

Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all' emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*

di

Vincenzo Baldini *

SOMMARIO: 1. Alcune premesse di metodo nell'analisi della normazione emergenziale. 2. La razionalità come parametro spurio nel sindacato di legittimità degli atti giuridici. 3. Prevenzione versus Stato costituzionale di diritto. Aspetti problematici del controllo di proporzionalità/adequatezza sulla disciplina giuridico-positiva dell'emergenza sanitaria. 4. La (controversa) legittimità formale degli atti emergenziali: tra riserva di legge e principio di tassatività dei limiti alle libertà costituzionali. 6. Politicità dell'attività di giudizio e test di razionalità. 7. Conclusioni.

1. Alcune premesse di metodo nell'analisi della normazione emergenziale.

Il titolo di questo seminario ("La gestione dell'emergenza alla luce dei principi di precauzione, proporzionalità e adeguatezza") è senz'altro suggestivo anche perché, nell'analisi che esso incoraggia, finisce per coinvolgere anche tematiche di ordine più generale, come quella relativa all'incidenza che la scienza giuridica può avere sulla portata normativa del diritto positivo. Viene in rilievo, in particolare, la portata "normativa" della Costituzione attraverso la narrazione -o, meglio, le narrazioni- interpretative, in cui trovano sede, spesso, le intuizioni soggettive dell'organo giurisdizionale.

Anticipandosi qui un tratto conclusivo della presente analisi, parrebbe trovare conferma quell'idea che l'interpretazione giuridica è il diritto espressa da

* Il presente contributo riprende, in forma elaborata, la relazione presentata al Seminario webinar (#SSC_Colloquia) : "La gestione dell'emergenza alla luce dei principi di precauzione, proporzionalità e adeguatezza" – Università degli studi di Catania - Scuola superiore di Catania" – 12 febbraio 2021.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

Adolf Julius Merkl, tra i più noti ed illustri allievi di *Hans Kelsen*, in un saggio sui caratteri dell'esegesi normativa, dei primi anni del Novecento¹. In tale contributo, stante la continuità funzionale delle varie fonti gerarchicamente ordinate nel processo di produzione del diritto (Costituzione, legge regolamento, atti amministrativi, sentenze del giudice) poste in una relazione di interdipendenza funzionale nel processo di concretizzazione normativa², un rilievo peculiare è riconosciuto al metodo esegetico in grado di riuscire a determinare i contenuti della norma giuridica.

Tale rilievo si mostra ancor più allorquando si abbia riguardo, come nella specie, a norme di principio ("dignità", "eguaglianza", "giustizia", "razionalità") che per la loro generalità -meglio si direbbe: genericità- non esprimono di per sé una portata sostanziale. In tale condizione si rende evidente la reale forza creativa dell'interpretazione che, nella sua consistenza, prevale sulla natura conoscitiva che, pure, sarebbe propria dell'attività esegetica. Ciò rivela i caratteri del processo di concretizzazione suddetto³ che include, fondendoli insieme, momenti di produzione (*Rechtserzeugung*) e di applicazione (*Rechtsanwendung*) del diritto⁴ manifestando, così, ciò che lo stesso *Adolf J. Merkl* definisce come il "doppio volto del diritto" (*Rechtsantlitz*)⁵, da cui discende la potenziale esistenza di un pluralismo di differenti ordinamenti giuridici in ragione del metodo esegetico impiegato⁶.

Questa breve annotazione lascia qui risaltare un presupposto fondamentale di ogni teoria della conoscenza, quello, appunto, per cui è il metodo, non l'oggetto,

¹ A. Merkl, *Zum Interpretationsproblem* (1916), ora anche in H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Stuttgart, 2010, Band 1, p. 867 ss., part. p. 877.

² Così, H. Dreier, *Kelsen im Kontext* (Hrsg. von M. Jestaedt e S. L. Paulson), Tübingen, 2019, pp.58/59.

³ In tal senso H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL*, 5 (1929), Berlin und Leipzig, 1929, p. 30 ss., part. p. 68 ss.

⁴ Sulla continuità logica e funzionale sussistente tra produzione del diritto (*Rechtserzeugung*) e sua applicazione/attuazione (*Rechtsanwendung*) per cui essi non rappresentano momenti contrapposti, v. H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung des Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStL*, 5, Berlin und Leipzig, 1929, p. 30 ss., part. p. 31.

⁵ Secondo la definizione dello stesso A. Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz* (1918), in H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., Band 1, p. 893 ss.

⁶ A. Merkl, *Zum Interpretationsproblem*, cit., p. 876 ss.

a determinare la direzione della conoscenza stessa⁷. Pertanto, essa non appare del tutto peregrina ai fini di un'adeguata considerazione del tema che ci occupa, il parametro di razionalità riferito agli atti di gestione della crisi sanitaria, soprattutto con riguardo all'esperienza della giurisprudenza in materia.

2. La razionalità come parametro spurio nel sindacato di legittimità degli atti giuridici.

2.1. Il concetto di razionalità normativa è strutturalmente estraneo al diritto positivo inteso quale sistema autopoietico, separato da altri sistemi sociali. Tale concetto, in primo luogo, evoca una concezione giusnaturalistica della legge quale rileva, tra l'altro, nel cd. "diritto di ragione" di *Hugo Grozio* e *Samuel Pufendorf*⁸, superato dall'avvento della scuola storica prima e, quindi, del pensiero positivista che offrono dell'ordinamento giuridico la peculiare visione di un complesso di norme risalenti alla volontà dell'organo o ente competente alla produzione del diritto. In questo nuovo ordine, in particolare, con l'avvento dello stato democratico, il diritto viene a perdere l'originaria condizione di immutabilità connessa anche alla sua funzione («*ius naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali*»)⁹, oltre che alla sua derivazione, assumendo perciò carattere relativo e contingente¹⁰. Così il diritto di ragione è surrogato senz'altro dal principio volontaristico espresso anche nel brocardo hobbesiano: "*auctoritas, non veritas, facit legem*": la volontà (del sovrano) si atteggia cioè a fonte esclusiva di produzione della norma giuridica¹¹.

La categoria della razionalità nella sua oggettiva consistenza pertiene, dunque, propriamente al vocabolario delle scienze naturalistiche ed è traslato nel contesto del diritto positivo nell'ottica scientifica (e poi anche giurisprudenziale) di

⁷ Così, H. Dreier, *Kelsen im Kontext* cit., p. 45 ss.

⁸ Sul punto, v. i riferimenti contenuti in B. Rüthers, *Rechtstheorie*, Muenchen, 2007, p. 277.

⁹ U. Grozio, *Prolegomena a De jure belli et pacis*, (1625), § 6 e 8, 11, XII-XIII.

¹⁰ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1. Aufl., 1934), Tübingen, 2008, p. 20 nonché, Id., *Allgemeine Staatslehre* (1925), Nachdruck Wien 1993, p. 56 ss.

¹¹ Sul rapporto tra volontà e diritto, v. anche H. Hofmann, *Legitimität und Rechtsgeltung*, Berlin, 1977, p. 24 ss.

un sincretismo disciplinare ¹²in uno con il progressivo affermarsi di un assetto di stato di diritto in senso materiale (*). Tale modello infatti trova un radicamento ultimo nella Costituzione per valori, le cui norme-principio operano non soltanto come ultimo fronte all'esercizio della discrezionalità legislativa ma giungono a conformarla, positivamente, definendo attraverso il catalogo dei diritti fondamentali la direzione di senso (*Sinnggebung*) dell'azione legislativa ¹³. Pertanto, in uno con il riconoscimento della funzione della Costituzione di modellare le dinamiche della convivenza sociale e dell'unità politica, oltre che di limitare e controllare l'azione dei poteri, la razionalità quale paradigma di legittimità dal piano del controllo dell'atto amministrativo giunge a toccare quello dell'attività legislativa implicando, di norma, un allineamento di quest'ultima anche all'eccedenza assiologica -deducibile, oltre che dal testo, anche dalla connessione di senso- che, ai fini della disciplina degli interessi concorrenti, si riconnette a tali valori.

La scienza giuridica ha concorso, poi, all'ulteriore specificazione del parametro della razionalità risolvendolo primariamente nel parametro della proporzionalità, intesa a propria volta come necessità della misura, essenzialità della compressione recata agli altri interessi, adeguatezza rispetto agli effetti mirati, idoneità del mezzo prescelto. A tanto corrisponde l'affermazione di una primazia della volontà razionale nella produzione del diritto, anche di estrazione democratica, che non si contiene nell'apprezzamento esclusivo dello scopo obiettivo, perseguito dall'atto, ma deve estendersi alla rappresentazione, contestuale, del contesto degli interessi che risultano coinvolti e dei mezzi impiegati, secondo un giudizio prognostico di tale volontà.

¹² Sul punto, in particolare sulla distinzione tra sincretismo e autonomia disciplinare, v. M. Jestaedt, O. Lepsius, *Der Recht- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen- Eine Einführung*, in H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. Von M. Jestaedt, O. Lepsius), Tübingen, 2006, p. XVII.

¹³ Sulla funzione die diritti fondamentali di indicare soprattutto una direzione di senso, v. in particolare H. Huber, *Die Verfassungsbeschwerde, vergleichende und kritische Betrachtungen* (1954), ora anche in Id., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht – Ausgewählte Aufsätze 1950-1970*, Bern, 1971, p. 11 ss., part. p. 152.

2.2. Anche nella sua applicazione, il concetto di razionalità rivela comunque un'intrinseca natura polisemica che include una serie di sub-paradigmi, dall'economicità, flessibilità, trasparenza o accettazione¹⁴ fino all'unità dell'ordinamento giuridico e/o a all'assenza di contraddizioni interne a quest'ultimo¹⁵. In alcune combinazioni verbali -razionalità rispetto allo scopo razionalità procedurale, razionalità sostanziale etc.¹⁶- esso allude ad una serie di più specifiche attitudini funzionali giuridicamente rilevanti e, quale "razionalità di sistema"¹⁷ integra, insieme a quello dell'efficienza, della forza di legittimazione, e della forza di innovazione, il complesso dei criteri idonei a testare la funzionalità delle istituzioni democratiche¹⁸. In quanto componente funzionale dello stato di diritto la razionalità rileva così, nella prospettiva della realizzazione di un'idea materiale di Giustizia, quale standard di misura della legittimità del prodotto normativo (*). Pur consistendo, per dirla con *Hans Kelsen*, in un "postulato non giuridicamente vincolante"¹⁹ -al pari, ad es., delle aspettative costituzionali (*)- essa finisce per essere un parametro organizzativo per il legislatore e l'autorità amministrativa²⁰. Né la sua specifica declinazione nel significato di proporzionalità/adequatezza, oltre che di necessarietà/essenzialità dell'atto in questione, è in grado di spogliare della natura politica soggettiva la relativa attività di giudizio, rendendola, per questa via, dall'esito certo e univoco. Tanto il concetto di proporzionalità in senso stretto quanto quello di adequatezza, infatti, lasciano residuare in capo all'organo decidente un ambito discrezionale nella definizione del metodo esegetico come negli apprezzamenti che ne conseguono. La razionalità, in altri termini, rivela in ciò il suo carattere di principio meta- o sovragiuridico, di

¹⁴ Sul paradigma non normativo della razionalità, cfr. tra gli altri H. Schulze-Fielitz, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, in P. Kirchhof, M. Lehner, A. Ranpach, M. Rodi (Hrsg.), *Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, p. 311 ss., part. p. 314 ss., part. p. 315.

¹⁵ *Idem*, p. 315.

¹⁶ H. Schulze-Fielitz, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, cit., p. 320 ss.

¹⁷ Così E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 19.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ In tal senso H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL*, 5 (1929), Berlin und Leipzig, 1929, p. 30 ss., part. p. 68 ss.

²⁰ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., p. 69.

natura anfibologica che, nell'attività di giudizio, esalta soprattutto le attitudini culturali soggettive del giudice.

Peraltro, quale variabile dipendente dal metodo esegetico, un peso non poco rilevante finisce per assumere anche il dato teoretico²¹ (teoria della Costituzione e dei diritti fondamentali²², teoria dello Stato²³) che fornisce una qualche base scientifica all'impianto argomentativo sottostante la sentenza. La rilevanza dell'approccio teoretico consegue al fatto che alle diverse teorie della Costituzione - quale Legge fondamentale e/o sistema di valori ispirati a Giustizia²⁴, quale decisione fondamentale a cui si rapporta la forza del vincolo imposto all'esercizio della discrezionalità legislativa (*), o infine, quale volano dell'integrazione politica (Hesse) e sociale- si legano anche conseguenze diverse sul piano del metodo d'interpretazione. Così, ad es., dalla Costituzione come decisione²⁵ cui consegue una maggiore apertura di spazio all'azione politica del legislatore, entro i limiti ultimi dell'osservanza della cornice ordinamentale in cui si risolve l'idea stessa di Costituzione (Böckenförde*) discende, sul piano esegetico, una certa ritrosia verso trasformazioni in via evolutiva della Costituzione che a tale teoria si accompagna²⁶. Intesa come norma giuridica (Legge fondamentale) a cui è attribuita efficacia vincolante in ogni sua previsione, di principio e di dettaglio, la Carta fondamentale incoraggia anche in ragione della costruzione a gradi dell'ordinamento una percezione di tipo esclusivamente formale dello Stato di

²¹ E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss.; nonché Id., *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, p. 156 ss. In tema, v. anche Al riguardo, cfr. U. Volkmann, *Rechts-Produktion oder: wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, in *Der Staat*, 54 (2015), p. 35 ss.; M. Jestaedt, *Wie das Recht, so die Auslegung*, cit., p. 143 ss.

²² Sull'influenza della dogmatica e della metodica giuridica sul processo di determinazione del diritto (Rechtsgewinnungsprozess), v. M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein...*, Tuebingen, 2006, p. part. p. 17 ss.

²³ Sul punto, cfr. ancora M. Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, in *Juristen Zeitung (JZ)* 2015, p. 1 ss., part. p. 9 ss., nonché, Id., *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, cit., p. 17 ss.

²⁴ Al riguardo, v. H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit ?* (1953), Stuttgart, 2000, part. p. 51.

²⁵ U. Volkmann, *Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, in *Der Staat* 54 (2015), p. 41 ss.

²⁶ *Ibidem*, p. 42 ss.

diritto²⁷. In quest'ottica, particolare attenzione è riservata dall'interprete alla lettera del testo, al fine della determinazione della volontà del legislatore (storico), mentre è relegato sullo sfondo l'impiego di altri criteri, come quello evolutivo o teleologico. In fine, la percezione della Costituzione quale ordinamento giuridico regolatore del processo di integrazione sociale (o, ancora, come ordinamento dell'integrazione), dove la norma figura soprattutto come “ (integrante) realtà”²⁸, implica il ricorso a un'esegesi²⁹ essenzialmente orientata al problema e finalizzata alla soluzione di quest'ultimo³⁰.

Nondimeno, nel sindacato di razionalità svolto dal giudice costituzionale sulla disciplina legislativa non è dato rinvenire alcuna chiara preferenza per l'una o l'altra delle differenti prospettazioni teoretiche sopra esposte, né risalta l'inclinazione verso un'accezione, rispettivamente, più liberale o comunitaristica della Costituzione. Sul presupposto del carattere non neutro di quest'ultima, invece, la Corte confeziona sovente il prodotto esegetico fondandolo su elementi dell'una come dell'altra teoria costituzionale pervenendo alla decisione attraverso un'argomentazione di cui fa parte anche il controllo sulla ragionevolezza del bilanciamento degli interessi quanto sull'adeguatezza e proporzionalità dell'atto. Vero è che proprio il giudice costituzionale ha cercato di definire criteri “obiettivi” atti a circoscrivere la discrezionalità della valutazione relativa al controllo di razionalità³¹, prevedendosi, ad es., l'esigenza di una verifica, da parte del giudice, che il bilanciamento degli interessi concorrenti non comporti “il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale” (sent. n. 162/2014). Questo esame include anche il controllo sulla “proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore ... rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle

²⁷ Ibidem, p. 48.

²⁸ Ibidem, p. 49.

²⁹ Ibidem, p. 50.

³⁰ Ibidem, p. 51 ss.

³¹ R. Chr. Von Ooyen, *Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen und die Kontroverse um der ‚Hüter der Verfassung‘*, introduzione a H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?*, Tübingen, 2008, p. XIII („Ohne Zweifel ist das Verfassungsgericht ... ein „politisches“ Organ, auf das Interesse einwirken...“).

circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti” (sent. n. 1130/88) e si svolge sulla base di uno specifico “test di proporzionalità” al fine di “«valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»” (Corte cost., sentt. nn. 162/2014; 1/2014).

Tuttavia, a parte una certa evanescenza e ridondanza tautologica di alcuni dei criteri esposti nella citata giurisprudenza va ribadito ancora una volta come tali criteri possono costituire standard apprezzabili di giudizio nel contesto dell’ordinaria logica funzionale dello stato costituzionale di diritto mentre non si addicono ad un controllo che corrisponda senz’altro alla logica funzionale della prevenzione. Pertanto, la determinazione di un equilibrio/prevalenza tra il diritto alla vita e alla salute, per un verso, e altri diritti di libertà, per altro verso, in relazione al sindacato su alcune misure emergenziali, non può implicare il ricorso a criteri di proporzionalità/essenzialità/adequatezza etc. se non muovendosi da un assoluto accantonamento di tale logica funzionale, misurandosi l’atto impugnato alla stregua esclusivamente dei paradigmi di diritto positivo che vengano eventualmente in rilievo. Lo stesso è a dirsi, ancora, per il confronto tra diritto alla vita, dignità umana e libertà di autodeterminazione, del pari soggetta alle geometrie variabili dell’esegesi giurisdizionale³².

Non può dirsi, in conclusione, quella compiuta dal giudice, un’operazione ermeneutica vera e/o l’unica possibile, soltanto, essa si pone come la conseguenza di una serie di premesse di metodo autodeterminate dallo stesso organo giudicante, che valgono a favorire uno degli approdi possibili del giudizio.

³² Se il fine di prevenzione risulta in tale schema di determinante, l’eventuale conflitto con interessi costituzionali concorrenti è destinato ad essere assorbito dalla prevalenza accordata al fine suddetto che, per questo, si attegga ad interesse primario assoluto. Rilevando, invece, la prevenzione come fine intrinseco di natura esclusivamente politica, esso recede nell’eventuale apprezzamento di incongruenza/non adeguatezza della disciplina rispetto alla *ratio* che emerge invece in modo esclusivo dalla prescrizione giuridico-positiva.

3. Prevenzione versus Stato costituzionale di diritto. Aspetti problematici del controllo di proporzionalità/adequatezza sulla disciplina giuridico-positiva dell'emergenza sanitaria.

Quanto finora detto evidenzia dunque una complessità, oltre che una inevitabilmente scarsa linearità del controllo di legittimità delle misure emergenziali in questione, poste in essere dal Governo e da altre autorità politico-amministrative, dalla dichiarazione governativa dello stato di emergenza, più volte prorogata, ai dd.l. emergenziali, per finire alla serie di ddpcm e ordinanze ministeriali, accompagnate da ordinanze "derogatorie" di Sindaci e Presidenti di Regione.

Tale variegata congerie di atti giuridici si compone, più o meno organicamente, entro un quadro regolatore che rende perspicua la strategia preventiva perseguita dai poteri pubblici allo scopo di frenare l'ulteriore diffusione del contagio. A tale strategia sottende la scelta, di natura politica, compiuta dagli stessi poteri di accordare una primazia di tutela ai Beni giuridici della vita e della salute, a detrimento di una serie di altri diritti concorrenti, che vanno dalla dignità umana ad un esteso complesso dei diritti di libertà ad una serie anche di diritti sociali. Una siffatta determinazione politica, che si risolve nel complesso degli atti emergenziali adottati secondo un ordine gerarchico in sé congruente, non trova sostegno nella Costituzione che, invece, non conferisce alcuna priorità al sistema di diritti e interessi fondamentali che la stessa garantisce. La stessa determinazione si spiega, allora, essenzialmente nell'ottica di un'assiologia funzionale mirata in modo esclusivo all'efficienza e alla sicurezza³³ entrando fatalmente in collisione con l'assiologia dello Stato costituzionale democratico di diritto³⁴,

³³ In tal senso, v. E. Denninger, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (2003), ora anche in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 223 ss., part. p. 227 ss.

³⁴ Proprio tale incompatibilità logica e teleologica impedirebbe di ricondurre i singoli atti di prevenzione entro la cornice ordinamentale dello Stato, si porrebbe inevitabilmente il problema del fondamento ultimo della natura giuridica di tali atti. Sul punto, si rinvia a quanto da me esposto in V. Baldini, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza...*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, p. 410 ss. ed, ivi, gli ulteriori riferimenti alla letteratura.

Del resto, i sintomi del pericoloso declivio verso uno stato di prevenzione - che può intendersi come una delle possibili declinazioni operative dello stato d'eccezione- si rinvencono chiaramente nella surroga dell'istanza generale di libertà con quella di autorità, i cui effetti consistono nella generale e (per lungo tempo) assoluta limitazione di diritti costituzionali, nella "concessione" di frammenti di libertà da parte dello stesso potere pubblico, nella realizzazione di una condizione di generale sorveglianza da parte delle forze dell'ordine a cui l'intera comunità nazionale è stata sottoposta. Tanto corrisponde senz'altro e in modo coerente alla logica funzionale della prevenzione che ha riguardo in modo esclusivo al contrasto al rischio astratto e ipotetico ed a cui pertiene, dunque, l'inesistenza di limiti al perseguimento dello scopo ideale (precisa *Denninger*, "mai raggiungibile")³⁵.

Ne consegue, pertanto, la indeterminatezza e incalcolabilità dei contorni dell'azione pubblica che si modula esclusivamente sulla base di un giudizio prognostico circa la probabile efficacia delle misure intraprese³⁶, in chiara antitesi con l'assetto organizzativo dello stato costituzionale democratico di diritto³⁷. Ciò rende di per sé incongrua anche l'aspettativa alla determinatezza della legge e alla proporzionalità dell'azione limitatrice dei diritti fondamentali che, si è detto, sono condizioni interne all'efficacia operativa dello stato costituzionale di diritto³⁸ giacché mirano al contenimento e al controllo dell'esercizio del potere pubblico, in particolare nella limitazione dei diritti fondamentali³⁹.

Nel caso degli atti di contrasto all'emergenza sanitaria, gli esiti di un giudizio di razionalità vengono a dipendere, in buona sostanza, dalla previa scelta

³⁵ Ibidem, p. 230.

³⁶ Ibidem, p. 229.

³⁷ Ibidem, p. 230.

³⁸ Ibidem, p. 230.

³⁹ „Wenn die Gefahr, die bekämpft werden soll, sich hinsichtlich Person, Situation und Modalität noch gar nicht konkretisiert hat, wenn mithin ganz generell Straftaten »vorgebeugt« werden soll, dann können auch Elemente des Übermaßverbotes: Geeignetheit des Mittels, seine »Erforderlichkeit« und »Verhältnismäßigkeit« in engeren Sinne, ihre maßstäbliche Funktion zur Begrenzung staatlichen Eingriffshandelns (noch) nicht entfalten“: così E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, cit., p. 24.

di metodo che il giudice compie piuttosto liberamente circa la prevalenza dell'una o dell'altra tra le logiche funzionali concorrenti⁴⁰. Tale prevalenza costituisce il presupposto implicito di una narrazione giurisprudenziale che include l'esito finale del controllo. Assecondandosi, dunque la logica della prevenzione, il giudizio di adeguatezza dell'atto viene traslato sulla congruità dell'esame prognostico effettuato dal potere pubblico competente in relazione al fine di generale sicurezza che è l'obiettivo ultimo dell'intera strategia, di cui l'atto oggetto di sindacato rappresenta un elemento. Sul presupposto di un'insuperabile relazione causale tra contingente (l'emergenza sanitaria) e ordinario normativo (la realizzazione delle "idee guida fondamentali" recate dalla Costituzione), prevale nella specie una forma di controllo di tipo causale, estranea pertanto al sistema del diritto positivo. Correlativamente, resta ignorato ogni riferimento teoretico circa la funzione dei diritti fondamentali⁴¹ quali diritti di difesa dall'ingerenza del potere pubblico e/o quali norme-principio operanti nell'ordinario svolgimento dell'esperienza, sociale ed ordinamentale, funzione che traluce sullo sfondo dello sviluppo applicativo nell'ordinaria esperienza di giurisprudenza, anche costituzionale.

4. La controversa legittimità formale degli atti emergenziali: tra riserva di legge e principio di tassatività dei limiti alle libertà costituzionali.

Sulla base di quanto detto, il riallineamento al diritto positivo del giudizio di legittimità inerente alle misure emergenziali sembra allora potersi determinare unicamente con la stretta contiguità tra interpretazione e dettato normativo, secondo l'ordine gerarchico delle rispettive norme di riconoscimento a cui gli atti giuridici posti in essere attingono vigenza e validità. Da questo punto di vista, va precisato come la regolazione dell'emergenza sanitaria non realizzi deroghe particolari all'ordinario rapporto di derivazione basato sulla corrispondenza del singolo atto alla relativa norma di riconoscimento. Ciascun atto amministrativo, di livello nazionale e locale, trova infatti specifica previsione nella norma di rango

⁴⁰ Idem, p. 228 ss.

⁴¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), cit., p. 156 ss.

superiore (ad es., il d.l.) e, quest'ultima in fine, nella norma costituzionale (art. 77 Cost.). La catena normativa così costruita asseconda perciò la relazione tipica di corrispondenza di norma condizionata a norma condizionante⁴². La connessione funzionale tra dd.l. e atti amministrativi di attuazione/esecuzione vale a realizzare il processo di concretizzazione del diritto, secondo spazi differenti di discrezionalità⁴³ colmati progressivamente dalla normazione di rango inferiore.

Tanto, però, non lascia svanire le "grosse perplessità da punto di vista costituzionale"⁴⁴ -come le definisce *Stelio Mangiameli*- sulla legittimità delle misure emergenziali, avuto riguardo nello specifico, al rispetto delle previsioni costituzionali relative ai diritti fondamentali da parte degli atti di rango primario, come, d'altro verso, alla tenuta dell'istituto della riserva di legge in materia. Sul primo versante, vincoli ai diritti di libertà sono stati disposti per ragioni diverse da quelle contemplate nella relativa disciplina costituzionale⁴⁵. D'altro verso, la previsione di atti formalmente amministrativi (ddpcm e ordinanze) attuativi della disciplina di fonte primaria ed intervenuti -anche con effetti derogatori- a precisare forme e ambiti della limitazione di tali diritti, collide con la previsione, in materia, di riserve assolute di legge che, secondo autorevole dottrina (*Crisafulli**) ammettono l'intervento di soli regolamenti di "stretta esecuzione" della legge, categoria alla quale non sembrano potersi fondatamente ricondurre i menzionati atti amministrativi per quanto gli stessi risultino conformi al dettato della norma di rango primario che li prevede.

La questione appare tanto più rilevante se si tiene conto che la mancanza, in generale, nel testo della Legge fondamentale di una specifica regolazione

⁴² ...in ossequio al modello della *Stufenbau* di Adolf Merkl e, quindi di H. Kelsen. Su tale modello, v. da ultimo H. Dreier, *Kelsen im Kontext* cit., p. 10 ss.

⁴³ In tal senso, v. H. Kelsen, *Was ist juristischer Positivismus*, in *JZ*, 1965, p. 465 ss., ora anche in H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., Band 1, p.771 ss., part. p. 779 ss.

⁴⁴ S. Mangiameli, *Intervista*, ne *il Sussidiario.net* del 03.12.2020 (con riferimento in particolare alla dichiarazione di emergenza nazionale avvenuta con delibera del Consiglio dei Ministri).

⁴⁵ E' il caso, ad es., della libertà personale, la cui limitazione viene sancita senza l'osservanza della garanzia della riserva di giurisdizione, sancita nella norma costituzionale. O si pensi ancora alla libertà di culto, la cui previsione (art. 19 Cost.) non contempla affatto ipotesi di limitazione per ragioni di sanità o di sicurezza.

dell'emergenza costituzionale, fatta salva l'ipotesi dello stato di guerra (art. 78 Cost.) comporta la ovvia conseguenza che ogni disciplina emergenziale di rango subordinato deve rimanere entro la cornice ultima data dall'osservanza delle norme costituzionali. Al di fuori di tale osservanza, oltre il giudizio d'illegittimità degli atti emergenziali, si aprirebbe il campo, ampio e indefinito, tuttavia molto problematico, dello stato d'eccezione, nel quale soltanto può trovar senso il brocardo "*necessitas facit legem*" e, così, il riferimento a fonti *extra ordinem*⁴⁶ poste in essere in ragione dell'istanza superiore di autoconservazione. Per quanto permeato di giuridicità intrinseca, come afferma, Carl Schmitt, essa non si declina nello stato d'eccezione come diritto positivo dell'ordinamento giuridico (*) ma vale a tradurre, al più, la forza reale -e in questo caso dominante- del Politico che reagisce in ogni modo ad una minaccia all'integrità istituzionale o materiale dello Stato⁴⁷.

5. Politicità dell'attività di giudizio e test di razionalità.

5.1. Il "complesso degli orientamenti normativi" che di regola costituisce presupposto di riferimento del giudizio di razionalità non vale, in questo caso, a configurare un punto di riferimento dell'attività di giudizio⁴⁸. Pur presentandosi, in generale, come una "struttura integrata di giudizio"⁴⁹ quella di proporzionalità/adequatezza resta una valutazione sensibilmente ancorata alla premessa di metodo seguita dall'organo di decisione, rispetto a cui la condotta

⁴⁶ C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *E.d.D.* XI, Milano, 1962, p. 193. Peraltro, sulla natura eterogenea di tale categoria di atti, v. in particolare L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 447 ss.

⁴⁷ Il riferimento è dunque a presupposti sostanziali che possono astrattamente giustificare la sussistenza di un'emergenza costituzionale -quali, ad es., il pregiudizio all'integrità "istituzionale" (colpo di stato) o "materiale" dello Stato (epidemie, terremoti, invasione da parte di altri stati etc.)- almeno quando ciò non costituisca elemento di uno schema normativo: ancora C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *E.d.D.* XI, Milano, 1962, p. 193.

⁴⁸ Così ancora H. Schulze-Fielitz, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, in P. Kirchhof, M. Lehner, A. Ranpach, M. Rodi (Hrsg.), *Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, cit., p. 320 ss.

⁴⁹ Al riguardo, v. da ultimo A. Lang, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, 145 (2020), p. 75 ss., part. p. 87 ss.

regolatrice è la forma di suo compimento⁵⁰. L'assenza di un paradigma di diritto positivo rivela la consistenza prognostica di un tale giudizio affidandolo, così, alla sensibilità del singolo interprete⁵¹. Peraltro, rispetto a una siffatta articolazione di metodo gli indirizzi consolidati della giurisprudenza, anche di altri ordinamenti statali, come di quella delle Corti europee⁵², quando richiamati, valgono come puntello all'argomentazione che sorregge il dispositivo della decisione.

5.2. Non è chi non veda, nel descritto declivio verso una forma di *Präventionsstaat*, il rischio di un'erosione strutturale dello stato costituzionale di diritto e delle sue fondamentali garanzie di libertà. L'assestamento estremo della logica di prevenzione rischia di compromettere, nell'esaltazione di un'istanza di efficienza nonché dell'apporto della tecnica alla base delle scelte intraprese dagli organi politici, una regressione dell'assetto ordinamentale democratico, soprattutto della centralità del Parlamento rappresentativo. Anche nella reale trasfigurazione della forma di governo parlamentare, attraverso soprattutto l'affermazione sostanziale di un monismo dell'Esecutivo, si percepisce un preoccupante arretramento dell'assetto organizzativo e di principio sancito nella Carta costituzionale e su cui deve fondarsi, di regola, sia l'azione della politica - concentrata unicamente sulla prevenzione e il superamento della pandemia- sia quella della giurisdizione.

Tuttavia proprio quest'ultima appare fortemente permeata, nell'esperienza di sindacato sugli atti di gestione dell'emergenza sanitaria, dall'attenzione, a volte estrema, alla strategia della prevenzione.

Tranne qualche caso (pochi) in cui si è rilevata l'irragionevolezza (non necessarietà) della misura in relazione alla compressione eccessiva di libertà

⁵⁰ Si pensi, ad es., alle limitazioni recate alla libertà personale (art. 13 Cost.), di domicilio (art. 14 Cost.), di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), alla libertà di riunione (art. 17 Cost.) e di associazione (art. 18 Cost.) e, in fine, alla libertà di culto (art. 19 Cost.).

⁵¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), cit., p. 159.

⁵² In tal senso, v. anche M. Jestaedt, *Wie das Recht, so die Auslegung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 55 (2000), p.133 ss., part. p. 136 ss.

fondamentali⁵³, nell'orientamento della giurisprudenza la logica della prevenzione ha fatto premio sul complesso delle altre istanze e degli interessi concorrenti. In particolare, poca attenzione hanno finito per trovare le doglianze d'illegittimità avanzate da singoli per l'assunta irragionevolezza (sproporzionalità) della compressione di tali libertà, con l'esito di indebolire notevolmente la tutela giuridica dei diritti fondamentali, privandola di un solido ancoramento strutturale. In questa fase, la dottrina ha finito per sopperire alle maglie larghe e piuttosto deboli di una tutela giurisdizionale mantenendo vivo il fuoco dell'attenzione sullo Stato costituzionale di diritto e i suoi principi.

6. Conclusioni.

La fatale contaminazione di approcci di metodo eterogenei attinenti, rispettivamente, all'essere (bilanciamento, adeguatezza) e al dover essere (contenuti della norma di riconoscimento) ha concorso a realizzare una conversione del pratico-scientifico nel normativo, che giunge a condensarsi nella narrazione giurisprudenziale. Affievolisce, di conseguenza, la distinzione/separazione tra sistemi sociali⁵⁴ (oltre che la differenziazione tra scienza giuridica e diritto positivo⁵⁵) e, sfumandosi la funzionale differenziazione tra la politica e la sfera del diritto (positivo), quest'ultima finisce per assorbire -come si è detto (v. *supra*)-

⁵³ V. da ultimo Trib. Roma sez 6. civ., ord.za n. 45986/2020 (R.G. del 16.12.2020), in cui l'organo di decisione ha espressamente fatto riferimento ai molteplici vizi di illegittimità riguardanti i ddpcm, a cominciare dalla "compressione dei diritti fondamentali degli italiani in palese violazione della Carta Costituzionale". V. pure sentenza n. 516/2020 del Giudice di pace di Frosinone ove si precisa che "neppure una legge potrebbe prevedere nel nostro ordinamento l'obbligo della permanenza domiciliare, direttamente irrogato a tutti i cittadini dal legislatore, anziché dall'autorità giudiziaria con atto motivato, senza violare il ricordato art. 13 Cost.". Trattandosi, peraltro, nella fattispecie, di un dpcm (del 9.3.2020) oggetto di impugnazione, "cioè di un atto amministrativo", nessun vincolo insorge nello stesso giudice di merito di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, dovendosi invece procedere direttamente alla "disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo per violazione di legge.". Lo stesso giudice ha ritenuto, più in generale, la non pertinenza rispetto al caso di specie della legge (codice della protezione civile) che prevede la dichiarazione dello stato di emergenza, riferendosi quest'ultima unicamente a calamità naturali o a eventi comunque calamitosi, causati dall'azione dell'uomo: ma nulla nella previsione legislativa "è riconducibile al rischio sanitario.

⁵⁴ M. Jestaedt, *Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in T. Vesting, S. Koriot (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen, 2011, p. 323 ss.

⁵⁵ In tal senso, H. Kelsen, *Zum Begriff der Norm* (1965), ora anche in H.R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit., Band 2, p. 1189 ss., part. p. 1193.

elementi e categorie di altri sistemi sociali (politica, natura, cultura, etc.) così riducendosi nella sua autonoma consistenza di sistema chiuso che definisce da sé il proprio codice binario (legittimità/illegittimità o di diritto/fatto)⁵⁶. In questa dimensione, nell'apprezzamento di razionalità confluisce anche l'assestamento dell'istanza materiale di Giustizia che si fa risalire alla Costituzione (*), così da conferirle una connotazione, seppur mediamente, giuridica.

A tanto, può aggiungersi la reale difficoltà di riuscire a coniugare, in un equilibrio condiviso, la condizione della persona quale soggetto di diritti e quale titolare di obblighi fondamentali di solidarietà⁵⁷. Non può passare inosservato il fatto che, all'imprinting comunitario che marca la lotta all'emergenza sanitaria si abbina una percezione sinallagmatica del rapporto che lega, per un verso, la prestazione di una tutela dei beni della vita e della salute collettiva da parte del potere politico all'esercizio esteso e dominante dell'istanza di autorità, secondo uno schema di stampo hobbesiano⁵⁸. Nella dimensione esistenziale traspare la forza del vincolo tra i due termini del suddetto rapporto in una forma che tuttavia poco o nulla ha a che vedere con la logica dello stato costituzionale e delle sue garanzie apprestate alla sfera di libertà dell'individuo.

Il risalto della relazione tra protezione nella forma della prevenzione ed incremento dell'autorità non rende ingiustificata o peregrina la sensazione che, in tale esperienza, lo Stato si mostri nella sua condotta di soggetto sociale e non, invece, nella veste di fenomeno giuridico⁵⁹. Nel riconoscimento della duplice identità dello Stato⁶⁰ è insita la possibilità di una translitterazione del primo dal piano del diritto positivo a quello dell'agire di fatto, emancipato dal sistema degli auto-vincoli corrispondenti all'osservanza dei diritti fondamentali⁶¹. Il postulato di

⁵⁶ Sul punto, da ultimo, v. anche U. Di Fabio, *Staat im Recht*, Tuebingen, 2020, part. pp. 14/15 e p. 19 ss.

⁵⁷ In tal senso, v. ancora E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, cit., p. 47.

⁵⁸ ...dove obbedienza e protezione appaiono i termini sinallagmatici di tale schema.

⁵⁹ Sulla teoria die „due lati“ dello Stato, v. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1929, p. 137 ss.

⁶⁰ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Nachdruck 1993, Wien, 1993, part. p. 95 ss.

⁶¹ Sulla natura dei diritti fondamentali quale auto-vincolo dello Stato all'esercizio dei propri poteri, v. ancora G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1929, p. 137 ss.

una “superiorità dell’esistente sulla vuota normatività” avvolge in un cono d’ombra la dimensione giuridico-ordinamentale dello Stato rendendo, di conseguenza, poco congruente il riferimento a un qualsivoglia paradigma di controllo⁶², anche sotto il profilo della razionalità ⁶³. In questa dimensione fatalmente recede la portata normativa della Costituzione, come la sua funzione di ordinamento fondamentale della comunità politica⁶⁴ o della convivenza sociale⁶⁵ o, in fine, di medio del processo di cambiamento sociale⁶⁶.

L’ indulgenza protratta verso un’assiologia della prevenzione reca con sé, dunque, un pericolo non marginale per l’ordinamento giuridico, nella misura in cui realizza un’elusione delle garanzie sancite dal diritto positivo. A un pericolo siffatto -va in conclusione ribadito- nessuna condizione del reale, nemmeno quella grave dell’emergenza sanitaria, può offrire anche indirettamente un appiglio di giustificazione.

⁶² C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928) Berlin 1970, p. 107; Id., *Politische Theologie* (2. Ausgabe: 1932), 9. Aufl., Berlin, 2004, p. 11.

⁶³ Sulla Costituzione come processo, da ultimo, cfr. H.M.Heinig, T. Kingreen, O. Lepsius, C. Möllers, U. Volkmann, H. Wißmann, *Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaften in Zeiten der Corona-Krise*, in *JZ*, 2020, p. 861 ss., part. p. 862.

⁶⁴ Sul punto, v. in particolare U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 50 ss.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 57 ss.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 67 ss.