35 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Ottava Edizione rielaborata e aggiornata*, Padova, Cedam, 1969, pp.639-640.

36 Alessandro Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp.143 ss.

37 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., p. 485.

38 Dichiarazione resa nella seduta dell' 11 gennaio 1947 sempre in Seconda Sottocommissione.

39 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., p. 484.

alla luce di una sua gestione il più possibile vicina all'ordine costituzionale, questo sì 'normale': " Sorge pure il problema della forma di esercizio di tali poteri ed esso deve risolversi *nel senso di riconnettere* (fino a quando sia realizzabile) *la situazione eccezionale all'ordine costituito, nel senso non solo di discostarsene il meno possibile, ma di avviare alla sua reintegrazione*. Ora, sembra che lo strumento più idoneo a tali fini, sia il decreto-legge, *piuttosto che il decreto puro e semplice (emesso dal consiglio dei ministri e non mai dal ministro dell'interno, come invece consentiva il cit. art. 214)*, poiché, se tutti e due associano nella deliberazione degli stati di emergenza la responsabilità del governo a quella del capo dello stato che la rende operante, *il primo, deferendo al parlamento il giudizio su quanto il governo ha operato in stato di necessità, giova meglio alla ricostituzione dell'ordine costituzionale.*"

Discostarsi dall'ordine costituito il meno possibile e avviare quanto prima alla sua reintegrazione; queste due parole d'ordine richiamano però una procedura altresì adeguata all'importanza delle 'violazioni costituzionali' (che seppur temporanei valgono per quella fase come 'modifiche' della costituzione): l'uso non già del decreto-legge ex art.77, che, ricordiamolo, ha rango di legge ordinaria e quindi non potrebbe sospendere la Costituzione e i diritti di libertà in essa previsti, ma di un atto diverso.

Un atto avente la *forma* di decreto-legge ma un significato ed un percorso del tutto suo proprio: " E' chiaro tuttavia che il ricorso alla *forma* del decreto legge *avrebbe nella specie funzione ed effetti diversi da quelli ad essa propri, perché servirebbe ad investire subito il parlamento dell'esame della sussistenza di dette esigenze, ma non già allo scopo di convertire in legge il decreto (per il che difetterebbe di competenza), e tanto meno di prolungarne l'efficacia, bensì solo quello di consentire un giudizio politico sull'opportunità del provvedimento (da ritenere "illegale" ma "non anti-giuridico", perché legittimato da una fonte che prevale sulla legge), nonché di far valere, in caso di valutazione negativa, le responsabilità correlative, o, nel caso contrario, emanare una pronuncia di discarico, sul tipo del bill d'indennità. Il non fare ricorso alla forma della legge giova a mettere in rilievo l'estraneità del procedimento rispetto a quello dell'art.77. Una legge potrebbe essere emessa, ma solo per regolare gli effetti del provvedimento nella parte che sarebbe stata consentita al legislatore ordinario.*"⁴⁰

La 'via stretta' dell'itinerario mortatiano, nel quale al realismo di fondo si accompagna però, come si sarà potuto notare, uno sforzo di costruzione dogmatico-formale tutt'altro che indulgente verso la responsabilità civile del giurista, si conclude tuttavia, utilizzando con originalità ed esplicitamente la distinzione/opposizione schmittiana tra legalità e legittimità, con una nota di quella che vorremmo chiamare una fiducia 'rassegnata' nella reale capacità della forma giuridica di ergersi ad argine rispetto agli abusi del potere, ma nella convinzione che allora spetti al popolo sovrano, nelle varie modalità pensabili, il compito di conservare l'ordine costituzionale democratico.

Infatti "a conclusione delle precedenti considerazioni si può affermare che il problema delle deroghe alla costituzione fuori dei casi in cui questa le consente si risolve distinguendo fra "legalità", intesa come stretta osservanza della legge scritta, e "legittimità", in corrispondenza alle esigenze da essa non previste, ma tuttavia così essenziali che ne condizionano la sopravvivenza. *Con più forte ragione che per i decreti-legge, occorre: accertare l'effettiva sussistenza della necessità urgente di provvedere contra constitutionem, l'adeguatezza ad essa delle misure*

⁴⁰ Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, pp. 713-714, corsivi nostri.

adottate; far valere o esonerare da responsabilità, *ma ciò non attraverso una procedura di conversione in legge ma con giudizi di congruità da parte delle due camere.*"⁴¹

Come accennato, però, Mortati è consapevole che la diversa costruzione dogmatica non basta da sola a vincere 'la tirannia della maggioranza', ovvero la saldatura ipotizzabile tra maggioranza di governo ed equivalente maggioranza parlamentare⁴²: "E' superfluo poi osservare che *la diversità del procedimento di sanatoria non vale a preservare dal pericolo di arbitrio in occasione delle sospensioni effettuate di norme costituzionali, dato che rimane affidata sempre alla maggioranza su cui poggia il governo che ne è stato autore concedere la sanatoria stessa. Solo la resistenza dell'opposizione in seno al parlamento e quella popolare al di fuori possono farvi fronte anche dando vita a mutamenti dello schieramento delle forze politiche per giungere a contestare la sanatoria ed altresì a promuovere l'eventuale procedimento d'accusa.*"⁴³.

E' superfluo altresì osservare – anche per una singolare recente trascuranza della propria storia che sembra 'in(af)fettare' un settore, quale quello costituzionalistico, che di storia vive⁴⁴ – che le pagine di Mortati (per tacere di quelle di un Barile) non sembrano, di nuovo (quasi un destino), aver giocato alcun ruolo nelle attuale fase dell'emergenza e della sua valutazione in ordine alla costituzionalità dei provvedimenti adottati per il contenimento; come li definisce un importante manuale istituzionale, collocandoli molto significativamente al termine del capitolo dedicato ai diritti di libertà: "L'eccezionale e provvisoria disciplina derivante dal contrasto alla pandemia Covid-19"⁴⁵.

Certamente l'itinerario scelto dal Governo italiano è stato fin dal principio tutt'altro. E altrettanto certamente la percezione della gravità della crisi – e il "serrare le fila" implicito nei messaggi della lotta comune all'emergenza – hanno favorito una certa indulgenza costituzionale (e costituzionalistica) nei confronti delle criticità emerse, specialmente ravvisate nella scelta del modello della 'catena normativa'.

E' vero che voci più che autorevoli si sono levate, dando la sensazione tuttavia di restare piuttosto isolate, e comunque inascoltate nelle sedi effettivamente 'competenti'. Così ad esempio

41 Ibidem, p.715, corsivi nostri.

42 Assai precocemente anche un liberale di vaglia come Nicola Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*(1961). *Introduzione di Carlo Galli*, Brescia, Morcelliana, 2010, notava come il principio della separazione dei poteri, nella sua forma classica, dovesse ritenersi ormai inadeguato a descrivere la realtà costituzionale delle democrazie post-belliche di massa: "Il principio della divisione dei poteri, nella versione di Montesquieu come in quella del Kant, sembra così assai poco aderente alla realtà dei nostri sistemi parlamentari; ed era certo più adeguato ad un sistema sociale in cui si davano due, o tre, poteri sociali, quello del Re, quello della nobiltà e quello del popolo, non al nostro, basato sul governo della maggioranza. Inoltre il governo della maggioranza può tollerare complesse procedure, quali il sistema bicamerale e le prerogative del Capo dello Stato; ma queste procedure non costituiscono né un limite, né una divisione del suo potere. Infatti il partito che avrà la maggioranza nelle elezioni, avrà anche la maggioranza in entrambe le Camere e, con tutta probabilità, il capo dello Stato uscirà dalle sue file. *Insomma c'è un solo potere, il potere politico della maggioranza che governa.*" (p.34). Da qui poi l'importanza di rivalutare pienamente, con Charles Howard MacIlwain, il principio fondamentale del costituzionalismo – nascente nel Medioevo, ma, appunto decisivo anche per il carattere (ancora necessariamente)liberale delle nostre democrazie – ovvero la limitazione del potere mediante il diritto, "la supremazia della legge" in quel senso intesa (*rule of law*). Sul tema vedi anche le belkle pagine di Antonio D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale. Quarta edizione*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, cap.III *La Liberal-Democrazia*, pp. 47-75. Per l'esperienza brasiliana cfr:Eneida Desiree Salgano, *Constituição e Democracia. Tijolo por tijolo em um desehno (quase)lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*, Belo Horizonte, Ef Editora Fórum, 2007.

43 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p. 714, nota 1 corsivi nostri. Cfr. ancora Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., pp. 486-490.

44 Una significativa ricostruzione della vicenda storica a partire dalla Costituente offre invece Andrea Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale 2020*, pp.313-350. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it> pur permanendo in questo testo, volto a criticare, sulla base di un radicale rifiuto del richiamo alla necessità come fonte, da un lato i tentativi di riproporre una regolazione esplicita dell'emergenza in costituzione, e, dall'altro, la via prescelta DL-DPCM, invece che l'utilizzazione delle ordinanze contingibili e urgenti, così come configurate nel Codice della protezione civile, la sottovalutazione della portata quantomeno euristica della posizione di un Mortati (o di quella di Barile).

45 Paolo Caretti, Ugo De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico. Quarta edizione*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp.580-581.

il 28 aprile di quest'anno, però nel rendiconto su *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, l'allora Presidente della Consulta, Marta Cartabia, dando prova di una memoria storica almeno più affinata di molti suoi Colleghi, faceva rilevare che "La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art.116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvenivano clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali, né di previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri"⁴⁶.

E di alterazione nell'assetto dei poteri parla anche Sabino Cassese, tra i più profondi conoscitori del diritto amministrativo – e si avrà modo di tornare sul carattere amministrativo dei DPCM, determinante forse nella loro scelta come strumento principe –, a sua volta Giudice costituzionale emerito, quando sottolinea che "Bastava, invece di abusare dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri, ricorrere, almeno per quelli più importanti, a decreti presidenziali... abbiamo, quindi, assistito... a una sottrazione di un potere che sarebbe stato ben più autorevole, se esercitato con atti presidenziali. E' forse eccessivo parlare di usurpazione dei poteri, ma ci si è avvicinati"⁴⁷

Ma nella maggior parte dei casi si è ritenuto "che le indubitabili tensioni a carico dell'impianto costituzionale non ne abbiano arrecato una lesione grave"⁴⁸, oppure ancora (pur se in apparenza costruendo una singolare gerarchia fra diritti inviolabili che privilegia quelli di stampo 'civico', ma su questo torneremo in conclusione), pur se si rilevi preliminarmente come si sia proceduto "anche con qualche errore" nei decreti-legge 'quadro' rispetto ai DPCM della Presidenza del Consiglio, che ci si sia trovati tutto sommato in presenza "di una disciplina non solo mutevole, a seconda dell'andamento della pandemia, ma temporanea e *che comunque non ha riguardato le libertà politiche, la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà personale, strettamente intesa*"⁴⁹. Sembra, in altre parole, che si sia verificata una deroga temporanea e parziale del dettato costituzionale, ma solo allo scopo di contenere un pericoloso evento straordinario; la sua legittimità sembra pertanto affidata ad una valutazione sulla sua ragionevole proporzionalità rispetto all'emergenza che si è verificata"⁵⁰.

46 Marta Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019. Sintesi*, 28 aprile 2020, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf, p.17

47 ? Paolo Armaroli, *Cassese: "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi"*, in *il Dubbio*, 14 aprile 2020, <www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi/>

48 Così per esempio Giovanni Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, in *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, cit., p. 31.

49 La formula 'sollevio, visto che almeno... (non ha toccato questi diritti)' sembrerebbe introdurre una variante inopinata anche nell'ambito della discussione sul tema dei limiti alla revisione (e sospensione) costituzionale; un tema che ovviamente non possiamo qui che solo accennare: cfr. Alessandro Pace, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015*, cit., pp. 47-53.

50 Così Paolo Caretti, Ugo De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico. Quarta edizione*, cit., pp.580-581.

A conclusioni ancora più positive giunge Massimo Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2, 2020, ma sulla base di una diversa valutazione (non solo rispetto ai Colleghi, ma diremmo anche rispetto alla procedura dichiarata dallo stesso Governo), sostenendo che i DPCM del Presidente del Consiglio dei Ministri trovino la loro fonte, oltre che nei decreti legge, nel Codice della protezione civile, che invece, secondo la ricostruzione di Caretti De Siervo (loc.ult.cit.), non è stato preso in considerazione (e non lo poteva) per la natura stessa della sua disciplina. "La stessa previsione nella legislazione sulla protezione civile di situazioni emergenziali (si prevede la possibilità di "ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente") appare riferita a vicende di minore entità e *comunque coinvolge solo organi, pur importanti e titolari di rilevanti poteri di ordinanza, privi di piena rappresentatività politica, e quindi inadeguati ad imporre comportamenti vincolanti l'intera collettività nazionale*, come invece indispensabile per gravi situazioni pandemiche." Di diverso avviso Andrea Cardone, nel testo cit sub nota 43.

Naturalmente talora, anche con acribia, si elencano i temi e momenti di frizione, come ad esempio sinteticamente sottolinea Di Cosimo: “Ciò non vuol dire che dal punto di vista costituzionale sia andato tutto liscio. Al contrario sono emerse rilevanti criticità per effetto dell'impostazione prescelta dal primo decreto legge del 23 febbraio 2020 che rinvia ad un altro strumento, il decreto del Presidente del Consiglio (dPCM). In questo modo il Governo mette in campo una catena normativa che lega il decreto legge al dPCM: il primo ha il compito di enunciare le misure di contenimento dell'epidemia, il secondo di applicarle in concreto.

Il modello della catena normativa deroga senza un chiaro motivo al preesistente modello per la gestione delle emergenze delineato dal codice per la protezione civile.⁵¹ A parte ciò, l'aspetto più controverso di questa impostazione è che consente ad atti amministrativi, quali sono i dPCM, di limitare le libertà e i diritti. Vero è che la base legale di tali atti è costituita dal decreto legge, ossia da una fonte primaria. Ma ciò non basta a dissipare tutti i dubbi di legittimità ogni qual volta occorra rispettare riserve di legge previste dal testo costituzionale. Il problema nasce in particolare quando il decreto legge non circoscrive adeguatamente l'ambito di azione del dPCM, come nell'esempio dell'art. 2 del d.l.6/2020 che attribuisce potere all'atto amministrativo senza delimitarlo né formalmente né sostanzialmente⁵².

Sicché avremmo assistito – nonostante quanto sembrasse evidente *olim* ('un tempo') anche in relazione alle ordinanze, per le quali era ovvio che la “riaffermazione del carattere amministrativo attribuito al provvedimento... dovrebbe escludere ogni possibilità di limitazione delle libertà personali, esulando tali limitazioni dalla competenza amministrativa”⁵³ – all'emersione di un atto amministrativo, il DPCM, capace di sospendere (o di derogare al) le garanzie costituzionali in materia di diritti inviolabili.

Né convincente pare la tesi (quasi di sapore hobbesiano) che ciò venga legittimamente fatto in nome del diritto alla salute, che è l'unico diritto letteralmente definito 'fondamentale' nella costituzione, in quanto collegato al diritto alla vita, e quindi non bilanciabile, mentre tutti gli altri diritti costituzionali, pur inviolabili sarebbero bilanciabili tra loro; infatti anche il diritto alla vita viene innegabilmente bilanciato: basti pensare alla normativa sulla interruzione volontaria della gravidanza oppure, per tornare a noi, al caso di guerra.

In realtà tocchiamo qui una premessa tacita – per vero accettata forse non tanto inopinatamente da gran parte dell'opinione pubblica, che sembra appunto inconsciamente ricordare la premessa hobbesiana della paura della morte come sentimento dominante nello stato di natura che spinge alla costruzione dello stato moderno sovrano (ma, appunto, leviatamico) come unica istanza capace di assicurare una convivenza diffidente 'di sopravvivenza'⁵⁴ – che sta alla base di tutto il discorso: ovvero che tra libertà e sicurezza (salute) sia la seconda a dover prevalere.

Di conseguenza anche la dislocazione dei poteri – seppure assecondando una dinamica che era evidentemente emersa già in precedenza all'interno delle democrazie, occidentali e non,

51 Ma vedi quanto rilevato da Caretti De Siervo, citato nella nota precedente.

52 Giovanni Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, cit., pp.31-32.

53 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p.719. *Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p.719

54 Thomas Hobbes, *Leviatano. Saggio introduttivo di Carlo Galli*, Milano, BUR Rizzoli, 2011, cap.XIII, *Della condizione naturale dell'umanità per quanto concerne la sua felicità e la sua miseria*, pp.127 ss. Ma varrebbe ricordare anche la parabola del Grande Inquisitore di Dostoevskij. Vedi comunque il bel saggio di Carlo Ginzburg, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Milano, Adelphi, 2015 e cfr. anche il nostro *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'“Inverted Totalitarianism”*, cit. supra sub nota 7.

come vedremo meglio⁵⁵, e come acuti osservatori avevano visto fin dal principio⁵⁶ – cambia e non di poco, almeno rispetto ai modelli comunemente accreditati. “Queste considerazioni concorrono a spiegare il ruolo assunto nella gestione dell’emergenza dal Presidente del Consiglio che, proprio grazie al ricorso sistematico e reiterato ai dPCM, ha finito con l’egemonizzare la scena. Il suo attivismo ha segnato la netta prevalenza rispetto alle altre componenti del Governo e, quel che più conta, ha messo in ombra le Camere, *dato che i dPCM sono atti che non passano al controllo parlamentare*. E così il Parlamento ha detto una parola sulle misure limitative soltanto il 5 marzo [la dichiarazione dello stato di emergenza rimontava al 31 gennaio], al momento della conversione del primo decreto legge, andando sostanzialmente a rimorchio dell’Esecutivo.

Un tentativo di recuperare almeno in parte un ruolo parlamentare coincide con un emendamento sulla parlamentarizzazione dei dPCM, approvato in sede di conversione del secondo dPCM. La disposizione prevede la previa illustrazione dei contenuti del provvedimento “al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi” delle Camere. *Ma l’efficacia del meccanismo è tutta da dimostrare, dal momento che la sua attivazione è rimessa alla volontà del Governo che “per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare” può riferire a cose fatte*⁵⁷.

Concludendo questa rapida disamina sul piano formale e della ‘catena normativa’ – e non acquietandosi alla considerazione, peraltro un po’ troppo irenica, che “questi aspetti problematici caratterizzano la prima fase dell’emergenza”, ma che invece, a partire dal secondo decreto legge del 25 marzo le cose sarebbero cambiate, rientrando nella legalità costituzionale, dato che esso “opportunitamente fissa quel limite temporale di trenta giorni di cui dicevo, e contiene un’elencazione più precisa e puntuale delle misure di contenimento dell’epidemia, riducendo quindi i margini di manovra del dPCM”⁵⁸: senza tuttavia, aggiungiamo noi, eliminare la criticità di fondo della mancanza di indicazione di termini finali differenziati nelle singole misure di sospensione dei diritti e delle libertà costituzionali (come invece dovrebbe avvenire per le ordinanze urgenti)⁵⁹ – si potrebbe dire, in modo non troppo paradossale, che anche la nostra Costituzione ha subito uno o più *lockdown*.

Bisogna allora domandarsi quale sia, o quale potrebbe essere, il compito del giurista in quanto pratici, weberianamente, “il lavoro intellettuale come professione”.

Una prima risposta, proprio con riferimento al tema della necessità come fonte (o meglio de *Le fonti e le situazioni di necessità*) ce la danno Paolo Caretti e Ugo De Siervo nel loro manuale: “...casi del genere non possono, per definizione, essere disciplinati e, ove si manifestino, *dal punto di vista dell’analisi giuridica, si tratterà semplicemente di verificare, sulla base delle vicende reali intervenute e delle reazioni successivamente prodottesi, se l’ordinamento è stato in grado di superarli o se ne è stato modificato o addirittura travolto*”⁶⁰.

55 Richiamiamo qui le osservazioni di Nicola Matteucci, cit supra in nota 41.

56 Cfr. Norbero Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2014; Massimo L. Salvadori, *Democrazia. Storia di un’idea tra mito e realtà*, Milano, Feltrinelli, 2020, soprattutto il cap.x. *L’avvento della democrazia negli Stati Uniti e Tocqueville*, pp.173 ss.; Salvo Mastellone, *Storia della democrazia in Europa. Da Montesquieu a Kelsen*, Torino, UTET, 1986.

57 Giovanni Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l’emergenza*, cit., p. 32; corsivi nostri.

58 Così ancora Giovanni Di Cosimo, loc.ult.cit.

59 [?] Ettore Bruno, *D.p.c.m. e limitazioni della libertà personale e di circolazione: presidi a tutela della salute pubblica o misure abnormi che indeboliscono la democrazia?* p.6 in <https://www.diritto.it/d-p-c-m-e-limitazioni-della-liberta-personale-e-di-circolazione-oresidi-a-tutela-della-salute-pubblica-o-misure-abnormi-che-indeboliscono-la-democrazia/>

60 Paolo Caretti, Ugo De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico. Quarta edizione*, cit., p.608.

Sul piano del costituzionalismo ‘positivo’ questa verifica *ex post* andrà senz’altro svolta; forse è presto per anticiparla, anche se l’ipotesi intermedia può allo stato sembrarci plausibile.

Tuttavia il giurista come intellettuale è forse chiamato (dato che ha il compito, nel suo piccolo, anche di indicare vie e soluzioni percorribili, e non solo di prendere atto dell’esistente) ad interrogarsi, usando – contro un noto motto di Windscheid – della filosofia, della storia, della politica e di categorie che può trarre dal confronto interdisciplinare, per cercare anzitutto di comprendere il senso di quanto accade attorno a lui. Premessa indispensabile, questa, per una azione che si voglia ponderata e magari, come un tempo ancora si poteva ritenere, conservatrice di ciò che va conservato e, quindi, riformatrice dell’ordinamento.

A questo proposito – e così torniamo alla motivazione ideale iniziale di quanto cerchiamo di esprimere – ci sembrano ancora molto suggestive ed ispiratrici le parole che Luigi Einaudi, finito il settennato, ebbe a pronunciare il 22 maggio del 1956 in occasione della laurea honoris causa conferitagli dall’ Università di Basilea e che reca il significativo titolo “*Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*”.⁶¹

Il testo del discorso – letto proprio nella terra svizzera che dette i natali a Rousseau, ma Einaudi ricorda all’inizio come proprio a Basilea insegnasse Jacob Burckardt, che oltre un secolo fa, assieme a Tocqueville, aveva previsto da storico lettore dei ‘segni dei tempi’, “il fatale avvento di quel totalitarismo tirannico, che noi poi siamo stati chiamati a contemplare e a soffrire”⁶² – è tutto rivolto (chiamando in proposito in causa il ruolo civico primario dell’Università) a sottolineare come la vittoria delle potenze democratiche su quel tipo di totalitarismo non possa lasciare tranquilli sul fatto che esso non possa ripresentarsi sotto nuove spoglie.

Anche in democrazia.

E ciò proprio perché, ad avviso di Einaudi, quello che Kelsen aveva chiamato “forse il più importante teorico della democrazia”⁶³, appunto Rousseau – in questo magnifico esempio di laica eterogenesi dei fini – era stato colui che aveva meglio pensato e teoricamente delineato le condizioni necessarie all’instaurarsi di un regime totalitario.

“Non conosco una formulazione più spietata del pericolo a cui va incontro la civiltà di quella che un grande svizzero, Gian Giacomo Rousseau, riassunse nel contrapposto fra le volontà “particolari” del singolo cittadino e la volontà “generale” del corpo collettivo... La volontà generale è sempre diritta e mira sempre all’utilità pubblica; non segue tuttavia che le deliberazioni del popolo abbiano sempre la medesima dirittura. Si vuole sempre il proprio bene, ma non sempre lo si vede; non si corrompe mai il popolo, ma spesso lo si inganna ed allora solamente esso sembra volere il male (*Del contratto sociale*, II, 3)”.

All’interno della democrazia la distinzione introdotta induce a porre il problema di come “persuadere il cittadino ad ignorare, nel momento in cui delibera, gli interessi particolari suoi, i suggerimenti dei gruppi, i quali brigano a per indurlo a votare in un modo piuttosto che in un

61 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*, in *Prediche inutili, Dispensa quarta*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1956, pp.195-201.

62 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*, cit., p.195.

63 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1981, p.41

altro". Cioè, visto che – salvo per il caso delle piccole aggregazioni politiche, sul tipo di quelle dei cantoni svizzeri, o dei piccoli stati, nei quali l'ideale rousseauiano di democrazia diretta può funzionare, sulla base della semplicità dei costumi e di una grande uguaglianza dei ceti e delle fortune, in sostanza grazie all'imperare "della virtù " – "gli uomini non scoprono tuttavia da sé, spontaneamente, quel che è la loro volontà comune", si deve postulare la necessità di una 'guida': " La necessità di una guida è tanto più evidente, in quanto essa deve convincerlo che egli si era ingannato scambiando per sua volontà quella che non era veramente la sua ragionata opinione".⁶⁴

La 'guida', il Governo dovrebbe allora essere 'perfetto': ma "un governo così perfetto non è adatto agli uomini. Solo un popolo di dèi potrebbe governarsi democraticamente (*Contratto sociale*, III, 4).

Se dunque "la volontà generale non coincide con la deliberazione presa a maggioranza dei cittadini e dai loro rappresentanti", occorre:

" – la deliberazione sia presa dai singoli, i quali votino gli uni indipendentemente dagli altri, senza subire le influenze dei gruppi, delle fazioni, dei partiti i quali siano o possano farsi paladini di interessi particolari;

- ma poiché il cittadino vuole il bene, ma non lo conosce, egli deve essere istruito e guidato da chi conosce il bene comune;
- il cittadino, così istruito, deve inchinarsi al risultato del voto, anche se egli è rimasto in minoranza;
- *ma egli non ha il diritto di continuare a propugnare quella che egli ritiene la verità e non ha diritto, ove riesca a persuadere altri, di volgere la maggioranza in minoranza e modificare la legge;*
- *no; il risultato della deliberazione gli fa sapere soltanto che egli era nell'errore e non conosceva la verità. I votanti non hanno, col voto di una maggioranza, affermata una volontà generale. Essa preesisteva, ed essi l'hanno soltanto riconosciuta. Essa si impone con l'evidenza dell'assioma;*
- l'uomo è veramente libero solo se si sottomette a quella volontà generale che egli non ha voluto, ma ha semplicemente riconosciuto *perché illuminato da coloro che sanno*.⁶⁵

La democrazia diventa dunque un meccanismo e una macchina politica totale nei cui ingranaggi, nel cui gioco, l'individuo, la persona viene risucchiata e nella quale, con una dialettica inesorabile, che neppure l'Hegel della dialettica servo-padrone riesce ad eguagliare, la costrizione diventa libertà e la libertà costrizione, nell'illusione che il risultato finale ne sia che ciascuno obbedisca solo a se stesso: "Perché dunque questo patto sociale non sia una formula vana, esso implica tacitamente questa obbligazione, che sola può dare forza a tutte le altre: *che chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale, vi sarà costretto da tutto il corpo. Ciò non significa altro se non che lo si costringerà ad essere libero;* poiché questa è la condizione che, dando ogni cittadino alla patria, lo garantisce da ogni dipendenza personale; *condizione che costituisce*

⁶⁴ Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*, cit., p.196.

⁶⁵ Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*, cit., p.198. Corsivi nostri.

il meccanismo e il gioco della macchina politica, e che sola rende legittime le obbligazioni civili, le quali senza di ciò sarebbero assurde, tiranniche e soggette ai peggiori abusi”⁶⁶.

A buon diritto allora Luigi Einaudi, in armonia prestabilita, si direbbe (ma in realtà a partire dalla comune ispirazione tocquevilliana e liberale), con le tesi sviluppate pochissimi anni prima da Jacob L. Talmon sulle origini della democrazia totalitaria⁶⁷, può affermare: “Questo il messaggio del cittadino di Ginevra. *Non il voto dei cittadini, ma il riconoscimento degli dèi afferma la volontà generale*”⁶⁸.

E gli dèi si sono moltiplicati (e sembrano moltiplicarsi ancora oggi, siano essi tecnici, virologi, medici, insomma ‘la scienza’ come sostitutivo laico della religione, che ci assicuri almeno la ‘salvezza’ terrena)⁶⁹ e, come ricordava Anatol France, “gli dèi hanno sete”: “Rousseau forse non prevedeva che la sua dottrina sarebbe stata feconda di effetti tanto gravi. A decine gli dèi sono comparsi ed hanno assunto l’ufficio di guide dei popoli. Da Robespierre a Babeuf, da Buonarroti a Saint-Simon, da Fourier a Marx, da Mussolini a Hitler, da Lenin a Stalin, si sono succedute le guide ad insegnare ai popoli inconsapevoli qual’era la verità, qual’era la volontà generale, che essi ignoravano; ma che una volta insegnata e riconosciuta, i popoli non potevano rifiutarsi di attuare.

I popoli hanno imparato che la libertà non consisteva nel discutere dapprima e nell’inchinarsi poi della minoranza al volere della maggioranza salvo il diritto di continuare a discutere e di ridurre la maggioranza a minoranza. Nel sistema degli dèi e delle guide, che hanno scoperto la vera verità, gli uomini si sentono liberi solo quando la guida inviata dall’oracolo divino ha indicato la via della verità ed ha condannato l’errore [ogni riferimento all’uso attuale del termine, scandaloso anche per la provenienza, ‘negazionismo’ non è puramente casuale]. L’errore, la deviazione, l’opposizione al principio dichiarato nelle tavole fondamentali dell’uomo-guida, del partito-guida è illecito, è un delitto contro la volontà generale e deve essere eliminato.

Non ha importanza la formula, con la quale l’oracolo conduce gli uomini alla scoperta della verità. Per Rousseau e Robespierre essa prende il nome di “virtù”, *per Saint-Simon di religione della scienza*, per Hitler di dominio del sangue e della razza, per Marx e Lenin di dittatura del proletariato. Le formule mutano e passano. La dottrina di una verità la quale, scoperta, deve essere riconosciuta e obbedita, rimane.”⁷⁰

Alla domanda che allora taluno, o forse molti, legittimamente si fanno: “Ma non eravamo una democrazia liberale? Non ci siamo beati per decenni nella nostra magnifica “cultura dei diritti”, di cui nel giro di ventiquattro ore ci siamo sbarazzati? E a causa di cosa, esattamente? L’unico *fatto* che ha giustificato tutto questo è un dato relativo all’organizzazione sanitaria: non

66 Jean-Jacques Rousseau, *Il Contratto Sociale. Con un saggio introduttivo di Robert Derathé. Traduzione e note di Valentino Gerratana*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1966, Libro I, VII, *Del Corpo Sovrano*, p.30, corsivo nostro.

67 Il libro di Talmon esce dapprima a Londra nel 1952, poi a Boston nel 1953 e soltanto quindici anni dopo è tradotto in italiano. Cfr. Jacob L. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, Il Mulino, 1967. Testo esaurito di cui sarebbe auspicabile proprio in questo momento una ristampa. Sul contesto vedi l’importante Alessandro Muliebri, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare. Prefazione di Nadia Urbinati*, Roma, Donzelli editore, 2019.

68 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*, cit., p.198.

69 Pagine decisive sul punto ha scritto Giorgio Agamben, *A che punto siamo? L’epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet, 2020, 12. *La medicina come religione*, pp.69-75. Ma vedi anche Fulvio Grimaldi, *Cambiare il mondo con un virus. Geopolitica di un’infezione*, Zambon editore, 2020.

70 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*, cit., p.199. corsivo nostro.

ci sono, si dice, abbastanza posti letto in terapia intensiva se il numero dei malati dovesse aumentare. Ma non si dice perché manchino i posti letto. Questo è irrilevante. La domanda del tutto lecita però è la seguente: questo fatto giustifica, rende legittima la sospensione di libertà e diritti di cui, dal secondo dopoguerra, non abbiamo fatto che ripetere quanto fossero “inalienabili” e “fondamentali”?”, siamo forse allora, dopo aver ascoltato Einaudi, più preparati a rispondere.

Con facilità si può, in prima battuta, rispondere, come fanno i nostri due autori, che il diritto è debole se deve opporsi a forze sovrastanti: “La risposta è: sì, certamente. Perché la *necessità*, l'emergenza lo esigono: Il diritto è debole di fronte alla forza naturale della necessità”⁷¹.

Ma, se guardiamo più in profondità, vediamo la sua attuale debolezza – garantistica; perché sotto il profilo della regolazione stiamo assistendo invece ad un picco difficilmente raggiunto nel passato – non gli deriva tanto dall'esterno, da una necessità imprevedibile, dirompente, incontrollabile con normali misure, ma piuttosto da un processo interno del suo farsi democratico.

Per chiarire cosa intendiamo possiamo, in chiusura, dare un breve sguardo ad un aspetto del pensiero kelseniano sulla democrazia che non ci sembra sia stato perfettamente focalizzato dalla pure significativa letteratura in materia – che tende a vedere nel giurista viennese un sostenitore di una democrazia ‘procedurale’, o di un’idea di essa quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza⁷².

Ci riferiamo al saggio originariamente del 1920, da noi utilizzato nella seconda edizione del 1929, *Essenza e Valore della Democrazia*, laddove Kelsen dialoga, appunto considerandolo il massimo esponente del pensiero democratico, con Rousseau; e lo fa in modo, a nostro avviso, largamente adesivo.

Intanto l’idea democratica di libertà (che lo stesso autore definisce ‘anarchica’) non è autonoma rispetto all’idea di eguaglianza, ma ‘scaturisce’ (hobbesianamente) proprio da essa, dalla domanda cioè “E’ dunque un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha dunque di comandarmi?”.

Kelsen, e anche questo merita di essere rimarcato – sulla scia di una citazione di un autore coevo, David Koigen (1879-1933), (*Die Kultur der Demokratie. Vom Geiste des volkstümlichen Humanismus und vom Geiste der Zeit*, Jena, Diederichs, 1912, p. 4), nato nell’odierna Ucraina, di famiglia ebraica, che si era laureato a Berna con una tesi sui giovani hegeliani come precursori del socialismo e fu attivo nel movimento rivoluzionario da socialista prima e da bolscevico poi, anche se dal 1918, deluso dalla Rivoluzione sovietica, si dedicò all’insegnamento universitario prima a Kiev e poi in Germania, sviluppando un’idea di Cultura come azione sociale e laddove entrò in contatto con Sombart, Toennies, e anche Albert Einstein – qualifica l’uguaglianza come un’idea profondamente *antieroica*: “Così, l’idea assolutamente negativa e a profonde radici antieroiche di uguaglianza si mette al servizio di un’altrettanto negativa esigenza di libertà”⁷³

71 Paolo Becchi, Giuseppe Palma, *Democrazia in quarantena. Come un virus ha travolto il Paese*, Roma, Historica Edizioni, 2020, p.186.

72 Cfr. Sara Lagi, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920- 1932)* in *Teoria Politica*, 7, 2017, Annali VII, pp.363-688; p.372 laddove critica l’interpretazione di Ferrajoli. L’autrice inclina poi a rappresentare Kelsen come un liberale (ottocentesco), pur dovendo ammettere come emerge “*tuttavia quanto nella teoria politica e democratica di Kelsen manchi la proposta di una difesa ad hoc, forte dei diritti fondamentali*”(p.378). Cfr. anche sempre di Sara Lagi, *La “Democrazia” di Hans Kelsen tra procedura ed etica*, in *Il Pensiero Politico, Rivista delle Idee Politiche e Sociali*, 2003, Anno XXXVI, n.2, pp.239-272.

73 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p.39.

Ma la libertà così concepita non può stare a fondamento di una società, e tantomeno di uno Stato. Allora si deve procedere per “metamorfosi” progressive dell’idea di libertà, ovvero nell’ottica di risolvere il “problema della democrazia” nel senso appunto indicato da Rousseau, vale a dire “trovare una forma di associazione che difenda e protegga che difenda e protegga ogni membro ad essa appartenente e nella quale l’individuo, pur unendosi a tutti gli altri, ubbidisca soltanto a se stesso e resti libero come prima” (*Contratto sociale*, lib. III, cap. 25)⁷⁴.

Ma allora la libertà di partenza, intesa come autonomia, deve ‘trasformarsi’ (in buona sostanza in una ‘finzione giuridica’): “che si continui a parlare di autonomia e a considerare ognuno come sottomesso alla propria volontà, mentre quella che vale è la legge della maggioranza, è un nuovo progresso della metamorfosi dell’idea di libertà”⁷⁵. Ma il processo di metamorfosi non si arresta: mentre prima tutti, nella formula di Rousseau, dovevano “restare liberi come prima”, ora invece si introduce un principio dal sapore utilitaristico (che ricorda il beccariano *la massima felicità per il maggior numero*) “c’è soltanto un’idea che porta, per una via ragionevole, al principio maggioritario: *l’idea che, se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi. Certamente questo ragionamento presuppone l’eguaglianza come postulato fondamentale della democrazia*: è chiaro infatti che si cerca di assicurare la libertà non di questo o di quell’individuo, ma del maggior numero possibile di individui”⁷⁶.

Ma allora, una volta sostanzialmente riassorbita la libertà nell’uguaglianza – e quindi l’autonomia individuale nello Stato (nella rousseauiana libertà nello, e per lo, Stato), posto che non può essere che suo compito assicurare l’uguaglianza – si potrà del tutto correttamente parlare di una *democrazia senza libertà* (dato che liberalismo e democrazia qui si separano)⁷⁷; di una democrazia che “annienta” la libertà.

Infatti “la trasformazione del concetto di libertà il quale, dalla idea della libertà dell’individuo dal dominio dello Stato, si trasforma in partecipazione dell’individuo al potere dello Stato, segna contemporaneamente la separazione della democrazia dal liberalismo. L’ideale democratico, se è ritenuto soddisfatto nella misura in cui gli individui sottomessi all’ordine dello Stato partecipano alla creazione dell’ordine stesso, sarà indipendente dalla misura nella quale quest’ordine dello Stato abbraccia gli individui che lo creano, vale a dire indipendente dal grado fino al quale riduce la loro “libertà”. Anche se l’estensione del potere dello Stato sull’individuo fosse illimitata, nel caso quindi, che la “libertà” individuale fosse completamente annientata e l’ideale liberale negato, la democrazia sarebbe ancora possibile, purché tale potere statale fosse creato dagli individui ad esso sottomessi. E la storia insegna che il potere democratico non tende ad espandersi meno di quello autocratico”⁷⁸.

L’ultima trasformazione del concetto di libertà dell’individuo sta nel riconoscimento che essa è in ultima analisi “irrealizzabile”: “E in uno Stato democratico, dove questa discordanza è ridotta ad un minimo approssimativo, si verifica una nuova trasformazione nell’idea di libertà

74 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p.42.

75 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p.44..

76 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p.46..

77 Vedi per una tesi analoga lo scritto ‘ancora da comunista’ di Vezio Crisafulli, *Liberalismo e democrazia*, Rinascita, agosto 1944, ora in Vezio Crisafulli. *Politica e Costituzione. Scritti “militanti” (1944-1955)*, cit., pp.81-83.

78 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., pp.4.6-47.

politica. La libertà dell'individuo la quale, in ultima analisi, si rivela come irrealizzabile, finisce per restare in secondo piano, mentre la libertà della collettività le succede in primo. La protesta contro il dominio esercitato da uno che è simile a noi porta, nella coscienza politica, ad uno spostamento del soggetto del dominio, dominio che è inevitabile anche in regime democratico, vale a dire alla formazione della persona anonima dello Stato"⁷⁹

Ma se il principio democratico ha portato al concetto di personalità giuridica dello Stato (una sorta di corto circuito kelseniano) cosa diventa allora la libertà dello Stato democratico nella sua trasformazione ultima? Kelsen non arretra neppure in questo caso nel dipanare la sua logica giuridica di ascendenza rousseauiana; non arretra di fronte all'ultimo paradosso della trasformazione: " La conseguenza – da alcuni autori logicamente dedotta – è che, *poiché i cittadini dello Stato sono liberi soltanto nel loro insieme, cioè nello Stato, chi è libero non è il singolo cittadino, ma la persona dello Stato*. Ciò è espresso anche nella formula che è libero soltanto il cittadino di uno Stato libero. Alla libertà dell'individuo viene a sostituirsi, come esigenza fondamentale, la sovranità popolare o, che è lo stesso, lo Stato autonomo, libero"⁸⁰.

Kelsen, come Einaudi, ci pone di fronte ad una scelta.

La scelta del primo ci mette sotto gli occhi una faccia del diritto democratico sempre latente (oggi palesatasi) e che forse a molti, anche giuristi, che pure positivisticamente la presuppongono e la usano come punto di partenza, non piacerà guardare, e andrà rimarcato che l'ultimo richiamo storico, raggelante, assai più che la famosa conclusione del saggio, che sceglie Ponzio Pilato come vero esponente dell'atteggiamento democratico, vista la vicinanza temporale con un'altra scritta 'concentrazionaria', che Kelsen certo non condividerà in nulla, esprime assai bene la posta in gioco:

"Questa è l'ultima tappa del processo di trasformazione dell'idea di libertà. Chi non vuole o non può seguire l'evoluzione che questo concetto compie in virtù di una logica immanente, può criticare la contraddizione esistente fra il suo significato iniziale e il suo significato finale e rinunciare a capire le deduzioni di chi, meglio di ogni altro, seppe analizzare la democrazia, di chi non retrocesse nemmeno di fronte all'asserzione che il cittadino è libero soltanto attraverso la volontà generale e che in conseguenza, obbligandolo ad obbedirvi, lo si costringe ad essere libero (Rousseau, *Contrat social*, l. IV, cap. 2°). E' più di un paradosso, è un simbolo della democrazia, che, nella Repubblica di Genova, sulle porte delle prigioni e sulle catene a cui, nelle galere, erano legati gli schiavi, si leggesse la parola "Libertas" (Rousseau, *Contrat social*, l. IV, cap. 2°)."⁸¹

Ma la posizione di Kelsen non può essere considerata sorprendente; solo, forse, espressione di un sapere dimenticato o rimosso.

"Democrazia non vuol dire libertà. Vi sono stati e vi sono tuttora regimi democratici nei quali la libertà dei cittadini ha ricevuto e riceve offese così gravi e frequenti come sotto i peggiori Governi assoluti. Democrazia vuol dire uguaglianza... I democratici... anzi all'azione dello Stato non vogliono temperamento o limitazione di sorta; il loro

⁷⁹ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 47.

⁸⁰ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 48.

⁸¹ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 49.

ideale è una autorità suprema onnipotente che abbia al di sotto di sé cittadini tutti giuridicamente e politicamente uguali: non più ordini e sodalizi nello Stato, non più classi e corporazioni nella società; ma singoli individui *senza particolari legami fra loro*, senza reciproca dipendenza, una folla confusa e acefala⁸²

Entrambe le scelte dunque erano di allora e sono di oggi.

La prima esprime la logica immanenza di un processo – lo possiamo chiamare ‘democrazia totalitaria’, ‘dispotismo democratico’ o ancora altrimenti – che, come accennavamo, Tocqueville nella seconda parte della *Democrazia in America* aveva ‘profetizzato’, notando acutamente, e in controtendenza, come “i diritti individuali nelle democrazie sono normalmente poco importanti, molto recenti e assai instabili, ciò che fa sì che vengano spesso sacrificati senza difficoltà e violati senza rimorsi ... Perciò, proprio in queste epoche democratiche in cui viviamo, i veri amici della libertà e della dignità umana debbono cercare continuamente di stare all’erta, pronti ad impedire che il potere sociale sacrifichi minimamente i diritti particolari di certi individui all’esecuzione generale dei suoi piani. Non esistono in questi tempi cittadini tanto umili che non sia pericoloso lasciare opprimere, né diritti individuali tanto trascurabili da poterli tranquillamente abbandonare all’arbitrio. La ragione di questo è semplice: quando viene violato il diritto privato di un individuo in un tempo in cui lo spirito umano è imbevuto della importanza e santità di questo genere di diritti, si fa male solo colui che ne viene spogliato; ma violare un simile diritto ai nostri giorni significa corrompere profondamente i costumi della nazione e mettere a repentaglio la società intera; perché il concetto stesso di questa specie di diritti tende continuamente ad alterarsi e a smarrirsi in mezzo a noi”⁸³

Dentro questa logica immanenza – che porta alle dichiarazioni apparentemente ‘inimmaginabili’ di un Jacques Attali – si colloca appieno la svolta del ‘biopotere’ e dello Stato e delle strutture internazionali su di esso fondate, che tende a cancellare o a ‘ridurre’ drasticamente gli antiquati principi dello Stato di diritto, come ha messo bene in luce Giorgio Agamben, sfidando l’ostracismo di cui ci parlava Einaudi (“L’errore, la deviazione, l’opposizione al principio dichiarato nelle tavole fondamentali dell’uomo-guida, del partito-guida è illecito, è un delitto contro la volontà generale e deve essere eliminato.”):

“Stiamo vivendo la fine di un’epoca nella storia politica dell’Occidente, l’età delle democrazie borghesi, fondate sulle costituzioni, sui diritti, sui parlamenti e sulla divisione dei poteri. Questo modello era da tempo in crisi, i principi costituzionali erano sempre più spesso ignorati e il potere esecutivo si era sostituito quasi integralmente a quello legislativo, che esercitava, come avviene ora in modo esclusivo, attraverso decreti-legge. Con la cosiddetta pandemia è stato mosso un passo ulteriore, nel senso che quello che i politologi americani chiamavano *Security State*, Stato di sicurezza, che si fondava sul terrorismo, ha ceduto ora il posto ad un paradigma di governo che possiamo chiamare “biosicurezza”, che si fonda sulla salute. E’ importante comprendere che la biosicurezza supera per efficacia e pervasività tutte le forme di governo degli uomini che abbiamo conosciuto. Come si è potuto constatare in Italia, ma non solo in Italia, non appena in questione è una minaccia alla salute la gente accetta senza reagire limitazioni delle

82 Duca di Gualtieri, *L’evoluzione democratica delle istituzioni inglesi*, Torino, Roux Frassati e C Editori, 1899, p.11.

83 Alexis de Tocqueville, *Dizionario delle idee*. A cura di Graziella Pisanò, Roma, Editori Riuniti, 1997, *Diritti dell’individuo*, p.56.

libertà che non avrebbe mai accettato in passato. Si è giunti così al paradosso che la cessazione di ogni relazione sociale e di ogni attività politica viene presentata come la forma esemplare di partecipazione civica."

"Credo che un solo esempio mostri con evidenza quanto profonda sia nel regime della biosicurezza la trasformazione di tutti i paradigmi politici democratici."

"Nelle democrazie borghesi, ogni cittadino aveva un "diritto alla salute": questo *diritto* si rovescia ora, senza che la gente se ne accorga, in un'*obbligazione* giuridica alla salute, che occorre adempiere a qualsiasi prezzo. E quanto alto sia questo prezzo lo si è visto attraverso le misure eccezionali senza precedenti cui i cittadini hanno dovuto sottoporsi"⁸⁴

"I veri amici della libertà e della dignità umana", Tocqueville, Einaudi non hanno per sé alcuna logica immanente da far valere – semmai lo spettacolo tristissimo della cancellazione della *pietas* verso i morenti, lasciati morire soli per paura, privati del conforto dei familiari e di quelli religiosi, di una sepoltura che un tempo si chiamava cristiana, cremati con divieto di autopsia e di funerale; una cancellazione dello spirituale e religioso dalla vita quotidiana mai vista prima, con l'acquiescenza quasi unanime di una Chiesa ridotta a chiesa di Stato (anch'essa, la libertà religiosa e di culto, reseca quando più ci sarebbe stato bisogno del suo apporto, anche solo umano) – ; essi hanno per sé solo la 'fragilità del bene'⁸⁵

Ma forse da una rilettura delle loro pagine sarebbe consigliabile che noi giuristi ricominciassimo ad interrogarci sulla nostra vocazione in tempi come quelli che stiamo vivendo.

References

- Armaroli, P. (2020). Cassese: "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi, In *il Dubbio*, 14 apr. <www.ildubbio.news/2020/04/14/casse-se-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi>.
- Barile, P. (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. il Mulini.
- Becchi, P., & Palma, G. (2020). *Democrazia in quarantena. Come un virus ha travolto il Paese*. Historica Edizioni.
- Bova, S. (1979). L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione" In *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, a cura di E.Cheli. Il Mulino.
- Cappellini, P. (2011). Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'"Inverted Totalitarianism. In Meccarelli, M., Palchetti, P., & Sotis C. *Le regole dell'eccezione: Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Eum edizioni.
- Cappellini, P. (2013). *La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale*. (Vol. 10). Glossae.

84 Giorgio Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, pp.82-83.

85 Martha C. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna, il Mulino, 1996.

- Cappellini, P. (2014). Pensare l'eccezione. In Smorti, A. *L'eccezione e la regola: Opposizioni, convergenze, paradossi*, S.E.I.D.
- Cappellini, P., & Cardone, A. (2016). Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem. In *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. (Vol. 1). Giappichelli.
- Carlassare, L. (1990). Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati. In *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Giuffrè.
- Carl Schmitt, C. (2006). La Dittatura del Presidente del Reich secondo l'art.48 della Costituzione di Weimar (1924). In Schmitt, C. *La Dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo. Edizione del Settimo Sigillo.
- Crisafulli, V. (2018). *Politica e Costituzione. Scritti "militanti" (1944-1955)*, a cura di Sergio Bartole e Roberto Bin. Franco Angeli.
- Crouch, C. (2003). *Postdemocrazia*. Laterza Editore.
- Durante, M. (2008). Il Diritto di Giudicare la Storia il Terzo e l'Imperdonabile In *Responsabilità di fronte alla storia: La filosofia di Emmanuel Levinas tra alterità e terzietà*, a cura di Massimo Durante. Melangolo.
- Esposito, C. (1960). Capo dello Stato. In *Enciclopedia del diritto*, (Vol. 6), Giuffrè.
- Einaudi, L., & Rousseau, G. G. (1956). le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, In *Prediche inutili, Dispensa quarta*. Giulio einaudi editore.
- Gualtieri, D. di. (1899). *L'evoluzione democratica delle istituzioni inglesi*. Roux Frassati e C Editori.
- Hobbes, T. (2011). *Leviatano. Saggio introduttivo di Carlo Galli*. BUR Rizzoli.
- Kelsen, H. (1981). Essenza e valore della democrazia (1929). In *La democrazia*. il Mulino.
- Kelsen, H. (2018). *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925): a cura di M.A. Losano*. Nino Aragno Editore.
- Mankell, H. (2015). *Sabbie mobili. L'arte di sopravvivere*. Marsilio.
- Marguerite Y. (1984). *Memorie di Adriano*. Einaudi.
- Mortati, C. (1991). *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Cedam.
- Nussbaum, M. C. (1996). *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*. il Mulino.
- Rousseau, J. J. (1966). *Il Contratto Sociale. Con un saggio introduttivo di Robert Derathé. Traduzione e note di Valentino Gerratan*. Giulio Einaudi Editore.

- Schmitt, C. (1981). *Il custode della costituzione* (1931), a cura di Antonio Caracciolo. Giuffrè.
- Serra, T. (2007). Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati. In Costantino Mortati. C. (2007). *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015*, a cura di Fulco Lanchester. Wolters Kluwer, Cedam.
- Tocqueville, A. de. (1997). *Dizionario delle idee. A cura di Graziella Pisanò*. Editori Riuniti.
- Valli, A. M. (2020). *Virus e Leviatano*. Lilberilibri.
- Zakaria, F. (2007). *The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad, With a new afterword*. W.W.Norton & Company.

Data de recebimento: 11/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020