

## **Emergenza sanitaria ed emergenza costituzionale: tra teoria della Costituzione e pratica del diritto positivo**

di

Vincenzo Baldini\*

1. Ne *“Il nome della rosa”*, il più noto romanzo di Umberto Eco, Guglielmo da Baskerville (il protagonista) alla fine della storia rivolgendosi al suo allievo-terziario gli dice: *“Tu hai vissuto in questi giorni ... una serie di avvenimenti in cui ogni retta regola sembrava essersi sciolta”*. La *“retta regola”*, di cui si parla, ha riguardo a quell’ordine *“normale”* delle cose e del tempo che le vicende descritte nel romanzo e vissute dal novizio sembravano irrimediabilmente aver messo in discussione, al punto da creare nel giovane disorientamento e sconcerto fino a lasciargli si trattasse della nascita di un *“nuovo”* ordine, governato da regole ingiuste e intollerabili. Una frase, quella dell’arguto e sapiente frate inglese, che tornerebbe utile, oggi, per spiegare ad un ipotetico osservatore ciò che a molti appare come un arretramento ed una debolezza del tessuto costituzionale vigente di fronte all’emergenza sanitaria. La *“retta regola”* apparsa sciolta sarebbe, perciò, il diritto costituzionale, tanto di natura organizzativa che sostanziale, regressivo nella sua effettiva capacità ordinatrice nel contesto della pandemia dilagante e perciò superato dalla severità delle misure adottate per contrastare questa situazione.

Realizzazione di uno stato di emergenza *“di lungo corso”*, tuttora presente; impiego della decretazione d’urgenza come forma *“ordinaria”* di gestione dell’emergenza; attuazione in forma amministrativa delle strategie di lotta alla pandemia, riconoscendosi all’autorità amministrativa competente ampi spazi di discrezionalità nella esatta previsione di misure restrittive dell’esercizio di diritti di libertà, sovente

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

non in linea con i criteri ordinari di proporzionalità in senso ampio (necessarietà, essenzialità, adeguatezza etc.) di regola impiegati quali paradigmi di giudizio nel sindacato sulla ragionevolezza della limitazione di tali diritti; sanzioni rigorose per chi violasse tali misure. Sono, quelli appena indicati, alcuni tra i profili caratteristici della gestione in via esclusivamente governativa dell'emergenza sanitaria, a cui si aggiunge anche l'attribuzione agli organi monocratici di governo territoriale del potere di inasprire tali misure, in via di prevenzione, in presenza di un aggravamento nelle rispettive aree territoriali del livello di contagio .

Tanto, seppure integra un modello efficace di prevenzione sanitaria, sembra tuttavia privo di ancoramenti normativi di livello costituzionale ma parrebbe piuttosto assecondare un modello ordinamentale "atipico", incardinato sul principio di autorità, distinto e diverso da quello proprio degli ordinamenti costituzionali democratici. E' inevitabile, allora, che il complesso delle misure intraprese per combattere l'emergenza sanitaria rappresenti, oggi, l'orizzonte di un confronto dialettico di natura scientifica non meno che politica, tra chi ne contesta ogni inquadramento costituzionale e chi, invece, lo configura in linea con la Legge fondamentale, in ragione della primazia accordata da quest'ultima al Bene della vita e della salute rispetto ad ogni altro interesse pubblico, inclusa la tutela delle libertà e degli altri diritti costituzionali.

Di certo, primazia logica e/o etica, perfino naturalistica, di un Bene o di un interesse non necessariamente equivale a primazia anche giuridica e costituzionale, quanto meno perché il diritto positivo non deriva da regole di natura ma attinge il proprio riconoscimento e la propria legittimazione in norme giuridiche, secondo la logica dell'assetto piramidale del sistema legale delle fonti<sup>1</sup>. Ciò è vero soprattutto per i diritti/valori costituzionali, per i quali la stessa Legge fondamentale non ne asseconda alcuna ordinazione in via gerarchica laddove, invece, l'istanza di libertà figura -si è detto- accanto a quella democrazia concorrono a plasmare l'intero sistema giuridico. Insistere sulla primazia costituzionale del Bene della vita/salute in ragione della sua priorità logica significa, dunque, esporsi all'insidia di lasciar scivolare l'analisi scientifica dalla dimensione giuridico-positiva a quella più propriamente scientifico-

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), Tübingen, 2008, part. p. 100 ss.



scopo ultimo del superamento di tale fase, a prescindere da ogni stretto riferimento paradigmatico al diritto costituzionale, non inteso nella specie nel suo valore di norma condizionante.

In un senso più strettamente giuridico-positivo, l'emergenza costituzionale assume rilievo solo in quanto categoria del diritto positivo, vale a dire tipizzata attraverso norme di rango costituzionale. Né basta, a tal fine, la previsione di una mera norma attributiva di potere (sul modello dell'art. 48 c. 2 WV)<sup>5</sup> ma occorre la statuizione di cerniere normative in grado, come tali, di chiudere il sistema limitando l'esercizio dei poteri al solo tempo necessario per il superamento della fase di emergenza e disponendo garanzie di tenuta dell'ordine costituzionale (es., permanente convocazione delle Assemblee parlamentari e divieto di loro scioglimento per tutta la durata dell'emergenza, etc.).

Tale regolazione costituzionale, strutturalmente flessibile in quanto in ogni caso efficace *rebus sic stantibus* intende assicurare, anche in circostanze straordinarie, l'efficacia della forza limitatrice del diritto positivo costituzionale contro il rischio di debordamenti della politica, la capacità del diritto di costituire comunque il termine paradigmatico di verifica dell'esercizio legittimo del potere pubblico.

In un'ulteriore accezione una tipizzazione dell'emergenza può rinvenirsi nella anche in assenza di un'espressa disciplina costituzionale, desumendone i presupposti dalla natura del pregiudizio recato alla preservazione dello Stato e dal testo complessivo della Legge fondamentale i criteri e i limiti della sua gestione<sup>6</sup>. Quest'ultima soggiacerebbe comunque all'osservanza del diritto costituzionale, in particolare in relazione alla sospensione dei diritti costituzionali ed ai tempi di efficacia delle relative misure emergenziali.

Tale prospettiva, che muove dalla legittimazione dello Stato-persona o ordinamento fondamentale democratico-liberale<sup>7</sup> a disporre di una "naturale" diritto di autodifesa contro ogni situazione possa porre in pregiudizio la propria integrità,

---

<sup>5</sup> Al riguardo v. anche C. Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Tübingen, 2018, p. 176 ss (sul profilo specifico dello stato di emergenza, v. p. 278 ss.).

<sup>6</sup> C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)* in *E.d.D.*, XI, Milano, 1962, p. 140 ss., part. p. 194.

<sup>7</sup> U. K. Preuß, *Demokratische Substanz und politische Verkehrsformen*, in Id., *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt am Main, 1973, p. 102 ss., part. p. 103.

appare per molti versi di problematica configurazione, soprattutto, lascia ad ogni interprete l'ampia scelta di qualificare, in ultima analisi, la natura della fattispecie emergenziale e degli atti con i quali l'autorità pubblica ritenutasi competente interviene a contrastarla. (AMPL).

2.1. Alle differenti accezioni dell'emergenza costituzionale corrispondono, come si è detto, differenti approcci di metodo nell'analisi dell'esperienza. Un primo approccio si concentra essenzialmente sull'opportunità politica dei singoli atti giuridici apprezzata in ragione della loro effettiva adeguatezza/idoneità rispetto all'effetto mirato e, più in generale, al fronteggiamento dell'emergenza. Un diverso approccio, di connotazione dogmatica, muove alternativamente dalla previa consapevolezza dell'emergenza costituzionale come fattispecie giuridica, regolata dalla stessa Legge fondamentale; oppure dalla sua estraneità all'ordinario assetto giuridico-positivo.

Nel primo caso, la tutela dello Stato costituzionale di diritto è assicurata dalla regola giuridica di necessaria conformità degli atti emergenziali alla sovraordinata cornice normativa della Legge fondamentale, pertanto, dalla possibilità di attivare in modo effettivo il sindacato giurisdizionale sulla legittimità, anche costituzionale, di tali atti. Nel secondo caso, la giustificazione degli atti in questione quali misure *extra-ordinem* tende a collocarli, verosimilmente, nell'orizzonte reale dello stato di eccezione<sup>8</sup>.

In base a quanto finora detto, dunque, non si mostra senza rilievo la distinzione tra Costituzioni che disciplinano -seppure con connotazioni differenti, secondo i casi- l'emergenza costituzionale ed altre che, invece, difettano di una tale disciplina. Soltanto nel primo caso, sembra a chi scrive che l'azione dello Stato di contrasto all'emergenza, mirata a preservare l'unità politica e l'integrità della sua funzione di garante di un ordinamento della pace<sup>9</sup> possa intendersi come condotta giuridica secondo il diritto positivo, persino allorquando essa violi, nei singoli atti, alcune regole costituzionali.

---

Su una specifica distinzione tra caso regolare e caso-limite (*Normalfall* ed *Ernstfall* o *Ausnahmefall*), ove quest'ultimo si apre alla regolazione di fatto, v. tra gli altri O. Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn – München – Wien – Zürich, 2007, part. p. 40 ss. (in cui peraltro l'A rileva l'identità sul piano giuridico-normativo di *Ernstfall* e *Ausnahmefall*..

<sup>9</sup> Conforme, E. W. Böckenförde, *Biografisches Interview* von D. Gosewinkel, in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, p. 362.

Nel secondo caso, invece, esclusa ogni ipotesi di costituzionalizzazione implicita (v. *supra*), l'esercizio del potere statale dev'essere declinato come pura espressione del Politico, capace di generare un diritto emergenziale basato su una nuova *Grundnorm*, parallela e distinta rispetto a quello dell'ordinamento giuridico statale.

3. Si può ora provare a comprendere meglio i caratteri dell'esperienza di gestione dell'emergenza sanitaria in Italia, sulla premessa che la Carta repubblicana del '48, a differenza di altre carte costituzionali europee pregresse e contemporanee (Spagna, Francia e anche Germania) non reca alcuna disciplina specifica dell'emergenza costituzionale, fatta eccezione per il solo caso di guerra (art. 78 Cost.) per il quale, peraltro, si definisce una soluzione organizzativa del tutto coerente con l'assetto ordinario della forma di governo parlamentare, definita in Costituzione<sup>10</sup>. Non sembra valere a tanto la previsione dell'art. 77 c. 2 Cost., poi, che intesta al Governo il potere di adottare in "casi straordinari di necessità e urgenza" "provvedimenti provvisori" dotati della forza di legge. Si tratterebbe piuttosto, nella specie, di uno strumento generale per il fronteggiamento della cd. "piccola emergenza"<sup>11</sup>, in relazione al quale, peraltro, non rileva alcuna competenza alla sospensione di diritti fondamentali in casi e modi diversi ed ulteriori da quelli stabiliti nelle singole previsioni costituzionali.

La portata operativa del d.l. deve mantenersi, perciò, entro la sfera normativa costituzionale, in una relazione di piena osservanza con la stessa. L'efficacia di fonte primaria di tale atto lo rende idoneo a corrispondere solo in via provvisoria e per ragioni d'urgenza alla riserva di legge prevista, di regola, dalla stessa Costituzione a garanzia della limitazione dei diritti fondamentali. Del resto, anche l'alterazione dell'assetto ordinario di riparto delle funzioni tra organi costituzionali si giustifica, in tale previsione, momentaneamente ed in ragione della straordinarietà ed urgenza della fattispecie, senza che ciò giunga ad implicare un ribaltamento dell'organizzazione fondamentale dello Stato, conseguente ad es., all'attribuzione ad un organo specifico della competenza esclusiva a governare un'emergenza costituzionale.

---

<sup>10</sup> Secondo l'art. 78 Cost., alle Camere spetta la deliberazione dello stato di guerra, in seguito alla quale queste ultime conferiscono all'Esecutivo i (soli) "poteri necessari" alla gestione della crisi bellica. Sul punto, v. soprattutto M. Scudiero, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, *passim* (soprattutto, v. p. 47 ss.).

<sup>11</sup> Così, v. E. W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in NJW, 1978, p. 1884.

In carenza di espressa regolazione positiva dell'emergenza costituzionale il sopraggiungere di situazioni impreviste e imprevedibili che minacciando l'integrità materiale o politico-istituzionale del Paese<sup>12</sup> implicano, a rigore, un'analisi delle misure di prevenzione adottate dallo Stato alla stregua dell'intera disciplina costituzionale. Di converso, intendendosi tali misure quali provvedimenti *extra-ordinem* si finirebbe per decampare dalla sfera del diritto costituzionale "ordinario" collocandosi, ancora, sul piano sdrucchiolo della politica. Stante l'estraneità alla Costituzione della categoria dell'emergenza (costituzionale), l'esigenza di inquadrare la gestione della pandemia all'interno del perimetro ordinamentale, apprezzandola secondo il codice giuridico della legittimità/illegittimità dei singoli atti, appare senz'altro lineare con l'esigenza di corrispondere ad un'analisi di tipo giuridico-positivo della condizione emergenziale. Tale condizione non sembra da sola in grado di giustificare l'inquadramento come fattispecie giuridica della reazione statale alla situazione imprevista di pericolo, né può valere, in assenza di specifiche previsioni costituzionali, a ricondurla entro l'osservanza di vincoli procedurali e sostanziali (casi e modi, bilanciamento, proporzionalità), oltre che organizzativo-istituzionali (riserva di legge).

Come si è detto, la natura dello strumento governativo di cui all'art. 77 c. 2 Cost. non tollera il suo impiego protratto e sistematico che, pertanto, finirebbe per vanificare la condizione di intrinseca provvisorietà propria di esso favorendo, così, l'arretramento del ruolo delle camere parlamentari e inducendo così "gravi dubbi relativamente agli equilibri istituzionali e ai principi costituzionali" (sent. n. 302/88). A risultare compromessa sarebbero in ultima analisi i "caratteri stessi della forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 Cost.)" (sent. n. 360/96). Solo collocandosi nell'orizzonte dello stato d'eccezione una così evidente alterazione della forma di governo potrebbe risultare ammessa in quanto rientrante nel novero della decisione spettante al sovrano per il superamento dell'emergenza, dunque nell'ottica di un apprezzamento eminentemente politico.

4. La giurisprudenza costituzionale, dunque, ribadisce, anche a parità di forza formale, la non equivalenza di legge -quale atto del Parlamento- atto con forza di legge, di

---

<sup>12</sup> C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)* in *E.d.D.*, XI, Milano, 1962, p. 140 ss., part. p. 194.

matrice governativa. L'esclusività della prima come forma tipica di decisione politica, oltre che come fonte del diritto, è funzionalmente connessa ai caratteri complessivi che concorrono ad accreditarla come espressione di quella razionalità sostanziale propria della democrazia parlamentare<sup>13</sup>. Il suo procedimento di formazione in cui si realizza in maniera compiuta non soltanto la dialettica degli interessi all'interno delle stesse Assemblee rappresentative ma anche la trasparenza e comprensibilità del processo d'integrazione politica, finisce per conferire all'atto stesso, da questo punto di vista anche un'eccedenza di valore reale nel contesto dello Stato democratico di diritto<sup>14</sup>.

In questa prospettiva, meglio rileva anche la portata assiologica della Costituzione quale ordinamento essenziale (*Rahmensordnung*) che dispone le condizioni regolative e le norme procedurali essenziali entro cui vengono a contenersi le dinamiche del pluralismo politico<sup>15</sup>. Tale costruzione esalta la peculiare consistenza normativa della Carta, che reca disposizioni funzionalmente molto eterogenee (regole di principio, norme di scopo, formule di compromesso etc.) e si pone, per ciò, in una posizione piuttosto marginale -se non proprio estranea- al contesto complessivo dell'ordinamento statale. In tale specifica consistenza per la tenuta dell'unità politica dello Stato<sup>16</sup> emerge la stretta relazione funzionale di Costituzione e sfera della politica<sup>17</sup> nella quale -si è detto- trova un valido fondamento la peculiarità formale e sostanziale della legge, rispetto ad ogni atto pur dotato della medesima efficacia. Tanto, in coerente corrispondenza con l'intensa densità democratica delle Assemblee rappresentative nel quadro dell'assetto della forma di governo.

5. Una diversa angolazione problematica dell'emergenza costituzionale muove dalla generale premessa -formulata, in origine, dal *Hermann Heller*, ripresa anche da *E.-W. Böckenförde*- dell'esistenza di una relazione di fatto tra norma giuridica e realtà sociale,

---

<sup>13</sup> Così specificamente K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 63 Rdn. 138.

<sup>14</sup> In proposito, v. anche W. Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch*, in *AöR* 130 (2005), p. 5 ss, part. p. 12 ss..

<sup>15</sup> E. W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik* (1976), ora in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss., part. p. 58.

<sup>16</sup> E. W. Böckenförde, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitt* (1988), cit., p. 344 ss.

<sup>17</sup> E. W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, cit., part. p. 58.

intesa come condizione presuppositiva in grado di incidere sull'effettività della prima<sup>18</sup>. L'alterazione o la deformazione della *Normallage*, infatti, verrebbe di fatto a ridurre, fino ad annullarla, l'efficacia regolatrice della norma giuridica *de qua*<sup>19</sup>. Riferita anche alle norme costituzionali, ciò condurrebbe a ritenere lo stato d'eccezione come la conseguenza fisiologica della carenza di un tale presupposto metagiuridico, un evento inevitabile in conseguenza della sopravvenuta perdita di capacità responsiva della Legge fondamentale causata dalla situazione straordinaria ed imprevedibile venuta in essere. Tale condizione, mirata al ripristino dell'ordinario vincolo relazione tra Costituzione e condizione sociale anche attraverso atti *extra-ordinem*, andrebbe inquadrata e descritta in relazione al fine ultimo del ripristino dell'ordine costituzionale violato.

Di una evidente alterazione della *Normallage* costituzionale, tuttavia, può parlarsi solo in riferimento a casi estremi di emergenza che pongono in serio pregiudizio la continuità e la tenuta dell'ordine esistente minacciando in modo grave il funzionamento degli stessi organi costituzionali (es.: colpo di stato, aggressione militare etc.) così da richiedere un'immediata reazione dello Stato per la preservazione e la difesa di un tale ordine, o per il suo immediato ripristino, anche attraverso le forme del diritto *extra-ordinem*. Anche la grave deformazione delle condizioni che sottendono il confronto tra le forze politiche, come la rinuncia al metodo democratico di cui all'art. 49 c. 2 Cost., può indurre in ultima analisi un'erosione della relazione sottostante tra norma e realtà sociale attraverso la progressiva recessione dell' *ethos* democratico<sup>20</sup>.

Al di fuori di tale ristrette ipotesi, sembra piuttosto problematico ipotizzare un'alterazione dell'*humus* politico-sociale a cui implicitamente allude la Costituzione come condizione sociale ordinaria di riferimento. Non sussiste, invece, un'esatta

---

<sup>18</sup> „Eine gewisse Normalität ist gewiß die dauernde Voraussetzung der Normativität, und zweifellos gibt es „keine Norm, die auf den Chaos anwendbar wäre“ “: H. Heller, *Staatslehre*, 6. Aufl., Tübingen, 1983, part. p. 288 richiamandosi anche al pensiero di Carl Schmitt (*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München 1922, S. 13). Conforme, v. anche E. W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in *NJW*, 1978, p. 1884.

<sup>19</sup> „Die Geltung einer Norma setzt denjenigen Allgemeinzustand voraus, für den sie berechnet ist, und ein völlig unberechenbarer Ausnahmezustand kann auch normativ bewertet werden.“: così, ancora, H. Heller, *idem*.

<sup>20</sup> In proposito, v. E. W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora in *Id.*, ora in *Id.*, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 92 ss., part. p.112. Ma v. anche *Id.*, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in *Id.* *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 289 ss., part. p. 351 ss.

corrispondenza tra norme costituzionali e norme ordinarie in relazione alla loro relazione con il contesto sociale quale fattore di garanzia dell'effettività regolatrice, anche in considerazione della particolare elasticità delle previsioni costituzionali che ne favorisce il permanente adattamento agli sviluppi di tale contesto valorizzandosi, così, l'eccedenza assiologica della Costituzione quale cornice ordinamentale essenziale dei processi politici di decisione.

6. Nell'emergenza sanitaria presente, si è detto, emergono almeno due aspetti peculiari che concorrono a renderne problematica la giuridica configurazione, un primo aspetto attiene alla natura degli atti formali che ne scandiscono, rispettivamente, esistenza e regime giuridico. Un secondo aspetto, di ordine metagiuridico, ha riguardo invece ai fattori reali di influenza e condizionamento che influenzano le dinamiche di tale esperienza incoraggiando letture in chiave eminentemente politico-sostanziale dell'azione dello Stato.

Sul primo versante va ribadito come la dichiarazione governativa dello stato di emergenza sanitaria, adottata in conformità al suo presupposto di natura legislativa non sembra in grado di giustificare l'apertura di una fase di emergenza costituzionale, mancando il presupposto in parola di un adeguato riferimento alla normativa costituzionale. La delibera del Consiglio dei Ministri, pertanto, legittima unicamente l'attivazione di procedure e il ricorso ad atti che il T.U. in materia di protezione civile sancisce in relazione a tale fattispecie. La citata amministrativizzazione dell'emergenza, vale a dire la catena di atti formalmente amministrativi (dd.p.c.m.; ordinanze ministeriali, etc.) attraverso cui si procede alla gestione specifica della situazione produce principalmente l'effetto, rilevante al livello costituzionale, di sottrarre tale gestione al controllo parlamentare deferendola per intero al circuito di decisione governativo e rimettendo esclusivamente agli organi giurisdizionali il controllo di legittimità dei relativi atti. Quest'ultimo peraltro ha finito per generare un pluralismo di indirizzi dipendenti dai differenti apprezzamenti del giudice circa la razionalità - intesa come proporzionalità/adequatezza- delle restrizioni recate all'esercizio di diritti fondamentali.

Dal punto di vista dell'assetto organizzativo fondamentale dello Stato, appare in generale discutibile l'inversione a favore di un centralismo dell'Esecutivo<sup>21</sup> che finisce per avvolgere in un cono d'ombra il ruolo delle Camere parlamentari e, così, della legge quale atto di decisione politica (v. supra). Tanto, finisce inoltre per aggravare la già conclamata crisi della democrazia costituzionale-parlamentare<sup>22</sup> la cui strutturale debolezza<sup>23</sup> o, peggio ancora, inadeguatezza in una società del sapere<sup>24</sup>, trova una conferma, seppure indiretta, nella sfiducia dei cittadini nei confronti dell'agire democratico<sup>25</sup>.

6.1. E' noto peraltro che sul versante dell'effettività delle norme anche costituzionali, rilevano in modo tutt'altro che marginale fattori di natura non giuridica trascendenti, dunque, il diritto costituzionale positivo<sup>26</sup>, a partire da un complesso dei presupposti<sup>27</sup> dalla cui esistenza viene a dipendere l'effettività dei diritti fondamentali "o la possibilità di una loro pratica garanzia". Tra essi, può farsi rientrare anche la relazione di corrispondenza tra norma e situazione sociale<sup>28</sup> nel senso sopra descritto, che rafforza l'aspirazione alla vigenza di pieno regime delle stesse garanzie costituzionali. Non è tanto, al riguardo, un problema di vigenza formale delle singole norme quanto soprattutto della loro reale capacità e portata operativa nel contesto dell'esperienza ove si trovano a spiegare effetti, ragion per cui le stesse vengono a risultare "naturalmente"

---

<sup>21</sup> ... riflesso anche negli ampi poteri attribuiti, al riguardo, a sindaci e Presidenti di Regioni.

<sup>22</sup> Sulle debolezze del Legislativo come causa di erosione della democrazia, v. anche S. Issacharoff, *Die Defizite der Demokratie*, in *Der Staat*, 56 (2017), p. 329 ss., part. p. 338 ss.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Conforme, v. U. Volkman, *Krise der konstitutionellen Demokratie*, in *Der Staat*, 58 (2019), p. 643 ss., part. p. 649.

<sup>26</sup> Così nello specifico J. Insensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung*, in J. Insensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band V, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, p. 353 ss., part. p. 356 (Rdn. n. 7). In tal senso, richiamando lo stesso Insensee, v. anche M. Jestaedt, *Verfassungstheorie als Disziplin*, in O. Depenhauer, C. Grabenwerter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, p. 3 ss., part. p. 26 ss.

<sup>27</sup> J. Insensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung*, cit., p. 356.

<sup>28</sup> Nello stesso ordine di idee, le aspettative costituzionali si delineano come correlati fattuali della libertà, condizioni che favoriscono l'equilibrio armonico tra "realizzazione dei diritti e bene comune" sulla premessa della configurazione dei diritti stessi quale fondamento di coesione della comunità, che dal loro esercizio attinge esistenza e sviluppo. Ibidem, p. 437 (Rdn. 164 ss.: „Thema der Verfassungserwartung sind die Bedingungen, unter denen die Grundrechtsrealisierung und das Gemeinwohl zusammenstimmen“).

esposte a oscillazioni anche nella loro capacità responsiva quando variano i presupposti (o le aspettative) funzionalmente connessi<sup>29</sup>.

7. In definitiva, la carenza di un'espressa disciplina dell'emergenza costituzionale pone di fronte ad una irrinunciabile alternativa di (approccio di) metodo: ribadire l'ordinaria irreggimentazione dell'emergenza sanitaria nella cornice delle norme costituzionali che, pertanto, si assumono a parametri di apprezzamento costante della legittimità delle misure intraprese escludendosi, di conseguenza, ogni potenziale riferimento allo stato d'eccezione in quanto categoria dell'essere, non del dover essere<sup>30</sup>. Un tale approccio, oltre ad apparire senz'altro congruo e corretto, sul piano del diritto positivo, rafforza la garanzia di continuità della tutela giurisdizionale contro atti lesivi di diritti e libertà fondamentali che può giungere fino a sollecitare l'intervento del giudice costituzionale.

L'alternativa a tale impostazione, sul presupposto della carenza della norma-base condizionante, è la prefigurazione reale di uno stato d'eccezione in alternativa alla possibilità di ricondurre il diritto dell'emergenza nel senso di cui si è detto (v. supra) ad un presupposto normativo ultimo distinto e parallelo alla *Grundnorm* posta a supporto dell'ordine costituzionale esistente. Ciò in quanto l'analisi di forme e contenuti degli atti cd. emergenziali lascia adombrare ogni difficoltà di ancoramento di tale gestione al diritto costituzionale vigente.

8. Il punto di arrivo dell'analisi qui condotta finisce inevitabilmente per risentire anche delle premesse teoretiche di senso della Costituzione, in particolare secondo la percezione prevalente dello Stato costituzionale di diritto. Il "doppio canale" di una lettura in chiave eminentemente giuridico-positiva o, invece, più politico-assiologico-funzionale della Legge fondamentale, qui adombrato, è la conseguenza del pluralismo degli approcci e delle percezioni dedotte dalle stesse previsioni costituzionali. Nemmeno una lettura che involga, nel contempo, elementi normativi ed elementi

---

<sup>29</sup> U. K. Preuß, *Demokratische Substanz und politische Verkehrsformen*, in Id., *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt am Main, 1973, p. 102 ss., part. p. 103.

<sup>30</sup> In tal senso, v. anche G. Lübke-Wolff, *Rechtsstaat und Ausnahmerecht: Zur Diskussion über die Reichweite des 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl)*, 1980, p. 110 ss., part. p. 118 ss.

fattuali dell'emergenza sembra riuscire nell'impresa di attribuire alla stessa una precisa identità di natura giuridica.

Del resto, pur non trattandosi di un'emergenza costituzionale, quella che si sta vivendo è comunque una situazione che si attesta su un terreno sdrucchiolo in cui meno netto si mostra la distinzione tra diritto e politica. Tensivo e, in certi passaggi, persino conflittuale appare il confronto tra Costituzione delle libertà e Costituzione della solidarietà, tra la Costituzione dell'individuo e la Costituzione a vocazione comunitaria. Basti pensare, in questo senso, alla differente percezione delle misure limitative delle libertà fondamentali, anche della libertà di autodeterminazione individuale in materia sanitaria, in relazione all'estesa campagna vaccinale, costruita - oltre che sulla protezione della vita individuale- sul dovere morale di solidarietà che tuttavia, sul piano giuridico trova un riscontro formalmente contraddittorio nella carenza di una legge parlamentare istitutiva di un obbligo generale di trattamento sanitario, ex art. 32 c. 2 Cost.

Nelle incongruenze costituzionali che si accompagnano alla strategia governativa di lotta alla pandemia, insomma, traluce una gestione dell'emergenza sintomatica di un regime di eccezione.

Balena, qui, la dimensione propriamente politico-sociale dello Stato come inteso, ad es., dalla classica dottrina del diritto pubblico -da G. Jellinek <sup>31</sup>, C.F. Gerber <sup>32</sup> a O. von Gierke<sup>33</sup>, in fine a Carl Schmitt - preesistente al diritto positivo e, come tale, in grado di emanciparsi, seppure nelle circostanze estreme, dal "fardello" di ogni formale tutela dei diritti fondamentali<sup>34</sup>. Lo stato di emergenza sanitaria presente finisce inevitabilmente per accentuare la tensione tra la dimensione debordante del Politico<sup>35</sup> e quella dei limiti del diritto positivo, ricomponendola -o, piuttosto, sublimandola- nella prevalenza assoluta dell'interesse ultimo alla preservazione dell'unità politica e della condizione di ordinamento di pace e sicurezza propria dello Stato stesso.

---

<sup>31</sup> G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1929, part. p. 145 ss.

<sup>32</sup> C. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* (1913), Darmstadt, 1968, part. p. 27 ss.

<sup>33</sup> C. F. Gerber, *Über öffentliche Rechte* (1913), unveränd. Nachdruck der Ausgabe, Darmstadt, 1968, p. 18 ss, p. 65.

<sup>34</sup> Così E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin, 1978, p. 20 (e, ivi, v. anche nota n. 20).

<sup>35</sup> U. Volkmann, *Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, in *Der Staat* 54 (2015), p. 41.

Il distico dialettico tra Stato-soggetto sociale e Stato costituzionale di diritto, tra integrità del diritto positivo e interessi della politica<sup>36</sup> può declinarsi anche come una sorta di antitesi strutturale tra percezioni teoretiche differenti del liberalismo costituzionale, per un verso, nel quale dominante è soprattutto la tutela delle libertà individuali, la cui limitazione soggiace a limiti rigorosi di matrice -oltre che giuridico-positiva- razionale (adeguatezza, essenzialità, necessarietà etc.). Di contro, la teoria della Costituzione per valori inclina soprattutto verso una forte osmosi tra individuo e comunità, tra interesse individuale e interesse generale, ove quest'ultimo non di rado si mostra prevalente rispetto al primo. In particolare, nella delineazione di un disegno costituzionale essenzialmente ispirato all'istanza di Giustizia, la Carta fondamentale mostra un'eccedenza assiologica che si rivela soprattutto attraverso i suoi principi e criteri-guida (Volkman) delle strategie di azione politica.

E', in ultima analisi, nella descritta tensione dialettica che finisce essenzialmente per trovare espressione il "concetto secondario" del Politico<sup>37</sup>, almeno nella misura in cui tale tensione, che incoraggia rispettivamente divisioni e aggregazioni politiche, non giunge al parossismo estremo dell'antitesi tra amico e nemico<sup>38</sup>.

Vero è che la prospettiva teoretica di una Costituzione per valori può ragionevolmente essere indotta dalla stessa struttura normativa della Carta, è pur vero d'altro canto che anche in siffatta accezione resiste una strutturale antitesi tra interessi del singolo quali riflessi nei diritti costituzionali di libertà; e interessi generali del Bene comune. Ciò tende anche a smentire la prefigurata obsolescenza della categoria dello stato d'eccezione intesa come potenziale monopolio della dimensione del Politico nell'esperienza.

Ciò lascia indurre, in ultima analisi, un senso di cogente precarietà della Costituzione di fronte alle ragioni ultime dello Stato-persona. L'esigenza in qualche modo irretrattabile è pertanto la stabilizzazione del confronto e il suo convogliamento esclusivo nelle forme del diritto positivo. Ciò è in grado anche di scongiurare soluzioni

---

<sup>36</sup> Sullo sdoppiamento e reciproca indifferenza di diritto e politica "nella scatola istituzionale dello stato costituzionale", v. soprattutto U. Di Fabio, *Staat im Recht*, Tuebingen, 2020, part. p. 33 ss.

<sup>37</sup> E.-W. Böckenförde, *Was kennzeichnet das Politische und was ist sein Grund ?*, in *Der Staat*, 44 (2005), p. 595 ss., part. p. 601.. Ma v. anche Id., *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitt*, cit., p. 348.

<sup>38</sup> E.-W. Böckenförde, opp. ult. citt..

di continuità all'efficacia reale della Costituzione in quanto Legge fondamentale dell'organizzazione dei poteri e della produzione normativa primaria e della razionalità democratica. Quest'ultima si collega alla forma tipizzata della decisione politica attraverso, in primo luogo, un rilancio del confronto parlamentare di supporto alla legge. Ma in tale ordine di idee rientra anche l'esigenza di una maggiore trasparenza dell'operato decisionale del Governo, in particolare, attraverso la comunicazione di dati e documenti di natura tecnico-scientifica che fungono da supporto alla decisione politica. Un evidente deficit di trasparenza e comunicazione pubblica è condizione che smentisce ogni razionalità dell'agire democratico anche nella situazione di emergenza sanitaria aggravando, così, la crisi della democrazia<sup>39</sup> avviata con l'incrementale "deparlamentarizzazione" della gestione di tale situazione e, con essa, il rischio di avallare una politica carente di consapevole consenso<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Sulla crisi della rappresentanza politica v. anche A. Ruggeri, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (note minime su un'annosa e irrisolta questione)*, in *Federalismi.it* 2018, p. 2 ss. In particolare, con riguardo all'emergenza sanitaria, v. M. Ainis, *Stato di emergenza/senza il Parlamento c'è solo il regime autoritario*, in *Il Sussidiario.net*, del 20.10.2020.

<sup>40</sup> V. ancora U. Di Fabio, op. ult. cit., p. 33 ss.