

## **L'apporto della scienza nelle decisioni razionali dello Stato costituzionale di diritto\***

di

Vincenzo Baldini\*\*

1. Per una riflessione strutturata sulle relazioni tra acquisizioni della scienza e il diritto positivo non sembra inopportuno prendere le mosse da alcune premesse definitorie, soprattutto circa il senso e la portata del concetto di scienza, utili a chiarire meglio i termini dell'analisi che si compie in questo lavoro. Ciò, senza nascondere la natura ardua dell'impresa, trattandosi di categorie (sia quella del diritto che quella della scienza) aperte tra l'altro ad una pluralità di declinazioni esegetiche, di tipo pratico-funzionale come anche di tipo ontologico, che indulgono a percezioni e modi di intendere piuttosto differenti.

Il concetto di scienza è rapportato, in molti dizionari, al "risultato delle operazioni del pensiero" che può essere a oggetto, a propria volta, di codificazione "sul piano teorico" (scienza pura)" e/oppure di applicazione sul piano pratico (scienza applicata)<sup>1</sup>. La scienza, nello specifico, realizzerebbe in sé, dunque, un "sistema di conoscenze ottenute attraverso un'attività di ricerca, prevalentemente organizzata con procedimenti metodici e rigorosi, coniugando la sperimentazione con ragionamenti e esperimenti logici condotti a partire da un insieme di assiomi, tipici delle discipline formali" <sup>2</sup>. L'approdo ultimo del ricorso a tale metodo "scientifico" è il progresso, inteso come conoscenza e acquisizione pratica.

---

\* Il presente contributo reca, in un versione rielaborata e articolata, la relazione tenuta al "Festival della Scienza – A servizio dell'uomo", Venezia 14 Dicembre 2024.

\*\* Professore ordinario di Diritto Costituzionale - Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

<sup>1</sup> Oxford Languages.

<sup>2</sup> Sub *Scienza* in <https://it.wikipedia.org>.

In sintesi, dunque, il riferimento alla scienza attiene, congiuntamente, alla peculiarità del metodo per la determinazione dei risultati quanto anche ai risultati stessi che ne conseguono. Del pari polisenso si mostra il concetto di diritto a partire dalla classica declinazione alternativa come *ius* -in cui, oltre alla consistenza regolatrice, è compresa soprattutto un'accezione di valore assiologico che si traduce nella sua derivazione tradizionale e consuetudinaria; o, invece, come *lex*<sup>3</sup> espressione, cioè di autorità che crea un generale obbligo di osservanza. In quest'ultima accezione particolarmente il richiamo al diritto allude all'ordine normativo positivo che regola l'organizzazione e la vita di una comunità<sup>4</sup> come anche alla forma giuridica tipizza in cui si svolge la decisione politica<sup>5</sup>. Si aggiunga, a ciò, che lo stesso concetto di politica, che del diritto figura dunque come l'essenziale presupposto, presenta una varietà di significati connessi, in sintesi, alla sua differente estrazione etimologica riconducibile, alternativamente, all'idea della "polis" e, dunque, al servizio per il bene comune o, invece, al dinamismo del Πόλεμος quale opposizione tra realtà ideali, in conflitto con il λόγος (sinonimo di ragione<sup>6</sup> nell'esistenza del mondo) che ne valorizza precipuamente la condizione di lotta permanente per la conquista del potere<sup>7</sup>.

Ai suddetti diversi significati corrispondono, nell'esperienza, realtà che esaltano innanzitutto la differente consistenza ontologica di scienza e diritto (positivo), per cui a quest'ultimo propriamente si connette un'istanza di razionalità che è rivolto della sua natura di sovrastruttura sociale mirata al fine precipuo della pacifica convivenza. Della scienza, invece, appare propria soprattutto la dimensione oggettiva di verità comprovata nel metodo impiegato come, in fine, alla politica compete in modo peculiare un'istanza -che è anche un'aspettativa- di Giustizia

---

<sup>3</sup> Su tale distinzione, cfr. M. Bellomo, *Ius e lex*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 2021, p. 423 ss., ora anche in <https://muse.jhu.edu/issue/47509>.

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Nachdruck 1993, Wien 1993, part. p. 7 ss.; Id., *Reine Rechtslehre - Studienausgabe der 1. Auflage 1934* (Hrsg. Von M. Jestaedt), p. 31 ss.

<sup>5</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Auf. (unveränderter Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage), Berlin, 1970, part. p. 20 ss.; p. 252 ss.

<sup>6</sup> Secondo Eraclito, «Nessuna cosa avviene per caso ma tutto secondo logos e necessità.»: Leucippo fr. 2.

<sup>7</sup> Trag li altri, v. M. Weber, *Politik als Beruf* (1919), Stuttgart, 2019, p. 5 ss..

quale realizzazione piena e condivisa del Bene comune attraverso un esercizio funzionale e teleologicamente orientato dell'autorità.

2. La valorizzazione del carattere, nel contempo, analitico-sintetico del metodo razionale per la comprensione del diritto positivo è tributaria, come è noto, all'originario apporto di pensiero di Cartesio e Galileo, in particolare dall'apprendimento e dall'applicazione del metodo della fisica classica e della matematica attraverso che indirizzano, storicamente, il processo di progressiva emancipazione del diritto positivo dai vincoli della religione e della tradizione<sup>8</sup>. Un rilievo specifico, in ambito giuridico, deve riconoscersi all'approccio analitico all'idea di Stato di *Thomas Hobbes* (1588-1679) e, nello sviluppo di quest'ultimo, di *Samuel Pufendorf* (1632-1694), il quale riconduce il diritto di natura ad un sistema di obblighi sociali, la cui realizzazione è assicurata da un potere sovrano<sup>9</sup>.

Nello Stato assoluto un effetto (indirettamente) razionalizzatore dell'esercizio *legibus solutus* del potere spettante al sovrano produce il richiamo ai diritti naturali dell'uomo, intesi come limiti impliciti e assoluti all'arbitrio di tale esercizio, mentre nel quadro del pensiero illuministico, connotato da un recupero di valore della Ragion pratica anche nella sfera giuridica attraverso, in particolare, l'influenza del pensiero kantiano<sup>10</sup>, la razionalità del diritto positivo giunge a trovare compimento nell'espressione della legge<sup>11</sup>.

A mano a mano che la ragione pratica è venuta a guadagnare nel tempo spazio e riferimento si è andata parimenti delineando con la forza del diritto positivo l'icona dello Stato che l'avvento del costituzionalismo, liberale prima e democratico poi, ha concorso senz'altro ad affermare. La fase del costituzionalismo liberale, il cui

---

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. E.W. Böckenförde, *Gesetz und Gesetzgebenden Gewalt*, Berlin, 1959, part. p. 67 ss.

<sup>9</sup> Al riguardo, in sintesi, v. anche B. Rüthers, *Rechtstheorie*, 3. Aufl., München, 2007, part. p. 272 (Rdn. 448).

<sup>10</sup> M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, part. p. 9 ss.

<sup>11</sup> In tema, il richiamo è alla razionalità della legge in Hegel, nel più generale contesto di una "ragione oggettiva che si rivela nelle istituzioni storiche: N. Bobbio, *Studi hegeliani*, Torino, 1981, p. 49. Tale carattere della legge è analizzato, più specificamente, in A. v. Bogdandy, *Hegels Theorie des Gesetzes*, München, 1989, part. p. 36 ss., p. 76 ss.. Sulla concezione dello Stato quale spiegata nel testo di Hegel "Linee essenziali di filosofia del diritto" (1821), v. ancora U. Volkman, *Gespräche mit Hegel*, in *Der Staat*, 59 (4/2020), p. 489 ss.

esordio in Europa tende a farsi coincidere con gli eventi della rivoluzione francese (1789)<sup>12</sup> apre un nuovo orizzonte in cui trova sviluppo e specificazione l'istanza di razionalità rappresentata, essenzialmente, dalla forza ordinatrice della Costituzione, dall'affermazione dello Stato di diritto e, di conseguenza, dalla determinazione di un assetto organizzativo basato sulla separazione dei poteri, cui si collega anche la previsione di un catalogo di libertà negative. Una razionalità che, peraltro, si rivela anche nella onnipotenza effettiva della legge come sintesi delle volontà risalenti ad un consesso rappresentativo della società civile (seppure di impronta notabile)<sup>13</sup>.

Il transito al costituzionalismo democratico, a propria volta, interpreta e conferisce nuovo vigore all'istanza di razionalità attraverso, in particolare, l'attribuzione di un complesso di funzioni spettanti alla Legge fondamentale cui sottende un complesso di valori sostanziali di riferimento. Quest'ultima è in grado così di lasciar desumere i tratti di un *Menschenbild* quale sintesi ipostatica di un catalogo di norme di principio e diritti fondamentali che prefigurano un modello di società pluralista, a carattere aperto e inclusivo, alla cui base è il principio organizzatore irretrattabile della sovranità popolare. In tale contesto, la razionalità del diritto positivo logicamente postula la razionalità convergente delle previsioni costituzionali di natura sostanziale ed organizzativa, quale riflessa anche nell'espressione di un'esegesi costituzionale ispirata ad una logica di unità della Costituzione e di pratica concordanza delle sue norme<sup>14</sup>. Tali contenuti valgono anche ad orientare la razionalità sostanziale dei singoli processi di decisione politica che si svolgono all'interno dello Stato e, più in generale, le decisioni di ogni autorità pubblica, in tempi ordinari come anche in condizioni di emergenza.

---

<sup>12</sup> Con l'eccezione del Regno Unito, la cui storia costituzionale ha connotazioni del tutto peculiari: v. al riguardo, *Ursprung und Wandel der Verfassung* (2003), ora anche in Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Band II, Berlin, 2012, p. 11 ss..

<sup>13</sup> Sul punto, v. ancora A. v. Bogdandy, *Hegels Theorie des Gesetzes*, cit., p. 63 ss..

<sup>14</sup> K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neuedruck 20. Aufl, Heidelberg, 1999, p. 27 ss. (Rdn.71 ss).

3. Nella condizione qui descritta, l'aspettativa di razionalità nell'esercizio del potere pubblico si lega in modo imprescindibile ad un accresciuto bisogno di conoscenza, la quale consente il maggior discernimento nell'intrapresa di decisioni mirate a soddisfare l'interesse comune. Pertanto, lo Stato democratico contemporaneo sempre più tende a caratterizzarsi quale *Wissensstaat*<sup>15</sup> che realizza tale aspirazione, per un verso, attraverso il bagaglio di dati ufficiali di cui è in grado di disporre, per altro verso ricorrendo al flusso pluralistico dell'informazione e della comunicazione come metodo del discorso razionale<sup>16</sup>. Tale pluralismo attiene anche all'ambito scientifico, ispirato soprattutto dal confronto di posizioni e risultati con che inducono le dinamiche della evoluzione e del progresso, anche sociale. Tale confronto è segnato, in particolare, dalla specificità del metodo di acquisizione che domina lo spazio della scienza e che vale, attraverso lo studio e la ricerca, a rafforzare certezze o a mettere in evidenza obiezioni e contrasti nelle cd. verità scientifiche.

L'esistenza di un tale pluralismo -in ambito scientifico, dell'informazione e della comunicazione- d'altra parte è ciò che concorre a rendere effettivo, sollecitandolo, l'apprendimento critico e consapevole richiedendosi all'individuo, ad ogni modo, una condotta attiva nel reperimento e nella selezione delle conoscenze evitando, così, la degradazione di quest'ultimo a mero utente di un servizio. La realizzazione di tale consapevolezza deve avvenire, dunque, in una misura che è in grado di consentire a ciascuno l'esercizio effettivo della propria libertà di autodeterminazione, approdo ultimo di valore che è primariamente alla base di una tutela costituzionale del pluralismo, anche politico. In carenza di una dimensione aperta e pubblica del confronto la scienza non si mette nella condizione reale di poter offrire una prestazione di ausilio all'autorità decidente, inducendola ad operare un ragionevole apprezzamento e bilanciamento del complesso degli interessi concorrenti nella determinazione dei contenuti dell'atto.

---

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Sul discorso razionale v. in generale R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978, part. p. 219 ss.; J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Band I, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1987, p. 25 ss.; nonché da ultimo, Id., *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, Berlin, 2022, part. p. 9 ss.

Il pluralismo anche scientifico, come mezzo di accrescimento anche della coscienza politica, insieme alla trasparenza dei meccanismi procedurali, favorisce una migliore comprensibilità delle decisioni assunte dagli organi di governo e rende effettiva la responsabilità politica correlata all'esercizio del potere. In tal modo, concorre alla più piena realizzazione del principio democratico.

4. L'istanza di razionalità, che deve sottendere la produzione normativa come, in generale, l'adozione di ogni atto giuridico, presenta il carattere di un imperativo sostanziale e indefettibile dello Stato costituzionale democratico, a prescindere da ogni contingenza delle situazioni particolari di volta in volta oggetto di regolazione. Tale istanza integra, perciò, un connotato inderogabile di legittimità dell'atto in questione, declinabile sotto il profilo specifico della sussistenza di una *ratio* obiettiva dell'atto, della coerenza e congruenza, rispetto a quest'ultima, nonché dell'adeguatezza funzionale dei suoi contenuti prescrittivi.

La razionalità legislativa, tuttavia, non è dotata di una consistenza unica e generalmente vincolante giacché è possibile che una medesima situazione ispiri differenti soluzioni normative nella maggioranza politica del momento, ciascuna rispondente ad una razionalità differente secondo le priorità politiche determinate da tale maggioranza che si riflette, in fine, nei contenuti normativi dell'atto. La ricerca e individuazione sempre necessaria di tale *ratio* si collega, tra l'altro, all'esigenza assoluta di fornire una base logica di giustificazione all'esercizio di potere<sup>17</sup>, diversa dalla considerazione di pura cogenza dei comandi giuridici secondo il classico brocardo di stampo hobbesiano: *auctoritas non veritas facit legem*.

Ciò non toglie che, in ragione del differente approccio dell'attività di sindacato sull'atto normativo, possa mutare il profilo assiologico cui riguardare la intrinseca valenza razionale dell'atto. Così, ad una razionalità misurata in relazione allo scopo fa da contraltare una razionalità declinata secondo i valori<sup>18</sup>, la prima più connessa

---

<sup>17</sup> Ciò conduce alla criticabilità ed alla verifica di idoneità giustificativa di una affermazione: v. ancora J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., p.27.

<sup>18</sup> J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, in *AöR*, 140 (2015), p. 170 ss.

all'attività di *gubernatio* la seconda, invece, più contigua alla sfera della *iurisdictio*. Con riguardo a quest'ultima, poi, va rilevato come di una razionalità rispetto ai valori si parli non di rado anche con riferimento alla struttura normativa del cd. diritto dei Trattati, assumendola come parametro pienamente operativo in ambito giuridico<sup>19</sup>.

Va tuttavia osservato che la consistenza del principio di razionalità dell'atto normativo tende a farsi più tenue in una situazione di maggiore generalità e genericità del paradigma di riferimento, come può accadere, ad es., in relazione a regole di principio o a situazioni di emergenza generate da eventi imprevisti e imprevedibili<sup>20</sup>. In tali casi, si dilata la sfera di comprensione della razionalità dell'atto e si amplia fatalmente lo spazio di apprezzamento dell'atto rimesso al giudice nella verifica di conformità di una disciplina normativa, di fatto includendo anche sensibilità soggettive, di tipo etico-culturale, prive di una consistenza necessariamente obiettiva.

In principio può dirsi che una razionalità piena debba aspirare alla sinergica convergenza dei diversi profili sotto cui essa può essere considerata e apprezzata sebbene anche tale condizione dell'atto normativo non arrivi ad escludere -come rileva anche *Martin Kriele*<sup>21</sup>- una relatività del giudizio espresso. Del resto, come quella riferita a valori anche la razionalità riferita allo scopo può risentire di un'accezione in senso soggettivo che si stempera, poi, nell'articolatezza dell'argomentazione che sottende l'esegesi giurisprudenziale<sup>22</sup>.

5. La razionalità dell'atto giuridico, soprattutto di contenuto normativo, si compendia essenzialmente nella sua conformità ad un generale criterio di

---

<sup>19</sup> J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band XII, 3. Rev. Auf., Heidelberg, 2014, p. 484 ss., Rdn.22.

<sup>20</sup> Un apprezzamento critico della cd. teoria dei valori è contenuto in punto, cfr. E.W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts* (1990), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 67 ss.

<sup>21</sup> M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit., p. 20.

<sup>22</sup> Sull'importanza dell'argomentazione, che ha la funzione di "ricostruire i presupposti pragmatico-formali e le condizioni di un agire espressamente razionale" v. ancora J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., p. 16.

proporzionalità, rilevante tanto più in quanto una decisione politica possa implicare, corrispettivamente, il sacrificio di libertà e diritti fondamentali. L'osservanza di tale criterio include, a propria volta, la necessità delle misure intraprese, commisurate ad altre meno limitative dell'esercizio di diritti fondamentali, unitamente alla loro idoneità e adeguatezza funzionale. In fine in esso rientra anche la consistenza (solo) essenziale delle limitazioni recate dalla disciplina adottata a pretese giuridiche soggettive che con essa entrano in concorso<sup>23</sup>.

Dal controllo di proporzionalità/razionalità resta esclusa, in ogni caso, la scelta relativa all'ordine di priorità degli obiettivi da realizzare, riservata all'organo di rappresentanza politica.

6. La rilevata esistenza di un nesso di causalità tra conoscenza in generale (anche scientifica) e razionalità dell'agire pubblico richiede qualche ulteriore precisazione. Allo Stato -si precisa- attiene la sola conoscenza esplicita, derivante da parole, frasi, formule matematiche, etc., mentre resta precluso il sapere implicito, inclusivo di fattori soggettivi "difficilmente comprensibili" (convinzioni personali, emozioni, sensazioni, prospettive, sistemi di valori o modelli-guida)<sup>24</sup>.

Un tale assunto, in via di principio logico e congruente, appare però poco reale, giacché la rilevanza pratica di quest'ultimo tipo di sapere attraverso, in particolare, l'agire di funzionari e dirigenti pubblici, oltre che di magistrati, non può ritenersi senz'altro esclusa. La pre-comprensione quale elemento effettivo dell'esegesi normativa, come anche il complesso degli elementi emotivi -culturali, etici etc- sono fattori nient'affatto marginali nel processo di formazione della volontà decisionale, non soltanto in ambito politico. E' ovvio, poi, che tanto più quest'ultima forma di sapere può assumere rilievo quanto più sussista un'ampia libertà di giudizio per la determinazione della condotta, come è nel caso delle

---

<sup>23</sup> M. Kriele, op. cit., p. 22 ss. Sui contenuti del criterio di proporzionalità, cfr. per tutti J. Ipsen, *Staatsrecht*, II, 10. Aufl., Köln, 2007, p. 45 ss.

<sup>24</sup> Così, H. Mohr, *Wissen – Prinzip und Ressource* (1999), cit. in B. Fassbender, *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Auf., Heidelberg, 2006, p. 244 ss., part. p. 249.



decisioni di natura politica. Queste ultime, allora, a ragione possano rappresentare la sede privilegiata di una “potenziale irruzione della irrazionalità nell’agire razionale dello Stato”<sup>25</sup>.

7. Il contributo prestato dalla scienza, in questo ambito, rientra comunque tra i parametri di maggiore consistenza nel definire l’agire razionale del potere pubblico. In ogni caso un tale contributo non definisce un vincolo assoluto all’azione degli organi di governo e di rappresentanza politica seppure una ipotetica discordanza di questi ultimi rispetto alle soluzioni prospettate da organismi scientifici di ausilio implichi un’adeguata motivazione, sul piano della valutazione degli interessi in gioco. Può ritenersi che, per atti di natura amministrativa e/o giurisdizionale, la mancata considerazione di indicazioni o acquisizioni scientifiche formalmente espresse nel corso di un procedimento sussista una sorta di presunzione, tuttavia non assoluta, di illegittimità che comporta un più rigoroso controllo nei confronti dell’atto stesso.

Per quanto attiene all’esercizio di funzione legislativa, il mancato rispetto di parametri sottoposti ad asseverazione scientifica può apparire sintomatico di una scelta arbitraria del legislatore e, perciò, irragionevole ma un tale esito corrisponderebbe in modo automatico e necessario alla trama di un sillogismo giuridico a maglie strette che abbia, quale premessa maggiore, l’obbligo assoluto di seguito scientifico.

In senso opposto a tale sillogismo vale considerare che lo spettro degli interessi che vengono in rilievo in quanto attiene all’esercizio di discrezionalità legislativa è ampio e complesso e richiede la necessaria osservanza del dettato costituzionale. Ciò impone, al legislatore, un vaglio dell’esperienza e, di conseguenza, una determinazione di priorità politiche connesse al canone del Bene costituzionale ritenuto di volta in volta prioritario e prevalente nel caso specifico, anche in un quadro di bilanciamento del sistema complessivo di principi e diritti concorrenti. La decisione del legislatore democratico deve inclinare, dunque, ad una razionalità

---

<sup>25</sup> Idem.

commisurata ad un orizzonte di interessi da proteggere perché essenziali al Bene della comunità sociale, nel quale l'equilibrio è determinato in ragione dell'interesse prevalente. In questa direzione, la razionalità intrinseca all'atto deve necessariamente definirsi nel rispetto dei parametri costituzionali di riferimento. Ciò spiega perché il presidio, per quanto solido, della conformità dell'atto alle risultanze scientifiche ed alle soluzioni che ne derivano non può bastare sempre e comunque a determinare la legittimità costituzionale dell'atto stesso né a lasciar comprendere ogni circostanza e condizione legata ad una scelta politica<sup>26</sup>.

8. D'altro canto, nemmeno può essere tralasciato che la valenza orientative degli apporti scientifici all'azione politica si dimostra a volte molto lieve stante il fatto che la politica, come non si è mancato di dire<sup>27</sup>, spesso intrattiene una relazione strumentale con i risultati scientifici, conoscendo ciò che vuole conoscere e lasciando mettere in evidenza ciò che può risultare di maggiore utilità per la decisione di Governo e/o della maggioranza parlamentare<sup>28</sup>.

Non di rado, ad es., il flusso delle audizioni di esperti che accompagna, di regola, l'iter legislativo resta confinato in una sfera asettica di consapevolezza, il cui reale impatto sui contenuti dell'atto è molto limitato.

Tanto, non vale comunque a sminuire il significato del contributo prestato dalla scienza alla razionalità della decisione politica, solo, lascia comprendere quanto diverso possa essere il peso di tale contributo in relazione alla valutazione degli interessi complessivi che sottende la decisione finale.

L'apporto della scienza diventa, peraltro, tanto più ponderoso quanto più investa tematiche di particolare consistenza tecnica e, soprattutto, in condizioni di emergenza che induce il ricorso a strategie di prevenzione e/o a misure successive, per il contenimento della stessa. Anche in tali casi, ad ogni modo, la razionalità del diritto positivo non può senz'altro risolversi in un pedissequo assecondamento

---

<sup>26</sup> J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, cit., p. 172.

<sup>27</sup> A. Vosskuhle, *Über die Demokratie in Europa* (2012), oggi anche in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021, p. 48 ss., part. p. 53 ss.

<sup>28</sup> Sul punto, U. Di Fabio, *Coronabilanz*, Tübingen, 2021, p. 78; H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, 2. Auf., München, 2021, p. 29 ss.

della razionalità massimalista e unidirezionale della scienza ma necessariamente richiede, da parte delle istituzioni pubbliche competenti, un'adeguata ponderazione di soluzioni e misure proposte dagli organismi scientifici alla stregua degli interessi costituzionali e politici complessivi, una ponderazione funzionale a una tutela equilibrata e non sproporzionata dell'interesse primario oggetto di regolazione. Resta valido e vigente, nello Stato costituzionale democratico e liberale, l'assioma insuperabile della regola della libertà quale forma giuridica dell'arbitrio individuale<sup>29</sup> rispetto a cui l'esercizio di autorità risulta bisognoso di una razionale giustificazione, tanto più allorquando comporti il sacrificio di libertà e diritti fondamentali<sup>30</sup>. Nel rapporto tra i due poli dell'esperienza giuridica, quello della libertà e quello dell'autorità, non è la prima che reclama l'esigenza di un consenso giustificativo, essa pertanto non è condizionata da una previa regolazione normativa che ne specifichi ambiti, modi e forme<sup>31</sup>. Di contro, l'esercizio di potere d'imperio, per essere legittimo, deve rinvenire un razionale fondamento giustificativo risalente, in ultima analisi, alla cura di un interesse generale, quale definito dalla maggioranza politica o risalente ad un principio e/o diritto costituzionale.

9. Tale assioma, fondato sulla libertà di esercizio dell'autonomia individuale, integra un caposaldo di razionalità dell'ordine costituzionale esistente, oltre ad operare, come, si è detto, quale presidio indefettibile dell'agire di ogni potere pubblico. Esso, perciò, non sembra subire appannamenti o trasfigurazioni sulla base della considerazione che la libertà sempre più spesso rileva nella sua portata

---

<sup>29</sup> J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band XII, 3. Rev. Auf., Heidelberg, 2014, p. 484 ss., Rdn.24.

<sup>30</sup> U. Volkman, *Allgemeine Grundrechtslehren*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, p. 1051 ss., part. p. 1057.

<sup>31</sup> G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auf., Fünfter Neudruck, Berlin, 1929, p. 419 („Jeder staatliche Anspruch an den einzelnen muss rechtlich begründet sein“); J. Isensee, *Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat*, in K.-H. Kästner, K.W.Nörr, K. Schlaich (Hrsg.), *Festschrift für Martin Heckel -zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1999, p. 739 ss., part. p. 748 ss.

di libertà relazionale<sup>32</sup>. Si tratta, quest'ultima, di una qualificazione che tiene conto della dimensione necessariamente sociale dell'uomo e la cui essenza assiologica è stata già da tempo valorizzata in dottrina<sup>33</sup>.

Ciò, tuttavia, non vale ad accertare la natura tralatizia e in via di superamento dell'approccio tipicamente liberale. Del resto, anche nell'ottica individualista la dimensione relazionale -come si è detto- resta per sé la condizione ordinaria e naturale del singolo in quanto componente di una comunità sociale, pertanto, il richiamo a tale condizione non vale a ridurre o cancellare l'esigenza di tutela della libertà come esercizio di arbitrio individuale, sia pure entro i limiti fissati da norme di rango costituzionale e, quindi, dal legislatore.

Una tale tutela, ad ogni modo, non si esaurisce nella difesa di libertà negativa, sottratta all'ingerenza arbitraria dell'autorità ma include anche l'impegno attivo dei poteri pubblici per il superamento degli ostacoli che possano ostacolare o impedire l'esercizio dell'autodeterminazione individuale<sup>34</sup>. L'insorgenza di obblighi di tutela dello Stato mirati a rendere effettivo l'esercizio della libertà individuale realizza così il risvolto pratico, nel diritto positivo, di una razionalità dell'azione pubblica nella tutela della libertà connessa al fine del pieno sviluppo della persona (artt. 2 e 3 Cost.).

L'esercizio pieno ed effettivo di tale libertà postula una modalità di composizione del rapporto tra individuo e autorità che corrisponda al fine di favorire una realizzazione ottimale, seppure non scevra da ogni limite, del diritto all'autodeterminazione concorrendo a definire anche per questo aspetto limiti e portata della decisione politica.

---

<sup>32</sup> U. Sacksofsky, *Relationale Freiheit – Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen*, in K. Günther, U. Volkmann, *Freiheit oder Leben ?*, Berlin, 2022, p. 180 ss; A. K. Mangold, *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, in *VVDStRL* 80 (2021), Berlin-Boston 2021, part. p. 11 ss.

<sup>33</sup> Al riguardo, cfr. E. Denninger, *Rechtsperson und Solidarität*, Frankfurt am Main-Berlin, 1967, part. p. 64 ss. Di una libertà relazionale parla soprattutto D. Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, Berlin 1976, p. 81 ss., che, in contrasto con l'approccio giusnaturalista, intende il paradigma della libertà "nicht einzelmenschlicher Aktivismus, sondern zwischenmenschlicher Interaktionismus", il cui punto di riferimento non è il singolo bensì l'uomo in relazione con il suo prossimo (p. 84).

<sup>34</sup> U. Sacksofsky, *Relationale Freiheit*, cit., p. 181/182.

10. Come si è detto avanti, nelle condizioni di emergenza l'istanza di razionalità dell'azione pubblica non si riduce o scompare ma si commisura necessariamente all'interesse primario alla sicurezza che vi sottende e connota la produzione normativa nella fattispecie, tenuto conto, in particolare, delle relative condizioni contingenti.

In tali circostanze, è il primario interesse generale, concorrente con l'ordinaria istanza di libertà, che lascia apprestare i paradigmi di giudizio per il sindacato su un esercizio legittimo del potere, in particolare sulla determinazione dei limiti all'esercizio di diritti fondamentali, nella prospettiva, che appare prevalente, di un rapido superamento della fase emergenziale.

Del resto, alcune Carte costituzionali (Francia, Spagna) nello sforzo di conferire una razionalità allo stato di emergenza si spingono fino ad una espressa disciplina di quest'ultimo, in particolare, individuandosi nella stessa Costituzione casi, forme e soggetti che intervengono nel governo dell'emergenza, secondo criteri che imputano le competenze, in primo luogo, in capo ad organi di investitura democratica. Ma pur laddove una Costituzione taccia sul punto (come nel caso della Carta repubblicana del '48), il criterio di razionalità basato sulla consistenza democratica dell'organo deriva dal contesto della stessa normativa costituzionale come ispiratore delle modalità di gestione di situazioni di emergenza, eludendosi repentini e totali ribaltamenti della forma di governo "ordinaria". Del pari è dirsi anche per il criterio della necessità delle misure rispetto alla contingenza dello stato emergenziale e per il suo superamento.

11. L'istanza di razionalità riposa innanzitutto sul postulato della sussistenza reale di elementi e condizioni, di natura etico-sociale prima ancora che giuridica, integranti la pensabilità stessa della statalità e, nello specifico, dello Stato democratico di diritto, a partire dalla condizione di fiducia e affidamento della comunità nel proprio sistema politico e nella condotta dei propri rappresentanti. La sussistenza di tale condizione, teoreticamente connessa ad una genesi

contrattualistica dello Stato, nel modello democratico-rappresentativo si riflette nell'attività delle Assemblee rappresentative, pur nel pluralismo e varietà di posizioni e maggioranza, di realizzazione del Bene comune. Tale affidabilità si basa su presupposti di lealtà e trasparenza che devono permeare necessariamente la relazione tra società civile e componenti delle forze di governo e del sistema politico in generale ed è comunque rafforzata, oltre che dalla possibilità di cambiamento delle maggioranze di governo, dalla citata trasparenza dell'azione pubblica che rende congrua ed effettiva la relazione causale tra esercizio del potere e responsabilità.

All'interno della menzionata relazione di sussistenza del vincolo di affidabilità quest'ultimo costituisce nel contempo la premessa che porta la comunità ad intendere, di norma, come sempre proficua e veritiera l'informazione proveniente da organi di governo. Ciò induce la stessa comunità ad assecondare le strategie d'azione pubblica messe in campo per realizzare obiettivi di interesse generale e/o fronteggiare situazioni pregiudizievoli ai componenti la stessa società civile. Rileva, a questi fini, una necessaria coesione tra istituzioni e comunità e tra gli stessi componenti il nucleo sociale, quale espressione di un effettivo spirito di solidarietà riflette, di massima, i termini positivi del processo d'integrazione.

12. Sul piano concreto, la razionalità, oltre che i contenuti dell'atto giuridico, inerisce anche all'organizzazione delle istituzioni pubbliche di governo come ai procedimenti di decisione da queste ultimi posti in essere. In particolare, per ciò che concerne le dinamiche specifiche della funzione legislativa intestata al Parlamento, la razionalità è alla base di soluzioni di ordine strutturale e procedimentale sancite tanto dalla Costituzione quanto, anche, dalle previsioni dei regolamenti parlamentari (v. *infra*).

Sul primo versante, oltre al ruolo delle commissioni parlamentari di garanzia (commissione affari costituzionali, commissione bilancio) e nel procedimento legislativo, un peculiare effetto razionalizzatore è annesso al ruolo delle commissioni parlamentari d'inchiesta (art. 82 Cost.) allo scopo di chiarire vicende

ed, eventualmente, formulare imputazioni di responsabilità. Sul versante procedurale, poi, un importante apporto alla decisione legislativa razionale, è recato, oltre che dalla pubblicità delle sedute degli organi parlamentari, dalle rituali audizioni in commissione di tecnici ed esperti, i cui esiti sono poi pubblicati nei resoconti dei lavori dell'organo parlamentare.

Tali strumenti concorrono sinergicamente ad incrementare il livello di consapevolezza delle Assemblee rappresentative in merito ad aspetti di rilievo della regolamentazione da adottare, essi sempre sono in grado di agevolare, nel contempo, la comprensibilità effettiva dei processi di decisione imputati agli organi di rappresentanza politica. Tale comprensibilità è necessaria, nell'esperienza dello stato democratico, per conferire rilevanza effettiva al controllo diffuso sull'attività dei vari gruppi presenti in Parlamento.

13. La regola di pubblicità dell'esercizio di potere pubblico risulta, negli ordinamenti democratici, di fondamentale importanza per la razionalità dell'atto adottato. Non è un caso che essa riguardi in modo diretto anche l'azione amministrativa<sup>35</sup> rendendo così trasparenti e non più carsiche le dinamiche dell'iter di formazione e favorendo, inoltre, la partecipazione dei soggetti privati interessati anche alla determinazione dei contenuti dell'atto. In tale prospettiva, il ricorso al segreto, di ufficio o di Stato, in relazione ad alcuni atti di saliente spessore giuridico e politico possa inquadrarsi come un punto di potenziale pregiudizio per la stessa razionalità della decisione, almeno nella misura in cui la sottrae alla regola generale di pubblicità. Tanto giustifica un'esigenza di stretta limitazione dell'apposizione del segreto nei soli casi di preservazione di interessi superiori, come la protezione dello stesso ordinamento democratico<sup>36</sup>.

14. In quanto la razionalità pertiene all'esperienza dello Stato moderno essa connota ancor più la struttura complessiva e l'esperienza dello Stato democratico,

---

<sup>35</sup> L. n. 241/90 e successive modificazioni.

<sup>36</sup> E. Denninger, *Informationszugang und Geheimhaltung* (2000), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 63 ss.

sul piano politico come anche su quello giuridico-positivo. In particolare, se una razionalità di scopo e di valori dev'essere riflessa nei contenuti della legge<sup>37</sup>, una razionalità organizzativa e procedurale sottende ad ogni livello istituzionale - statale, regionale, locale- le dinamiche dell'azione di governo.

Tanto più la condotta razionale deve informare la produzione legislativa quanto più quest'ultima si possa configurarsi come forma di realizzazione del Bene comune all'interno della cornice essenziale della Costituzione (*Rahmensordnung*), oltre che come forma attuativa del disegno, politico-sociale, recato direttamente dalla stessa Carta costituzionale entro cui finisce per ricondursi ogni espressione di scelta politica<sup>38</sup>. Insomma, prevalga l'una o dell'altra delle possibili declinazioni teoriche della Costituzione, che ne influenzano l'indotto esegetico<sup>39</sup>, resta impregiudicata l'osservanza di una razionalità che guidi l'esercizio da parte del legislatore ordinario della propria discrezionalità. Ciò in quanto l'agire democratico non assume di per sé assoluta prevalenza in quanto manifestazione di volontà popolare, esso ha bisogno, invece, per apparire legittimo in quanto razionale, di accordarsi con principi e garanzie di diritti fissate nella Costituzione, disponendosi liberamente entro il perimetro disegnato dalle norme costituzionali. Peculiare significato, in questo contesto, assume il sistema delle garanzie soprattutto giurisdizionali (per gli atti legislativi, in particolare del ruolo della Corte costituzionale) come momento di controllo della razionalità, anche ai fini del corretto svolgimento dell'autorità amministrativa.

14. Del resto, la struttura razionale dell'atto pubblico e, perciò, della relativa condotta del potere si certifica allorquando esso "affronta le richieste della ragione e, davanti a queste, può giustificarsi qui e oggi" come una condotta "oggettivamente fondata/motivata"<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> U. Di Fabio, *Coronabilanz*, cit., p. 82.

<sup>38</sup> Sul concetto di Costituzione come ordinamento di cornice (*Rahmensordnung*), v. 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., part. p. 86 ss.

<sup>39</sup> E.W. Böckenförde, op. ult. cit. p. 53.

<sup>40</sup> J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, cit., p. 170 ss.



Se in questa prospettiva il contributo della scienza si mostra senz'altro rilevante, tanto più quando attiene a questioni che investono necessariamente saperi qualificati, per la cui soluzione diventa indispensabile il ricorso alla consulenza tecnico-scientifica (clima, biodiversità, sanità, AI) <sup>41</sup> va fronteggiato, soprattutto in casi di tal genere, il rischio di un'eccedenza di peso politico del sapere scientifico, in grado di causare una vera e propria deriva scienziata e l'avvento, così, di una espertocrazia<sup>42</sup>. Tale locuzione vale a sintetizzare l'eccedenza di peso, politico e comunicativo, di scienziati ed esperti che assumono, pertanto, una preponderanza decisiva nella definizione di strategie di azione pubblica per la realizzazione di fini e bisogni che la stessa scienza di settore attende a perseguire. Emancipata da ogni esigenza di apprezzamento degli interessi generali complessivi integranti la condizione di Bene comune e, perciò, da ogni confronto paradigmatico anche con il dettato costituzionale, l'espertocrazia resta ancorata ad una rappresentazione unidirezionale e massimalista dell'interesse prevalente, del tutto coincidente con i propri obiettivi scientifici <sup>43</sup>. In tale prospettiva, difetta inevitabilmente ogni attenzione verso libertà e diritti individuali, soprattutto allorquando il loro esercizio possa pregiudicare il perseguimento degli obiettivi generali perseguiti. L'espertocrazia è categoria che stigmatizza, dunque, un tale dominio del sapere scientifico che si riflette nella sostanza di atti giuridico-normativi quale prodotto di decisioni pur rimesse, in principio, agli organi di governo. In questi termini, senza riguardo alcuno a concorrenti interessi, generali e particolari, anch'essi rientranti nella sfera costituzionale, si delinea un grave deficit di razionalità democratica.

15. Sintomi reali di un dominio degli esperti nell'azione di governo si sono resi evidenti nel corso dell'esperienza recente di emergenza sanitaria, nella forma di una diarchia assoluta di Esecutivo e organismi scientifici e con il corrispettivo

---

<sup>41</sup> J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“*, cit., p. 484 ss., Rdn.24.

<sup>42</sup> In tal senso, v. S. Rixen, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, in VVDStRL 80, *Staat und Gesellschaft in der Pandemie*, Berlin/Boston, 2021, p.36 ss., part. p. 59. Sulla condizione di espertocrazia v. anche S. Post, *Zwischen Expertokratie und Wissenschaftspopulismus. Wie die Aufladung wissenschaftlicher Expertise polarisiert*, in APuZ, 2022.

<sup>43</sup> H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, cit., p. 29 ss.

arretramento del ruolo delle Assemblee parlamentari, di fatto declassate ad organi di mera ratifica (a volte, quasi automatica) delle misure intraprese dall'Esecutivo<sup>44</sup>. In un tale contesto, in cui si rivelano i tratti di una "politica non politica"<sup>45</sup> può apparire *prima facie* rassicurante (e, perciò del tutto ragionevole) che la tutela della vita e della salute di singoli e collettività sia rimessa integralmente nella mani della "scienza" piuttosto che di politici incompetenti, giacché solo la prima è in grado di definire un approccio adeguato alla soluzione dei problemi connessi all'emergenza<sup>46</sup>.

Tanto, tuttavia, non corrisponde all'ordine sostanziale delle attribuzioni che, nello Stato costituzionale democratico vale a scandire in modo specifico la relazione tra esercizio dell'autorità (in primo luogo, politica) e responsabilità connessa. Anche in fasi estreme, dunque, la razionalità della forma di governo parlamentare deve affermarsi come indefettibile in quanto risolto, sul piano dell'organizzazione massima dei poteri, di una tale relazione. Essa, pertanto, non può subire una pesante trasfigurazione attraverso l'integrale attribuzione ad organismi tecnici del potere effettivo di determinare i contenuti della decisione imputata agli organi di governo. La rilevanza dell'apporto scientifico, che si commisura alla gravità della situazione, non può comunque giungere a surrogare l'apprezzamento politico circa l'impatto delle soluzioni tecniche su bisogni e interessi complessivi della comunità, in primo luogo alla luce di quanto prefigurato dalla Carta costituzionale.

Come ha avuto modo di precisare il Tribunale costituzionale federale tedesco, la realizzazione di obiettivi scientificamente determinati come passaggi per la realizzazione di un fine connesso alla preservazione di Beni costituzionali -nello specifico, il superamento dell'emergenza climatica attraverso il progressivo azzeramento delle emissioni nell'aria di anidride carbonica- non può portare a determinare l'assoluta preferenza di tale interesse, richiedendosi sempre e

---

<sup>44</sup> Sul punto, v. anche H. J. Papier, op. ult. cit., p. 37 ss.; U. Di Fabio, *Coronabilanz*, cit., p. 79 ss.; L. Hering, *Parlamentarismus in Zeiten der Corona-Krise*, in *Der Staat*, 61 (2022), p. 205 ss., part. p. 221 ss.

<sup>45</sup> A. Vosskuhle, op. ult. cit., p. 53 ss.

<sup>46</sup> A. Vosskuhle, *Europa, Demokratie, Verfassungsgeschichte*, Berlin, p. 53, che intende l'espertocrazia quale antitesi del parlamentarismo.

comunque un bilanciamento con gli altri interessi costituzionali, concorrenti rispetto al primo<sup>47</sup>. Ciò comporta che la garanzia dei diritti fondamentali può obbligare lo Stato alla loro tutela anche in relazione agli esiti di un cambiamento globale di clima, tanto più, poi, che il diritto alla vita e alla salute (art. 2 Abs. 2 satz 1 GG) fissano in capo allo Stato un generale obbligo di protezione della vita e dell'inviolabilità del corpo, anche in relazione ai rischi connessi al mutamento climatico<sup>48</sup>. Anche tale giurisprudenza va, dunque, nella direzione di ritenere che il contributo offerto dalla scienza per la soluzione di uno specifico problema debba essere ponderato attraverso apprezzamenti inerenti agli interessi e diritti costituzionali che concorrono ad orientare l'azione di governo nella produzione normativa. In tale potere-dovere di apprezzamento complessivo trova compimento il modello di democrazia rappresentativa che resta integro ed operativo, in principio, anche nello stato di emergenza.

16. In questa prospettiva, la specifica attenzione alla recente situazione di emergenza pandemica, di cui si è detto, si mostra tanto più di rilievo in quanto, in collaborazione con organismi scientifici di ausilio, il Governo ha adottato una serie di misure (obbligo di mascherina, lockdown, obblighi vaccinali, divieto di uscite etc.), la cui effettiva efficacia in termini di prevenzione o di freno del contagio era tutt'altro che scientificamente comprovata e che, tuttavia, hanno causato un sacrificio grave o gravissimo all'esercizio di libertà e diritti fondamentali.

Nell'ottica della legittimità costituzionale, dunque, il deficit di proporzionalità, in termini di necessità, adeguatezza ed essenzialità delle misure intraprese (v. *supra*) appariva connesso non tanto (o soltanto) alla incongruenza di alcune misure quanto, soprattutto, alla carenza di una asseverazione scientifica della portata pratico-funzionale di tali misure, da cui soltanto avrebbe potuto discenderne la legittimità del ricorso nella specie.

---

<sup>47</sup> BVerfG, Besch. von 24.3.2021. Al riguardo, cfr. H. Schulze-Fielitz, *Sub Art.20a GG*, in H. Dreier (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Band II, 2. Aufl., Tübingen, 2006, p. 310, Rdn. 40.

<sup>48</sup> BVerfG, 1- BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR96/20, 1 BvR 288/20, in cui si precisa, tra l'altro, come l'art. 20a GG non statuisce alcun diritto soggettivo e, pertanto, non va ad integrare il catalogo dei diritti fondamentali.

Prescindendosi, nell'esposizione argomentativa, dagli esiti della giurisprudenza costituzionale sul punto<sup>49</sup>, non può farsi a meno di rilevare come nella specie è parsa senz'altro lacunoso, sul piano della razionalità dell'agire, anche il richiamo alla prevenzione, come fondamento di tale strategia. Vero è che logica della prevenzione e logica dello Stato costituzionale di diritto appaiono strutturalmente antitetiche e confliggenti<sup>50</sup>, tuttavia, nella specie proprio il contributo della scienza avrebbe potuto mitigare eccessi e ridondanze dell'azione preventiva, prospettandosi così uno scenario di razionalità adeguata all'azione di governo e per la tutela delle garanzie di diritti soggettivi. Basti pensare, tra le misure intraprese meno in linea con il canone della proporzionalità di cui si è detto, quella relativa al limite alla libertà di circolazione che ha implicato il divieto di pratica sportiva individuale anche in luoghi assolutamente solitari (un bosco, una spiaggia). O, ancora, il divieto di uscita comune, valido anche tra membri dello stesso nucleo familiare (laddove, forse, sarebbe bastata la previsione di un obbligo di distanziamento tra singoli o tra gruppi familiari, misura molto più mite e congruente). L'inadeguatezza, sia in funzione preventiva che di contenimento del contagio, di tali rigide proibizioni appare all'evidenza.

Non razionali, nel senso di cui si discute, sono apparse inoltre misure come la chiusura di locali pubblici dopo una certa ora, mancando ogni scientifica certezza che l'apertura oltre l'ora stabilita facilitasse o aumentasse il rischio di contagio. Tale divieto ha comportato, tra l'altro, una limitazione di diritti fondamentali di portata economica, come l'attività di lavoro e l'esercizio di iniziativa economica privata, in grado di pregiudicare la garanzia di una vita libera e dignitosa per gli esercenti tale attività (lavoratori e/o titolari di servizi) senza che a ciò corrispondesse la certezza scientifica di un beneficio per la salute, individuale e collettiva.

---

<sup>49</sup> V. soprattutto Corte cost., sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023.

<sup>50</sup> In tema, soprattutto E. Denninger, *Der Präventions-Staat* (1988), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 33 ss.; nonché Id., *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (2003), ora anche in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 223 ss., part. p. 228 ss.

17. Con riguardo specifico agli obblighi vaccinali fissati, con cadenza progressiva, nel susseguirsi di dd.ll. emergenziali <sup>51</sup> il livello dell'irrazionalità della condotta sembra perfino accresciuto. Senza trascurare il fatto che i farmaci denominati vaccini erano stati messi in commercio con un complesso di autorizzazioni provvisorie, va considerata l'assenza di una documentazione scientifica congrua attestante la efficacia profilattica di tali farmaci, in grado di proteggere il vaccinato dal rischio di contagio del virus. In conseguenza, la somministrazione del "vaccino" non rendeva l'individuo immune da tale rischio, con la possibilità anche solo potenziale di frequentare liberamente persone non vaccinate. Corrispettivamente, non lo emancipava dal rischio di rappresentare egli un vettore di contagio, dunque, di poter contribuire (del tutto involontariamente) alla diffusione del virus.

In ragione di ciò, non veniva a trovare alcuna base costituzionale di giustificazione la limitazione dell'esercizio di alcune libertà fondamentali per le sole persone non vaccinate, così che la previsione per i soli vaccinati dell'esercizio di libertà costituzionali -dal diritto al lavoro, a quello di circolazione, di soggiorno, o di frequentare luoghi aperti al pubblico durante la pandemia, etc.- realizzava un vulnus del principio di eguaglianza trasformando in privilegio la garanzia costituzionale dell'esercizio di un diritto<sup>52</sup>.

In carenza di certezze scientifiche sull'efficacia profilattica del vaccino e sulla mancanza di rischi, per la sua inoculazione, alla salute individuale le suddette limitazioni apparivano, allora, soprattutto l'esito di decisioni arbitrarie e irrazionali. Non va sottaciuto, in proposito, che l'imposizione dell'obbligo vaccinale, in quanto deroga alla generale libertà di autodeterminazione in materia di vita e di salute (art. 32 c. 1 Cost.), avrebbe richiesto motivazioni specifiche e più congruenti, dal punto di vista della razionalità costituzionale dell'agire legislativo, ben oltre il semplice richiamo ad una generica attività di prevenzione, riferibili unicamente all'accertamento di un'effettiva efficacia profilattica dei vaccini in

---

<sup>51</sup> ..dapprima limitati a specifiche categorie di lavoratori, poi estesi a tutti i soggetti (ultracinquantenni) ritenuti fragili.

<sup>52</sup> Conforme, H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, cit., p. 35 ss. .

questione. Ma una siffatta efficacia era esclusa anche dalle indicazioni espresse delle case produttrici dei farmaci suddetti che accompagnano le singole confezioni. La trasfigurazione dell'esercizio di libertà in una condizione di privilegio<sup>53</sup> per i soli vaccinati -inteso piuttosto come un esito premiale corrispettivo della soggezione al trattamento vaccinale- è parso piuttosto l'esito del deficit di razionalità di una tale strategia, nel contesto di un vero e proprio ordinamento dell'emergenza in cui, seppure in via momentanea, all'ordinario principio di libertà quale caposaldo della Costituzione del '48 si surroga quello di autorità. Ciò ha finito inevitabilmente per generare un conflitto con la razionalità espressa dal *Menschenbild* costituzionale<sup>54</sup>, quantunque i termini di un tale conflitto non sono apparsi nitidi ed evidenti al giudice costituzionale.

18. Un'ulteriore aporia riguardante la razionalità del diritto positivo<sup>55</sup> e della decisione politica che vi sottende ha a che fare più direttamente con la sfera ampia della conoscenza, in cui si fa convergere il flusso pluralistico delle espressioni di pensiero poi scandite, partitamente, nelle categorie dell'informazione e della comunicazione (art. 21 Cost.).

Tale libertà di espressione, come è noto, ha una consistenza assiologica duplice, riguardata in stretta correlazione sia con il naturale bisogno umano di socialità e perciò con il fine di pieno sviluppo della persona (artt.2, 3 c. 2 Cost.) quanto, anche, con il funzionamento dell'ordinamento democratico. Essa, pertanto, si atteggia come libertà negativa, a presidio contro le ingerenze arbitrarie del potere pubblico, ma riveste anche una dimensione precipuamente istituzionale<sup>56</sup>, per la garanzia di esistenza di un sistema comunicativo pluralistico e funzionale alla realtà del

---

<sup>53</sup> H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, cit., p. 35 ss.

<sup>54</sup> E.W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung* (1985), in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 58 ss.

<sup>55</sup> B. Fassbender, *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Auf., Heidelberg, 2006, p. 244 ss.

<sup>56</sup> Sull'influenza che le differenti teorie dei diritti fondamentali esercitano sull'interpretazione delle relative previsioni costituzionali, cfr. E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 115 ss.

processo democratico. In fine, la previsione costituzionale crea in capo ai poteri pubblici un obbligo di protezione per la garanzia effettiva dell'esercizio individuale di tale libertà, anche sotto il profilo dell'accesso alle fonti dell'informazione plurale. In definitiva, pluralismo dell'informazione e della comunicazione, pieno sviluppo della personalità ed esercizio consapevole della sovranità popolare si configurano come aspettative costituzionali<sup>57</sup>, la cui realizzazione integra elementi di un'identità irretrattabile del modello costituzionale di Stato. Nella primaria garanzia di siffatto pluralismo, in sintesi, è riflessa l'aspirazione ultima del Costituente a fondare un adeguato livello di conoscenza come strumento di crescita culturale e di consapevolezza civica, in una società civile composta da individui (*Bourgeois*) oltre che da cittadini sovrani (*Citoyen*), in grado di partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese (art. 3 c. 2 Cost.) operando scelte selettive anche nella ricerca dell'informazione credibile di cui necessita.

L'avvento dei *social* e, con esso, di una sorta di pluralismo atomizzato dell'espressione di pensiero ha implicato novità di rilievo riguardanti, oltre che la forma, la natura (o il tipo) della comunicazione, che va oltre il dato reale ed è mirata, sovente, alla produzione di reazioni emotive. Una condizione del tutto inedita rispetto a quella a cui i Costituenti potevano fare riferimento.

Pertanto, se l'incremento del pluralismo è parsa a lungo la principale aspettativa attuativa della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) è insorta, solo di recente, l'esigenza opposta, connessa al rischio di infodemia, di selezionare previamente l'informazione/comunicazione escludendo dalla sfera materiale della garantita di tale libertà, le *fake news* e la disinformazione, seppure ricadenti comunque in una sfera costituzionalmente tutelata, che è quella della libertà di agire dell'individuo (art. 2 Cost.).

Tale esperienza rivela dunque una precipua torsione dell'interpretazione della libertà in parola secondo un senso precipuamente comunitaristico, più strettamente connesso all'accezione istituzionale o precipuamente democratico-funzionale dei

---

<sup>57</sup> In tema, v. soprattutto J. Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band IX, 3. voll. rev. Auf., Heidelberg, 2011, p. 366 ss., Rdn.221 e p. 390 ss., Rdn. 271 ss.

diritti fondamentali<sup>58</sup>. Ciò, potrebbe dirsi, configura l'esordio di una razionalità assiologica nuova che, dal punto di vista costituzionale, sottende all'esercizio in concreto dell'espressione di pensiero, la cui obiettiva congruenza appare tutt'altro che scontata.

Per un verso, non si comprende fino in fondo perché mai la comunicazione post-fattuale, che rappresenta una tendenza dell'attualità, sia per ciò stesso esclusa dalla sfera materiale della garanzia ex art. 21 Cost..

Del pari è a dirsi per la cd. disinformazione che, rispetto alle *fake news* intese come falso storico oggettivo, rivela contorni molto più opachi. In essa, come l'esperienza dell'emergenza sanitaria ha dimostrato, rischia di confluire anche una comunicazione tutt'altro che falsa o incongrua sul piano della verità scientifica, tuttavia in chiaro dissenso con una verità "ufficiale" dominante. La disinformazione, a ben vedere, postula l'intervento di un'autorità che previamente specifichi ciò che possa essere riguardata come informazione autentica e valga, dunque, come discrimine per qualificare la disinformazione. Quest'ultima tende perciò ad essere prodotto di approccio di tipo decisionista<sup>59</sup>, dunque a geometrie variabili secondo quale sia il fine (politico) da realizzare.

Ciò prefigura il rischio generale che l'espressione di pensiero sia selezionata in base a un criterio teleologico-funzionale commisurato a interessi politici di maggioranza. La disinformazione appare una categoria relativa e residuale che raccoglie, in sintesi, il complesso di un pensiero dissenziente, a prescindere da ogni accreditamento di verità o congruenza.

Ne consegue, in generale, la sussistenza di una presunzione d'irrazionalità di atti giuridici, anche di natura normativa, i cui contenuti non risultino ispirati all'informazione presunta autentica. Del resto, in tale direzione si muove la

---

<sup>58</sup> Sull'influenza che le differenti teorie dei diritti fondamentali esercitano sull'interpretazione delle relative previsioni costituzionali, cfr. E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 115 ss.

<sup>59</sup> E. Bolsinger, *Was ist Dezisionismus? Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie*, in *Politische Vierteljahresschrift*, 39 (1988), p. 471 ss.; M. Hirsch, *Politische Theologie des Konflikts. Carl Schmitt im politischen Denken der Gegenwart*, in R. Voigt (Hrsg.), *Der Staat des Dezisionismus*, Baden-Baden, 2007, p. 83 ss.



normativa comunitaria in materia (DSA), che intesta ai grandi gestori di piattaforme social obblighi di controllo anche sui contenuti della manifestazione di pensiero da cui deriva l'applicazione di misure sanzionatorie che possono giungere fino alla censura dei contenuti qualificati come disinformazione.

La disinformazione -è appena il caso di ribadirlo- non coincide con le fake news, per le quali soltanto può valere -sia pure con una certa approssimazione- il criterio storico-obiettivo del vero e/o falso<sup>60</sup>. Se, come si è detto, anche la circolazione di un'informazione post-fattuale non si mostra in sé avulsa da ogni base di razionalità, quella riguardante la disinformazione appare legata in modo pressoché esclusivo ad una direzione di senso politico.

19. In conclusione alle esposte riflessioni, appare evidente come la relazione tra scienza e diritto positivo come, più in generale, l'apporto della prima ai fini della razionalità del secondo presenti risvolti e profilature complesse, non riducibili ad un giudizio unitario di sintesi. Non è in discussione l'assioma di fondo, vale a dire l'importanza fondamentale di un tale apporto per la razionalità della produzione normativa, non si nascondono tuttavia i rischi permanenti di uno squilibrio effettivo tra i poli di tale rapporto, autorità e organismi scientifici.

Vero è che il sigillo della scienza non copre anche le ambizioni soggettive (personali e/o politiche o professionali) dei singoli scienziati, né acquisizioni ancora del tutto parziali e prive di riscontro nelle dinamiche applicative di metodo. Essa tende a identificarsi piuttosto in risultati asseverati proprio attraverso il ricorso a tale metodo e che vengono a delinearsi anche ai fini della elaborazione di porre soluzioni a un problema pratico contingente.

Solo così la razionalità delle strategie viene a basarsi su presupposti scientifici solidi e privi di (gravi) rischi anche per la vita e la salute individuale.

---

<sup>60</sup> Al riguardo, per gli opportuni riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio a V. Baldini, *Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), fasc. 3/2023 nonché, Id., *Verità e libertà nell'espressione del pensiero...Prendendo spunto da casi concreti* in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), fasc.2/2017 ss.; in tema, le interessanti riflessioni recate dal volume di C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, part. p. 13 ss.

Quella tra scienza e diritto, anche al livello costituzionale, si configura in definitiva come una relazione tra sistemi paralleli ma collegati attraverso l'interpolazione della decisione politica. Le virtù della scienza di generare progresso e favorire scelte autenticamente razionali anche nella produzione giuridica si rendono effettivamente positive allorché se ne commisuri la portata, entro un quadro di compatibilità politiche e costituzionali, alla realizzazione del Bene comune<sup>61</sup>. Nella razionalità dell'agire dell'autorità pubblica, in ogni circostanza e condizione, si condensa in ultima analisi la stessa ragione d'esistenza dell'ordinamento democratico.

---

<sup>61</sup> Così, J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“*, cit., p. 483 ss, Rdn. 24.