



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. II

(ESTRATTO)

**VINCENZO BALDINI**

**L'EMERGENZA COSTITUZIONALE ALLA LUCE DEGLI  
INTERROGATIVI KANTIANI**

**UNA PROSPETTIVA DI METODO PER L'ANALISI DELL'ESPERIENZA**

27 LUGLIO 2020

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

Vincenzo Baldini

## L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani Una prospettiva di metodo per l'analisi dell'esperienza\* \*\*

**ABSTRACT:** *This work tends to analyze the experience of the health emergency in the light of the three Kantian questions trying, for each of them, to provide an answer, in a problematic form, up to determining some lines of possible developments of the political debate connected to rational expectations that emerge from the above experience.*

SOMMARIO: 1. Premessa. Gli interrogativi kantiani e l'importanza di un approccio pratico-razionale. 2. Cosa posso sapere? I profili salienti dell'esperienza emergenziale. 3. Cosa debbo fare? Limiti e "virtù" del dibattito dottrinale sull'ordinamento dell'emergenza (sanitaria). 4. Conclusioni: cosa ho diritto di sperare? Aspetti problematici di una difficile previsione ...

### 1. Premessa. Gli interrogativi kantiani e l'importanza di un approccio pratico-razionale.

«Ogni interesse della mia ragione (tanto quello speculativo quanto quello pratico) si concentra nelle tre domande seguenti: Che cosa posso sapere? Che cosa devo fare? Che cosa ho diritto di sperare?»<sup>1</sup>. I tre interrogativi kantiani qui richiamati, posti alla fine della *Critica della Ragion pura* ed in cui si compendia -come afferma lo stesso Kant- ogni interesse alla conoscenza possono anche suggerire un'interessante prospettiva di analisi e studio dell'esperienza giuridica riconducibile all'emergenza sanitaria<sup>2</sup>. Seguendo tale prospettiva, il giurista deve andare oltre la mera ricognizione dei connotati normativi integranti il complesso degli atti di variegata origine ed efficacia succedutisi fino ad oggi, il cui denominatore comune si rinviene nel contrasto al rischio sanitario e nel superamento, così, di tale emergenza. L'obiettivo ultimo di questo genere di analisi, di ordine assiologico-funzionale, è quello di definire, dalle consapevolezze acquisite attraverso tale esperienza, le aspettative di ordine razionale che ne derivano sul piano degli effetti di sistema, aspettative per la cui realizzazione non resta estraneo -da un punto di vista latamente normativo- un contributo "attivo" del singolo, quanto meno in termini di partecipazione alla scelta della decisione politica più congruente.

In questo contesto, un ruolo non marginale è giocato, naturalmente, dal senso della Costituzione da cui si muove per determinare, nello specifico, l'azione del singolo e le aspettative razionali di cui si è detto, laddove la razionalità altro non può intendersi che come congruità rispetto al (supposto) disegno costituzionale.

### 2. Cosa posso sapere? I profili salienti dell'esperienza emergenziale.

La risposta al primo interrogativo (cosa posso sapere?) si compendia nell'analisi dell'esperienza, almeno nella misura in cui dalla conoscenza razionale di quest'ultima deriva per il singolo una specifica e adeguata consapevolezza anche degli accadimenti ordinamentali. Nondimeno, tale interrogativo tende a scomporsi secondo una duplice prospettiva, rispettivamente, giuridico-positiva e politico-istituzionale ove si presta riguardo, in primo luogo, ai tratti tipizzanti, non solo formali, di ciò che può definirsi come un sistema giuridico dell'emergenza. Rileva, nella specie, innanzitutto la

\* Scritto pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

\*\* Scritto destinato al volume "Covid-19 vs. democrazia aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria" a cura di M. Borgato e D. Trabucco, Napoli 2020.

<sup>1</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura, Dottrina trascendentale del metodo*.

<sup>2</sup> In tema, v. tra i tanti A. D'ALOIA., *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in [BioLaw Journal](#), 2, 2020. G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, al sito web di [unicost](#), 10 aprile 2020, 4; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in [Diritti Regionali](#), n. 1/2020.

rinuncia ad ogni forma di regolazione non cogente (raccomandazioni, consigli ed esortazioni) ed il ricorso immediato alla disciplina giuridica, sostenuta dalla forza della previsione di sanzioni anche gravi per il caso di sua inosservanza. La subitanea rinuncia all'impiego di norme sociali in senso stretto<sup>3</sup>, la cui attuazione richiede consapevolezza del pericolo e disponibilità alla collaborazione da parte della società civile può intendersi come il riflesso di una sostanziale fiducia delle istituzioni pubbliche democratiche nei confronti di un'autonoma capacità di disciplinamento di quest'ultima anche di fronte a fenomeni pregiudizievoli per la salute generale. Di contro, il ricorso al comando giuridico, cui ha corrisposto il rigore estremo prestato dalle forze dell'ordine nel controllo della sua assoluta obbedienza, attinge come sempre ai caratteri dell'antitesi tra autorità e libertà che connota - pressoché inevitabilmente, può dirsi- anche i caratteri dello Stato democratico<sup>4</sup>. (A)

Il secondo versante (natura degli atti) attiene a ciò che *Uwe Volkmann* definisce (seppure con riguardo all'ordinamento tedesco, ma il discorso può valere pianamente anche per quello italiano) come la "burocratizzazione dello stato di eccezione"<sup>5</sup>, alludendosi così alla sua conversione nella veste formale di uno "stato amministrativo in un procedimento del diritto sanitario e del diritto di polizia"<sup>6</sup>. In tale condizione, si esprime in qualche modo uno sforzo mirato alla razionalizzazione dello *Ausnahmezustand*<sup>7</sup> riportandolo entro il perimetro ordinario dell'azione discrezionale di organi del potere esecutivo, in primo luogo attraverso l'adozione a monte della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi, tra l'altro, degli artt. 7 c. 1 lett. c) e 24 c. 1, d.lgs. n. 1/2018<sup>8</sup> con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza, per il periodo di sei mesi, "in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili". In questo modo, si è cercato di nascondere sotto la veste della continuità giuridico-positiva la distinzione esistente tra un "prima", un "durante" e un "dopo" l'emergenza sanitaria<sup>9</sup>. Ma la strategia di prevenzione assoluta come forma di lotta all'emergenza sanitaria, con la conseguente limitazione/sospensione contestuale di un complesso di libertà costituzionali -dalla libertà personale a quella di domicilio, alla libertà di riunione, di associazione, di esercizio del culto, di circolazione e soggiorno- rivela pur sotto un regime di regolare azione amministrativa, dal punto di vista giuridico-formale, i tratti reali di un ordinamento giuridico provvisorio dell'emergenza incardinato su un principio di divieto, generale e generalmente vincolante, in relazione al quale l'esercizio di libertà assume i caratteri, anche nel lessico impiegato, di una vera e propria concessione da parte dell'autorità pubblica di governo.

Non sembra potersi obiettare, in senso contrario, che la citata deliberazione del CdM del 31 gennaio 2020 non appare atto idoneo in sé a legittimare l'apertura di una fase di emergenza costituzionale, con la conseguente sospensione contestuale dell'esercizio di una serie di diritti fondamentali di libertà e che pertanto non dovrebbe parlarsi, nella specie, di "stato d'eccezione". Tale argomentazione, a parere di chi scrive, prova troppo, soprattutto non può valere a negare il fatto che la consistenza - oltre che le stesse modalità formali (ddpcm, ordinanze sindacali e regionali etc.) - delle misure irrogate venga a giustificarsi unicamente sul presupposto della sopravvenienza di eventi gravi, imprevisti e imprevedibili, idonei a provocare oltre a un'emergenza sanitaria anche una condizione di emergenza costituzionale.

Tuttavia, è vero che la deliberazione governativa in parola di per sé, per gli effetti e la durata della sua vigenza, non si mostra strumento adeguato ad aprire una fase di emergenza (anche) costituzionale,

<sup>3</sup> Sul punto, v. in particolare C. MÖELLERS, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin, 2015, part. 106 ss.

<sup>4</sup> Al riguardo, v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), ora anche in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, 209 ss., part. 211 ss.; J. HABERMAS, *Zivile Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat* (1983), ora anche in ID., *Die neue Übersichtlichkeit*, Frankfurt am Main, 1985, 79 ss.

<sup>5</sup> U. VOLKMANN, *ibidem*, 3.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Sul punto, con particolare riguardo alla dialettica antitetica: stato di eccezione/stato di normalità, v. da ultimo A. CANTARO, *Pandemia e scienza giuridica - In divergente accordo*, paper, 13 ss.; in particolare con riguardo al titolare del potere sovrano, v. C. SCHMITT, *Politische Theologie*, 8. Aufl., Berlin, 2004, 14 ss.

<sup>8</sup> D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, Codice della protezione civile.

<sup>9</sup> C. MÖLLERS, *Erleben wir eine Krise der Gesetzgebung?*, in [Die Zeit Online](https://www.diezeitonline.de) del 9.5.2020.

difettando nella specie quella condizione -l'impossibilità materiale dell'intervento parlamentare- che sola consente all'Esecutivo, nel silenzio della Costituzione e nel quadro della forma parlamentare di governo, di procedere autonomamente nella strategia politica di lotta all'emergenza.

Del resto, come si deduce anche da previsioni sancite in Costituzioni di altri ordinamenti (Spagna, Francia), mirate nello specifico a disciplinare l'emergenza costituzionale, una tale facoltà in capo all'Esecutivo è attribuita unicamente in relazione a fasi lievi dell'emergenza, superabili entro un tempo molto contenuto<sup>10</sup>. Pertanto, la validità regolatrice e dispositiva di tale deliberazione del CdM può spiegarsi unicamente se la si fonda su una norma presupposta provvisoria, diversa (da) e parallela a quella che regge ordinariamente l'assetto dello Stato costituzionale democratico<sup>11</sup>. Prospettiva, quest'ultima, che evoca - seppure in modo piuttosto generale - la *necessitas* (categoria, invero, poco perspicua) quale fonte reale del diritto<sup>12</sup> che nella norma presupposta trova la sua forma giuridico-positiva in grado di legittimare la normazione emergenziale messa in campo da Governo, Presidenti regionali e Sindaci<sup>13</sup>.

In definitiva, a conferire efficacia -oltre che validità- ad un tale ordinamento provvisorio dell'emergenza resta la condizione di effettiva osservanza e assecondamento delle misure emergenziali che la "nuova" *Grundnorm* impone, conferendo una base di validità all'intero ordinamento. In tal senso, può ritenersi che il processo di razionalizzazione amministrativa di tale esperienza non elide l'esistenza dello stato di eccezione nè la percezione comune dell'asimmetria, rispetto al complesso degli interessi in gioco, dell'interesse prevalente alla tutela della salute attraverso l'azione di prevenzione che si manifesta, nei contenuti stessi della normazione, efficace all'arginamento del rischio sanitario<sup>14</sup>. Se dunque la delibera del CdM più volte citata non è in grado *ex sé* di costituire, sul piano giuridico-formale, il fondamento giuridico ultimo di validità del ricorso allo Stato di eccezione, tale fondamento si rinviene in un pre-supposto normativo, anch'esso di natura eccezionale, che impone l'osservanza delle previsioni recanti, tra l'altro, il divieto di esercizio di diritti fondamentali di libertà. Di conseguenza, non si riconosce il fondamento di legittimità dei numerosi atti di natura amministrativa<sup>15</sup> nella deliberazione del Governo del 31 gennaio 2020 e nei conseguenti atti con forza di legge se non muovendosi dall'esistenza del suddetto presupposto

<sup>10</sup> V., ad es., art. 116 Cost. Spagna, dove solo lo "stato d'allarme" può essere dichiarato autonomamente dal Governo, con decreto del Consiglio dei Ministri, per un termine massimo di 15 gg. prorogabili una sola volta, con l'autorizzazione del Congresso dei deputati (che viene informato della dichiarazione di "stato d'allarme" adottata dal Governo).

<sup>11</sup> In tal senso, v. anche A.-B. KAISER, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen, 2020, part. 133 ss. Ma v. anche U. DI FABIO, *An der Grenze der Verfassung - Das Modell der liberalen Demokratie schlägt sich in der Pandemie überraschend gut. Es gilt, Leben zu schützen und dabei schonend mit den Grundlagen der freien Gesellschaft umzugehen*, in [FAZ.NET](#) del 14.4.2020.

<sup>12</sup> Al riguardo, cfr. tra gli altri J. ISENSEE, *Salus publica – suprema lex ?*, Paderborn – München – Wien – Zürich, 2006, part. 9 ss.; In tema, anche in senso critico, v. anche G. CAMUS, *L'État de Nécessité en Démocratie*, Paris, 1965, part. 41 ss. Per la dottrina italiana, v. soprattutto M. C. SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3, 2020. M.A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, in [Diritti Regionali](#), n. 1/2020.

<sup>13</sup> E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020, nonché ID., *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in [BioLaw Journal](#), 2, 2020. In generale, sul tema v. A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista 2020/I](#), 210.

Sulla questione dell'identità della norma presupposta in grado di sorreggere sul piano giuridico-positivo un ordinamento dell'emergenza si rinvia, in generale, a W.-D. GRUSSMANN, *Grundnorm und Supranationalität*, in T.v. DANWITZ, M. HEINTZEN, *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar, 1994, 47 ss., part. 49 ss.

<sup>14</sup> Al riguardo, sui contenuti del d.l. n. 6/2020, v. M. TALO, *Una lettura critica del decreto-legge 6 aprile 2020, in Covid-19 vs. democrazia aspetti giuridici ed economici*, cit.. Sulle questioni specifiche sollevate da tale normazione, cfr. A. TESSIER, *Le restrizioni alla libertà personale disposte dalla decretazione d'urgenza*, e F. ADERNÒ, *Le restrizioni alla libertà religiosa disposte dalla decretazione d'urgenza*, *ibid.*

<sup>15</sup> ... alcuni dei quali recanti solo i presupposti formali dell'atto sostanziale di disciplina, adottato in forma negoziata (protocolli), la cui giuridica connotazione appare, ad ogni modo, tutt'altro che perspicua: v., al riguardo, soprattutto il d.l. 16.5.2020, n. 33.

teoretico della *Grundnorm* che impone a tutti l'osservanza delle misure in quanto mirate alla prevenzione dell'emergenza sanitaria in corso, fino al suo superamento.

La peculiarità della forma amministrativa dello stato di emergenza non rileva soltanto al fine di lasciar prefigurare una formale continuità con l'esperienza precedente bensì anche -e ciò costituisce un'ulteriore consapevolezza, nel processo di apprendimento razionale secondo il metodo kantiano- come soluzione concorrente e alternativa alla centralità di ruolo in qualche modo riferibile, anche nell'esperienza emergenziale, alle Camere parlamentari. Tanto nella forma dell'attività di indirizzo quanto, anche, in quella del controllo diretto e permanente sull'operato dell'Esecutivo, non può non riconoscersi alle Assemblee rappresentative, in via di principio nel contesto della forma di governo parlamentare, l'assunzione di un ruolo nient'affatto marginale, nella fase della apertura come in quella di gestione dello stato di emergenza, in ogni caso compatibile con i dettami della tempestività e dell'efficacia dell'azione di contrasto al rischio epidemico. Nondimeno, l'esperienza ha registrato una reale emarginazione del ruolo di tali Assemblee, a cui si accompagna parimenti un arretramento funzionale dei Consigli a livello regionale e locale.

In particolare, recede la portata della riserva di legge quale presidio posto a garanzia dei diritti fondamentali<sup>16</sup>, così, sfuma nel contempo l'azione di controllo ritualmente svolta dalle Camere elettive nei confronti dell'Esecutivo nel quadro della forma di governo parlamentare<sup>17</sup>. La condizione prevalente effettiva di *Ausnahmezustand* insieme ad un monopolio normativo pressoché assoluto degli Esecutivi -nazionale e locali- rivela così un sensibile indebolimento del potere democratico riferito a Parlamento ed Assemblee territoriali, vale a dire, di una modalità di esercizio della sovranità incentrata sul metodo del confronto e della discussione tra tutte le forze politiche, della decisione ponderata e processualmente razionale. Tale debolezza funzionale delle Camere rappresentative, con linguaggio weberiano, potrebbe definirsi come l'arretramento (conseguenza dell'intrinseca fragilità) della signoria/dominio legale e/o di quello tradizionale di fronte al prevalere, nel contesto dei tipi assoluti di potere legittimo<sup>18</sup>, di quello carismatico. Bagliori di quest'ultimo si rinvergono nel marcato presidenzialismo del Presidente del Consiglio dei Ministri come, per altro verso, nella forza identitaria<sup>19</sup> di cui si ammantava la posizione, rispettivamente, di Presidenti di Regione e Sindaci in virtù della loro investitura diretta<sup>20</sup>. Questa forma di leadership democratica seppure edulcorata dalla mediazione del voto, tende ad accrescere inevitabilmente l'esponenzialità rappresentativa dell'eletto, privilegiandosi perciò un modello di azione basato essenzialmente sulla forza legittima della sua decisione<sup>21</sup>.

Tanto, più in generale, lascia risaltare l'esistenza di uno iato ontologico tra i descritti modelli democratici, che si presentano perciò come concorrenti e/o alternativi. In particolare, il contenimento dell'influenza parlamentare/assembleare nelle strategie di azione politica in questa fase appare un

<sup>16</sup> C. DELLA GIUSTINA, *La riserva di legge e il rispetto dei diritti al tempo del coronavirus*. Sul punto, v. anche L. MAZZAROLLI, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di coronavirus. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss, 77 Cost., per tacer d'altri*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 23 marzo 2020. Sul rapporto tra Costituzione e legge, v. anche G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 131 ss.; nonché E. DENNINGER, *Verfassung und Gesetz* (1986), ora anche in ID., *Der Gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, 51 ss.

<sup>17</sup> Sul punto, v. tra gli altri, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](http://Liber Amicorum per Pasquale Costanzo), 11 aprile 2020.; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria, leale collaborazione e (limiti alla) libertà di manifestazione del pensiero*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2020. Più in generale, si veda anche H. MEYER, *Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes*, in *VVDStRL* 33 (1974), Berlin, 1975, 69 ss., part. 100 ss., che nello specifico rimette la funzione di controllo soprattutto all'opposizione.

<sup>18</sup> Sul punto, v. da ultimo H. HOFMANN, *Legitimität und Legalität -zur Kritik der Herrschaftssoziologie Max Webers*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2020, 585 ss., part. 587.

<sup>19</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage, Berlin, 1970, part. 276 ss.

<sup>20</sup> V. in tema, F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in *Diritti regionali*, 2/2020, nonché, ancora L. Mazzarolli, *op. ult. cit.*

<sup>21</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage, Berlin, 1970, part. 276 ss.

tassello debole nel contesto delle dinamiche interne alla democrazia costituzionale, anche oltre ed al di fuori della condizione strettamente contingente dello stato di eccezione. Non basta, in senso contrario, la consapevolezza che la democrazia costituzionale pluralista realizza la sua propria sostanza non soltanto nella dimensione interna e istituzionalizzata del confronto parlamentare includendosi, in essa, anche la dimensione esterna e non istituzionalizzata, tuttavia altrettanto fondamentale, del confronto e della varietà di opinioni politiche nel flusso generale della comunicazione pubblica. In tal modo la esternalizzazione del dibattito politico<sup>22</sup> può anche compensare la posizione da tempo generalmente recessiva del *Redeparlament*<sup>23</sup>.

Ciò che tuttavia appare più problematico nella forma di democrazia basata sull'elezione diretta è il tendenziale difetto di un assetto procedimentale della decisione ispirato a principi di confronto, trasparenza e comprensibilità, oltre che di visibilità, in altre parole, di una condizione essenziale della razionalità sostanziale che connota in modo peculiare la democrazia parlamentare<sup>24</sup>. L'accantonamento in partenza del figurino organizzativo dell'art. 78 Cost. quale modello di azione coordinata e responsabile di Camere e Governo anche nella fase emergenziale<sup>25</sup>, insieme con la dichiarazione di emergenza formulata ai sensi dell'art. 24, d.lgs n. 1/2018 cit., appaiono sintomatici dell'intento di affermare la suddetta assoluta autonomia dell'esecutivo nella gestione dell'emergenza sanitaria, svincolata da ogni onere -anche solo formale- di confronto con le Assemblee di rappresentanza popolare.

L'andamento di tale esperienza mette in evidenza, in conclusione, complessità e frizioni interne all'assetto organizzativo generale dello stato, tra le quali sono anche quelle generate (soprattutto nella prima fase dell'emergenza) dalla tensione a volte veemente tra determinazioni di tipo unitario (assunte con dpcm) e peculiarità territoriali che esigevano soluzioni differenziate per le singole aree, assunte di regola con ordinanze sindacali e/o del Presidente di Regione. La (a volte) stridente antinomia tra istanze di uniformità -in particolare, in quanto concerne la limitazione dei diritti fondamentali- e peculiarità delle situazioni territoriali che richiedevano interventi mirati e limitazioni più rigorose, ha spesso portato a chiare tensioni politiche tra i diversi livelli di governo, offrendo un quadro dell'organizzazione complessiva dello Stato, soprattutto con riguardo alla relazione con i poteri e le attribuzioni locali, piuttosto frammentato e confuso.

### 3. Cosa debbo fare? Limiti e "virtù" del dibattito dottrinale sull'ordinamento dell'emergenza (sanitaria).

La risposta al secondo interrogativo kantiano (cosa debbo fare ?) più che il singolo *uti civis* o in quanto individuo chiama in causa soprattutto la scienza giuridica nello sforzo di ricerca ed elaborazione dell'unità sistemica e teoretica del diritto positivo. A questo riguardo rileva, preliminarmente, l'intensità del dibattito teoretico-dogmatico che ha concorso a mettere in luce aspetti problematici e controversi dell'esperienza di gestione dell'emergenza sanitaria, tanto sul piano della legalità costituzionale quanto su quello dell'opportunità politica. Ciò ha concorso a favorire anche una maggiore osservanza, da parte delle autorità competenti, delle regole che presiedono alla legittimità dell'adozione delle misure emergenziali. Peraltro, la disputa dottrinale tra posizioni,

---

<sup>22</sup> Su una tendenziale "deparlamentarizzazione" della decisione politica, v. soprattutto M. HERDEGEN, *Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung ?*, in *VVDStRL* 62 (2002), Berlin, 2003, 7 ss., part. 13 ss.

<sup>23</sup> Al riguardo, basti pensare all'uso frequente della questione di fiducia come forma di elusione del dibattito parlamentare. La formula del *Redeparlament* è utilizzata in contrapposto a quella di *Arbeitsparlament*, che indica invece il compito di razionalizzazione del lavoro parlamentare. In tal senso, v. da ultimo P. CANCEK, *Parlamentarische Beschlussfähigkeit und Verfassungsrecht*, in *Der Staat*, 59 (2020), 7 ss., part. 9 ss.

<sup>24</sup> K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Nachdruck 20. Aufl., Heidelberg, 1999, 63 Rdn.138.

<sup>25</sup> Sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale ... anche in epoca di emergenza sanitaria*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2020.

rispettivamente, a favore o contro la costituzionalità delle misure in questione adombra, in ogni caso, la consistenza a geometrie variabili della garanzia giuridica espressa dai diritti di libertà, sulla cui tenuta manifesta un'incidenza non marginale l'apprezzamento di natura politica espresso dal giudice nella risoluzione di controversie<sup>26</sup>. Meno presa, almeno in una prima fase dell'emergenza sanitaria, hanno avuto sul dibattito in questione la considerazione degli effetti di depressione economico-finanziaria verosimilmente riconducibili agli effetti delle misure emergenziali, in grado di causare, in ultima analisi, incrinature nella coesione sociale e pregiudizi nella realizzazione dell'uguaglianza sostanziale.

Se il deterioramento delle condizioni di benessere economico e sociale è in grado di provocare un innalzamento del livello di conflittualità all'interno del contesto sociale e alimentare, d'altro verso, l'illegalità (si pensi, ad es., alla insufficienza e/o mancanza di Beni primari con conseguente pregiudizio anche della dignità della vita sociale familiare) sul versante delle condizioni politiche va da sé come la percezione di particolari bisogni o l'esigenza di fronteggiare situazioni imprevedibili è la causa prima di una tutela asimmetrica di certi diritti e interessi rispetto ad altri, entro una logica estranea al necessario bilanciamento. Così, mentre di regola la primazia accordata al diritto alla vita e alla salute è giustificata in giurisprudenza attraverso il ricorso all'argomentazione razionale non mancano sentenze anche di giudici stranieri, in cui tale primazia è affermata in modo apodittico, senza una particolare specificazione circa la razionalità della decisione in rapporto al sacrificio di interessi costituzionali concorrenti<sup>27</sup>. Tanto traduce, in buona sostanza, l'effettiva natura politica della decisione operata dal giudice, pur nel contesto della situazione eccezionale.

Peraltro, proprio la scienza giuridica concorre a evidenziare l'indispensabile funzionalità democratica di un pluralismo della comunicazione nello Stato costituzionale che, oltre a indurre verosimilmente una deliberazione razionale<sup>28</sup> concorre ad inibire il carico di pericolosità che ogni esperienza di emergenza costituzionale inevitabilmente reca in sé. Di tale pluralismo comunicativo fanno parte, peraltro, anche le dinamiche del confronto/scontro, tra istituzioni di governo locali e nazionali, ben oltre le problematiche circa il legittimo esercizio delle rispettive competenze e attribuzioni, che produce l'effetto ultimo di assicurare la vitalità del sistema costituzionale come efficace anticorpo al rischio di una sua trasfigurazione/degenerazione. Infatti, tale relazione interna al pluralismo istituzionale si esprime, anche in questa fase, come forma indiretta di controllo e garanzia del rispetto dell'istanza democratica e dell'identità costituzionale, di cui è parte la tutela dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.).

D'altro verso, la stessa scienza giuridica costituzionalistica non ha mancato di porre in rilievo anche gli effetti negativi che la strategia di *lock-down* intrapresa dal Governo, con il blocco temporaneo di gran parte delle attività economiche e produttive del Paese, ha determinato sul piano economico-finanziario, in particolare per ciò che attiene alla dimensione attiva dello Stato sociale, riducendo in fine le aspettative di Giustizia connesse al modello costituzionale. Tali effetti, peraltro, non sono destinati a scomparire con il ritorno al pieno regime delle suddette attività, una volta caduti i numerosi limiti fissati dagli atti emergenziali, generandosi così vistose e profonde spaccature nel contesto della comunità statale. In quest'ordine di idee è stato rilevato come l'intervento sociale dello Stato pure in ambiti e per categorie espressamente considerate dalla Carta costituzionale (es. protezione di maternità ed infanzia – art. 31, comma 2, Cost.; aiuti alle famiglie numerose -art. 31, comma 1, Cost.; tutela del diritto al lavoro – artt. 4, 35 ss., Cost.; tutela della salute – art. 32 Cost.,

---

<sup>26</sup> Sulla natura politica della decisione del giudice, v. soprattutto H. Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* (Hrsg. von R.Ch. Van Ooyen), Tübingen, 2008, 67.

<sup>27</sup> V., ad es., Corte cost. di Berlino, sent. del 14.4.2020 (in tema di chiusura di musei e biblioteche); Tribunale amministrativo di Hannover, sentenza del 08.4.2020, in tema di assembramenti in chiesa. Sul punto, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it) 2020.

<sup>28</sup> In tal senso, cfr. In particolare J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, 349 ss.; nonché ID., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, 1996, 277 ss. Più in generale, sull'importanza della argomentazione giuridica, cfr. R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, 17 ss.

etc.) è destinato a subire rallentamenti o limitazioni in seguito alle esigenze di allargamento dell'assistenza sociale a categorie e fasce sociali che prima del lock down non rientravano nella sfera dei beneficiari. A riuscire compromesso, in definitiva, è parso soprattutto il valore della dignità di persone private di lavoro e stabilità economica in conseguenza degli effetti recati dalla strategia in questione, valore che la Costituzione italiana, non meno di altre Carte fondamentali, tutela come Bene primario<sup>29</sup>.

Una siffatta considerazione non va, ad ogni modo, nella direzione di sollecitare una risposta da parte della scienza giuridica che non sia la rilevazione di un danno costituzionale insito in questa esperienza. Una risposta operativa di ripristino di tali aspettative attraverso, in primo luogo, il recupero delle condizioni di eguaglianza compromesse dalla strategia emergenziale spetta unicamente al sistema politico, in particolare al legislatore rappresentativo, chiamato a prevedere forme e mezzi di sostegno per i soggetti apparsi più deboli e svantaggiati dall'applicazione delle misure emergenziali. Alla scienza giuridica, di contro, compete, ancora ed esclusivamente, l'analisi delle soluzioni eventualmente intraprese allo scopo, principalmente, di apprezzarne la legittimità alla luce del quadro complessivo di principi e diritti dello Stato costituzionale democratico.

#### 4. Conclusioni: cosa ho diritto di sperare? Aspetti problematici di una difficile previsione ...

Il terzo ed ultimo interrogativo kantiano, che qui si affronta, è anche quello più cruciale seppure appare suggestivo nella prospettiva delle risposte che esso è in grado di generare alla luce delle consapevolezze maturate.

La prima, più ragionevole speranza è il rapido superamento dello Stato di eccezione ed il ritorno ad una condizione regolare di vita ordinamentale, in cui riprenda pieno vigore (e vigenza) la *Grundnorm* che sorregge l'ordinamento giuridico statale, a partire dalla Costituzione democratico-liberale e sociale. La razionalità di tale speranza deriva dai numeri, che testimoniano in modo incontestabile il superamento dell'emergenza sanitaria e il progressivo ritorno ad una condizione di normalità sanitaria, per quanto vissuta nella consapevolezza di una prudenza necessaria ad impedire rinfocolamenti dell'epidemia<sup>30</sup>. Il ritorno alla ordinarietà dell'esperienza giuridico-statale non equivale per ciò stesso alla garanzia di un recupero di effettività dell'eccezione assiologica che connota la disciplina sostanziale della nostra Costituzione. Occorre intendersi, in proposito. La Costituzione per valori, dai cui si evince un *Menschenbild*<sup>31</sup>, in grado di generare effetti sociali, nel contempo, d'inclusione e di esclusione<sup>32</sup> (Zagrebelsky), necessita per la sua effettività dell'allineamento di una serie di variabili, non soltanto di estrazione giuridica. Si richiede, innanzitutto, un atteggiamento mentale e culturale anche da parte degli attori della vita politica e sociale che muova da un riconoscimento e da una condivisione dei valori recati dalla stessa Carta fondamentale. Tale atteggiamento deve tradursi ad opera dei soggetti politici in una domanda politica rinnovata, ad opera delle istituzioni pubbliche -di estrazione democratica ma anche giurisdizionale- nella realizzazione di tale domanda in atti coerenti di decisione politica. Tanto, non deve indurre all'equivoco di un'esegesi certa ed obiettiva di diritti e principi costituzionali a livello giurisprudenziale,

---

<sup>29</sup> Sul valore della dignità della persona, v. per tutti F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 109 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo - geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 65 ss.; E. DENNINGER, *Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität* (2000), ora anche in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin 2005, 305 ss.

<sup>30</sup> In questa prospettiva, del tutto ingiustificato e, perciò, illegittimo appare l'ipotesi di un prolungamento della dichiarazione dello stato di emergenza, che finirebbe quasi per strutturare una condizione di eccezionalità che, nella sua indispensabile limitatezza temporale, trova un presidio di giustificazione. Sul punto, si rinvia alle lucidissime considerazioni di D. TRABUCCO, C. DELLA GIUSTINA, *Sulla possibile proroga dello Stato di emergenza*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2020.

<sup>31</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung* (1985), ora anche in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, 58 ss.

<sup>32</sup> Conforme, v. G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, 94 ss.



ciò che - come spiega bene anche *Kelsen* - assume i connotati di una pretesa impossibile. Nondimeno, ciò che non può essere soggetta a ripensamenti o, peggio ancora, a rinnegamenti è il consenso prestato alla trama assiologica complessiva che la Costituzione esprime nell'equilibrio di diritti e interessi concorrenti in essa delineati. Il richiesto allineamento, a ben vedere, traduce in un'ultima analisi il senso proprio dell'accordo secondo il tradizionale approccio contrattualistico<sup>33</sup> ed appare, perciò, la condizione indefettibile della praticabilità di una Costituzione per valori.

La speranza che scaturisce da tale condizione è, sul piano del metodo, un affinamento e consolidamento degli standard di razionalità/proporzionalità<sup>34</sup> che sottendono l'attività di bilanciamento tra diritti confliggenti, muovendosi comunque dalla certezza che l'integrità della Costituzione e la garanzia della sua forza regolatrice sta, più che nella prefigurazione di "un" custode istituzionale, nella stessa complessità dell'assetto organizzativo pluralista, ove il sistema di organi e poteri chiamati, ciascuno per la propria sfera di attribuzioni, a determinare i contenuti della Carta assurge, per ciò stesso, a garante di quest'ultima<sup>35</sup>. Così, ad es., l'affermazione a volte secca, in alcune sentenze, della prevalenza del diritto alla vita sugli altri interessi e/o diritti concorrenti in quanto non trova alcuna obiettiva giustificazione nelle prescrizioni della Legge fondamentale né, tanto meno, appare senz'altro deducibile dall'esaltazione del suddetto *Menschenbild* costituzionale non può che ricondursi alla volontà specifica dell'organo giudicante maturata, di volta in volta, anche in base alla precomprensione del caso specifico. Di conseguenza, non può sorprendere né mostrarsi in sé irragionevole che tale diritto, in altre circostanze, risulti soccombente rispetto alla prevalenza di istanze concorrenti, quale, ad es., quella connessa all'autodeterminazione individuale o alla tutela della dignità umana. Non è un caso ed, anzi, suona conferma della consistenza politica della decisione giurisprudenziale, che nella più recente giurisprudenza costituzionale il diritto/principio all'autodeterminazione individuale abbia finito per essere considerato, in un caso, senz'altro prevalente sulla tutela del diritto alla vita o alla salute, fino a legittimarsi un diritto al suicidio assistito<sup>36</sup> o all'interruzione di ogni trattamento sanitario per esclusiva volontà del singolo interessato<sup>37</sup>. In altri casi, l'intento di autodeterminarsi non risulta per sé sufficiente a legittimare condotte ritenute comunque in qualche modo indotte in quanto praticate da cd. "soggetti deboli"<sup>38</sup>.

L'effettività di orientamenti a geometrie variabili del legislatore come anche della giurisprudenza circa l'equilibramento di beni e interessi tutelati dalla Costituzione conferma, in ultima analisi, l'esistenza di un insuperabile dinamismo come tratto specifico dell'esperienza pluralista dello Stato costituzionale democratico che si modella sovente in relazione a specifiche circostanze di tempo, di luogo e di singole fattispecie. Quanto detto, rivela tra l'altro e più in generale l'irragionevolezza di ogni pretesa di definire in senso statico una gerarchia dei valori costituzionali. Di contro, a riuscire esaltata è, invece, la struttura aperta dal punto di vista assiologico e funzionale della Carta repubblicana<sup>39</sup> che consente di volta in volta di ricercare all'interno del complesso delle previsioni

<sup>33</sup> ...sui cui fondamenti, anche filosofici, v. al riguardo anche W. KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, 2005, part. (per i fondamenti generali) 19 ss.

<sup>34</sup> Sull'importanza per il giurista del criterio della proporzionalità per valutare le limitazioni poste all'esercizio dei diritti fondamentali, v. ancora U. DI FABIO, *An der Grenze der Verfassung*, cit.

<sup>35</sup> Sulla natura al tempo stesso ricognitiva e creatrice della Costituzione, v. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., 100 ss.; A. MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz* (1918), ora anche in H.R. KELCATSKY, R. MARCIC, H. SCHAMBECK (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Wien, 2010, 893 ss. Sulla società aperta degli interpreti, v. per tutti P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *JuristenZeitung*, 1975, 297 ss.

<sup>36</sup> In tema, con riferimento specifico al cd. "caso Cappato", v. anche A. RUGGERI, [Fraitendimenti concettuali ed uso improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda \(a margine di Corte cost., ord. n. 207 del 2018\)](#), in questa [Rivista 2019/I](#), 93 ss., nonché ID., [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), [ivi 2018/II](#), 392 ss.

<sup>37</sup> [Corte cost., sent. n. 242/2019](#) (in tema di aiuto al suicidio).

<sup>38</sup> [Corte cost., sent. n. 141/2019](#) (sul favoreggiamento della prostituzione).

<sup>39</sup> Cfr. Ancora U. VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, 41 ss. (che sottolinea peraltro la necessaria corrispondenza tra la *Gerechtigkeit*, quale valore costituzionale e l'idea di giustizia radicata nei cittadini che pertanto devono avvertire la Costituzione come "propria": 43); M. MORLOK, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie ?*, Berlin, 1988, part. 91 ss.

costituzionali i parametri idonei ad avallare argomentazioni e giustificare bilanciamenti senza pregiudicare, in ogni caso, la coesione e l'unità del sistema ordinamentale.

Il contesto pluralista della Costituzione di cui si è detto finisce, così, per far dipendere la determinazione dei caratteri dello Stato democratico da una specifica teoria (soggettiva) della società<sup>40</sup>. Così, se in alcune prospettazioni è il flusso pluralista della comunicazione pubblica ad essere inteso quale fattore della suddetta coesione e unità sociale<sup>41</sup>, la prevalenza assoluta della tutela della vita e della salute è parsa assurgere a fattore contingente della suddetta coesione, riconducibile ad una percezione teoretica della società dove l'unità e la stessa coesione sociale più che ad una specifica "attiva pubblicità politica" ("*lebendige politische Öffentlichkeit*")<sup>42</sup> si fanno risalire, , nella fase dell'emergenza, alla conservazione dell'identità soggettiva della comunità, oltre che delle strutture pubbliche di aiuto sociale.

In quest'ottica, anche la prevenzione in campo sanitario si atteggia a strumento funzionale all'obiettivo ultimo di preservazione dell'unità e coesione sociale attraverso, in particolare, il mantenimento dell'efficienza funzionale dei poteri pubblici nel campo dell'assistenza sanitaria<sup>43</sup>.

La risposta all'interrogativo ultimo kantiano tende, dunque, a stemperarsi in una serie di risposte parziali ed integrate che includono anche il tema, innanzi adombrato, della problematica coesistenza di modelli democratici assiologicamente distinti e concorrenti, come innanzi si è cercato di dire (v. *supra*). La tensione tra democrazia parlamentare intesa come soluzione organizzativa per la compensazione degli interessi politici sulla base di un principio di autodeterminazione collettiva<sup>44</sup>; e democrazia identitaria, protesa alla tutela dell'identità di una comunità omogenea<sup>45</sup>, si risolve così in una dinamica compatibilità di espressioni diverse dei processi di decisione politica. Si fa incalzante, allora, sulla base delle consapevolezze che l'esperienza presente ha consentito di acquisire, l'aspettativa di una riflessione accurata e di un confronto serio e costruttivo tra le forze politiche su un possibile riassetto organizzativo della forma di Stato e di governo in una direzione che ,oltre a lasciar recuperare, in qualche forma, significato ed efficienza all'azione politica delle Camere rappresentative esalti il giusto equilibrio tra istanza autonomistica e istanza centralistica, nel contesto dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.)<sup>46</sup>, anche ai fini della migliore realizzazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.).

All'azione della politica, ispirata ai meccanismi della democrazia deliberativa<sup>47</sup> ed alla quale, pertanto, reca un apporto non marginale il flusso della comunicazione pubblica, deve chiedersi di avviare passi decisi su questa via rilanciando l'importanza del confronto che induca, in fine, a risposte ragionevoli alle aspettative maturate, risposte che anche la scienza giuridica può in qualche modo concorrere ad incoraggiare ma che spetta in primo luogo alle Assemblee elettive di definire.

Una speranza, quest'ultima, che per il singolo è lecito coltivare, per le istituzioni dello Stato democratico è doveroso perseguire.

---

<sup>40</sup> U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, 66.

<sup>41</sup> Una prospettiva di tal genere, anche se con riferimento specifico alla libertà di comunicazione, è presente in J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. erw. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, 435 ss..

<sup>42</sup> U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., 69, ancora richiamando il pensiero di J. Habermas, *op. cit.*

<sup>43</sup> ...come più volte messo in evidenza anche nelle sentenze del Tribunale costituzionale federale o di altri giudici amministrativi tedeschi.

<sup>44</sup> Sulla critica alla nozione di popolo, v. in particolare H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), ora anche in ID., *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. VON M. JESTAEDT, O. LEPSIUS), Tübingen, 2006, 149 ss. (part. 164 ss.).

<sup>45</sup> C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus*, 8. Auf., Berlin, 1996, 22.; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck erster Auflage (1928), Berlin, 1970, part. 204 ss.

<sup>46</sup> Peralto, con riguardo alle problematiche connesse all'esperienza del (troppo) frequente ricorso al potere di ordinanza da parte di Presidenti di Regione e Sindaci, v. anche M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti costituzionali*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), Attualità, 2020.

<sup>47</sup> Così J. HABERMAS, *op. cit.*. Sui caratteri della democrazia deliberativa di Habermas, v. anche I. KRUSPEL, *Legitimität in modernen Demokratie*, Norderstedt, 2006, part. 5 ss.