

La proporzionalità alla prova dell'emergenza. Rilievi in prospettiva comparatistica

di Federico Falorni*

Abstract: *Challenging proportionality in times of emergency. A comparative perspective* – Constitutional courts have made extensive use of the principle of proportionality in conducting judicial review of measures that infringe on fundamental rights even during the last health emergency. Through an analysis of constitutional jurisprudence in Italy and Germany, the article reflects on the quadripartite structure of proportionality to highlight the reasons that justify its wide application even in an emergency context. In summary, these reasons can be encapsulated in the following concepts: contextual approach, flexibility, dynamic evaluation, connection to the state of scientific knowledge and to the level of uncertainty, time sensitivity, and relationality to both scientific evidence and political assessments.

Keywords: Constitutional reasoning; Contextual approach; Emergency; Proportionality; Scientific evidence.

1017

1. Considerazioni preliminari

L'affermazione pressoché incontrastata della proporzionalità, quale principio e quale criterio di giudizio per garantire i diritti fondamentali da eccessive ed inutili limitazioni ad opera del decisore politico, rappresenta, al contempo, un segno tangibile della circolazione delle tecniche argomentative ed uno dei concetti-chiave del costituzionalismo globale¹. Se, da un lato, si è enfaticamente affermato che «to speak of human rights in the twenty-first century is to speak of proportionality»²; dall'altro lato, costituisce ormai un approdo condiviso in dottrina l'assunto secondo cui la proporzionalità, quale manifestazione dell'idea del *rule of law*³, impone di fornire adeguate giustificazioni a sostegno delle misure che interferiscono, limitandoli, con i

* Si ringrazia il finanziamento del MIUR - PRIN Bando 2020 - prot. 2020M47T9C "Decision-Making in the Age of Emergencies: New Paradigms in Recognition and Protection of Rights".

¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing & Constitutional Governance. A Comparative & Global Approach*, Oxford, 2019, 191; J. Mathews, A. Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Review and The Problem Of Balancing*, in 60 *Emory L.J.* 797, 874 (2010).

² G. Huscroft, *Introduction*, in G. Huscroft, B.W. Miller, G. C.N. Webber (Eds), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, 2014, 1.

³ D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004.

diritti fondamentali. Al tempo stesso, in quanto *standard*, contrapposto al concetto di *rule*⁴, l'impiego su larga scala della proporzionalità ha contribuito all'accrescimento di potere da parte delle corti costituzionali, soprattutto nel riconoscimento e nella tutela di tali diritti.

Muovendo da queste sintetiche premesse, il contributo intende soffermarsi sulla proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale dell'emergenza pandemica, con un duplice obiettivo: dare atto del «successo planetario»⁵ della proporzionalità anche durante il periodo della crisi sanitaria; riflettere sulle ragioni che, nel peculiare contesto emergenziale, hanno reso la proporzionalità non meno attraente rispetto a quanto avviene in tempi ordinari. In quest'ottica, particolare attenzione viene posta sulla nozione articolata di proporzionalità, sotto forma di un test giudiziale (ritenendo preferibile la formulazione che lo articola in quattro passaggi)⁶.

Ulteriori osservazioni introduttive, funzionali allo sviluppo del discorso, appaiono doverose.

La prima. L'analisi condotta trae spunto da una comparazione tra la giurisprudenza costituzionale, italiana e tedesca, durante il periodo emergenziale. Da un lato, si ritiene che sia oramai trascorso un lasso di tempo, dall'irrompere della pandemia, tale da consentire l'emersione di un *case law*, anche in un ordinamento - come quello italiano - ove il giudice costituzionale ha faticato non poco ad affermare il proprio ruolo. Sono noti, al riguardo, i commenti che hanno evidenziato, almeno in una prima fase della crisi, che la Corte costituzionale è stata «poco coinvolta»⁷ nelle problematiche relative all'emergenza pandemica: si è parlato di «atrofia italiana»⁸, di un silenzio «assordante»⁹, perfino di «eclissi del sindacato della Corte costituzionale»¹⁰. Ciò nonostante, si condivide l'assunto secondo cui, superato il primo lungo periodo, siano oggi rinvenibili decisioni di «un certo

⁴ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality in the Age of Populism*, in 69 *Am. J. of Comp. L.* 449, 454 (2021). In merito alla distinzione tra regole (*rule*) e standard, K.M. Sullivan, *The Supreme Court 1991 Term. Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in 106 *Harv. L. Rev.* 22 (1992); L. Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, in 42 *Duke L.J.* 557 (1992); C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, 2018, 22-29; 117 ss.

⁵ G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 2.

⁶ In particolare, nel modello elaborato dalla Corte costituzionale federale tedesca, il test si compone delle seguenti fasi: legittimità; idoneità; necessità; proporzionalità in senso stretto. Cfr., *ex multis*, A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012, 243-370; A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, in M. Kremnitzer, T. Steiner, A. Lang (Eds.), *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge, 2020, 22-133.

⁷ F. Dal Canto, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Riv. AIC*, 2, 2021, 110-142, 134.

⁸ A. Vidaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1470.

⁹ P. Passaglia, *Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata. Introduzione*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 4286.

¹⁰ A. Vuolo, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali - Riv. dir. autonomie territoriali*, 2, 2020, 88.

peso e con numeri tutto sommato non trascurabili»¹¹. A ciò si aggiunga, dalla prospettiva della proporzionalità, che anche nel lessico della Corte costituzionale italiana sembra rintracciabile, negli ultimi anni, l'elaborazione di una versione "strutturata", benché ancora non del tutto compiuta, dello schema argomentativo della proporzionalità¹². Dall'altro lato, il raffronto con la Corte costituzionale federale tedesca si giustifica, oltre che per il fatto che non occorre dilungarsi sulle premesse contestualizzanti, sia in quanto tale Corte «was one of the most active courts during the COVID-19 pandemic»¹³ (soprattutto in virtù dell'elevato numero di pronunce rese sui ricorsi individuali diretti e sulle richieste di misure cautelari), sia in quanto la proporzionalità ed il relativo test si sono sviluppati, in origine, nell'ordinamento tedesco, dapprima amministrativo, poi costituzionale¹⁴.

Il secondo ordine di considerazioni attiene al contesto emergenziale. Quest'ultimo, soprattutto in un primo momento, è stato segnato da incertezza, da limitate conoscenze e da una situazione di fatto in costante mutamento¹⁵; con il trascorrere dei mesi, la scienza, il cui apporto era imprescindibile per comprendere la complessità del momento e per reagire alla situazione creatasi, ha iniziato ad offrire il proprio contributo. Parallelamente al progredire della pandemia, infatti, si sono progressivamente consolidate conoscenze scientifiche, la cui acquisizione è stata caratterizzata da una graduale evoluzione. Del resto, la crisi sanitaria, qualificabile come emergenza "tecnica"¹⁶, ha richiesto competenze altamente qualificate; la centralità della componente scientifica, spesso con funzioni consultive del decisore politico, è, tra le altre cose, testimoniata sia dall'affermazione di un modello normativo «science-based»¹⁷, aperto al dato

¹¹ P. Passaglia, *La pandemia e la centralità del fattore «tempo» nel contenzioso tra enti territoriali di fronte alle giurisdizionali costituzionali. Spunti di riflessione tratti da alcune esperienze europee*, in *DPCE Online*, Sp. 2022, 267. È, inoltre, da ricordare che la legittimità delle restrizioni ai diritti fondamentali, imposte dalle misure adottate ai fini del contenimento della pandemia, è stata oggetto del sindacato del giudice comune e, soprattutto, in Italia (analogamente a quanto accaduto, ad esempio, nell'ordinamento francese), del giudice amministrativo.

¹² Come, del resto, è confermato anche dalla giurisprudenza analizzata ai paragrafi III e IV. Il tema è stato approfondito in F. Falorni, *Verso una compiuta elaborazione del "test di proporzionalità"? La Corte costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale*, in *DPCE Online*, 4, 2020, 5307-5328.

¹³ A. Vidaschi, C. Graziani, *Post-Pandemic Constitutionalism: Covid-19 as a Game-Changer for "Common Principles"?*, in 44(4) *U. Pa. J. Int'l L.* 815, 888 (2023).

¹⁴ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, in 8(2) *Int. J. Const. Law* 263, 271-276 (2010).

¹⁵ F. Cafaggi, P. Iamiceli, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review: The Court's Perspectives*, in 12(4) *Eur. J. Risk Reg.* 1, 6 (2021).

¹⁶ Al riguardo, vi è chi ipotizza una natura "ibrida" della crisi pandemica, in quanto, pur originata «da circostanze di natura tecnica», è stata «in grado di produrre conseguenze significative e di lunga durata sul piano politico, finendo per incidere sul normale ordine istituzionale» (V. Piergigli, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023, 13).

¹⁷ G. Parodi, *Lineamenti della produzione normativa durante la pandemia. Approdi giurisprudenziali e profili di comparazione con l'esperienza tedesca*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 666.

Sulla distinzione con il paradigma normativo "science-driven", A. Iannuzzi, *Leggi "Science-driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw J.*, 1, 2020, 119-134.

scientifico; sia, più in generale, da un tendenziale «slittamento di potere dalla politica alla tecnica»¹⁸. Ciò nonostante, tale spostamento non ha comportato un completo appiattimento della politica sulla scienza; vi è, comunque, un ambito (più ristretto rispetto ai periodi ordinari) riservato alla prima, cui comunque compete la responsabilità di porre in essere le attività di bilanciamento tra diritti ed interessi confliggenti¹⁹.

Il quadro che emerge è, quindi, un contesto caratterizzato, tra gli altri, dai seguenti fattori: rilevanza della fattualità scientificamente orientata; mutevolezza ed instabilità; (necessaria) adattabilità; stretto intreccio tra profili tecnici e valutazioni politico discrezionali²⁰.

2. La proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale dell'emergenza

La giurisprudenza costituzionale, italiana e tedesca, sembra concorde nel ritenere che, fra le condizioni legittimanti gli interventi finalizzati al contenimento della pandemia, sia annoverabile quella secondo cui le scelte di politica sanitaria devono ispirarsi ai criteri di proporzionalità e – ove, come nel nostro ordinamento, sono spesso richiamati congiuntamente – di ragionevolezza²¹. La proporzionalità, dunque, si è posta quale limite intrinseco delle misure anti-emergenziali che restringevano l'esercizio dei diritti fondamentali. Del resto, la necessità di rispettare tali principi generali non si è affievolita al cospetto di una situazione drammatica; il diritto alla salute, nella sua dimensione individuale e collettiva, benché ritenuto un bene

¹⁸ P. Passaglia, *Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata. Introduzione*, cit., 4285.

¹⁹ R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 3, 2020, 537-538; G. Battistella, *Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoVID-19*, in *BioLaw J.*, 1, 2020, 154-155; L.F. Wiley, S.I. Vladeck, *Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: the Case Against "Suspending" Judicial Review*, in 133(9) *Harv. L. Rev. Forum* 179, 197 (2020). Del resto, a conferma che i due ambiti non sono perfettamente sovrapponibili e che è necessario salvaguardare uno spazio alla politica, è da ricordare che «non vi è una sovrapposizione tra ciò che è scientificamente discutibile e ciò che è costituzionalmente illegittimo» (G. Ragone, *Eine Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 218).

²⁰ Si parla, al riguardo, di "discrezionalità mista", caratterizzata dalla «combinazione di apprezzamenti di opportunità e di merito politico con valutazioni basate, invece, su elementi strettamente tecnici, derivanti da conoscenze scientifiche» (E. D'Orlando, *Decisore politico e scienza: l'emergenza sanitaria come catalizzatore dell'affermazione di un paradigma normativo evidence-based*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 523).

²¹ G. Zagrebelsky, *Introduzione. È tempo di riparlarci*, in J. Habermas (cur.), *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, Bologna, 2022, 28; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., ove si parla di «ruolo assolutamente centrale» riconosciuto al «criterio della proporzionalità e ragionevolezza» (*ivi*, 536); M. Calamo Specchia, A. Lucarelli, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti del governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Riv. AIC*, 1, 2021, 417.

di primaria importanza, non è comunque andato esente da operazioni di bilanciamento e di ponderazione con gli altri diritti costituzionali²².

In questa prospettiva, la proporzionalità e, in particolar modo, il test di proporzionalità sono stati largamente applicati dalle corti durante il periodo emergenziale, nel condurre, sotto il profilo sostanziale, il sindacato di costituzionalità delle limitazioni inflitte ai diritti fondamentali²³.

Questo primo approdo – per il vero già rinvenibile in dottrina – rappresenta il punto di partenza della riflessione, finalizzata ad indagare le ragioni che rendono lo *standard* in esame così pervasivo anche in circostanze straordinarie.

Occorre, al riguardo, muovere da una osservazione preliminare: non è possibile giudicare la proporzionalità di una disposizione senza considerare il contesto in cui è stata adottata ed in cui è impiegata. Detto altrimenti: la proporzionalità richiede, anzi impone, al giudice di dilatare «i canoni logico-razionali, per accostarsi a una conoscenza aperta a tutte le componenti della realtà»²⁴, con il risultato che, nel giudizio di proporzionalità, specie se svolto attraverso il relativo test, le peculiarità della fattispecie assumono grande rilievo. Già nel pensiero di Robert Alexy, la stretta relazione tra proporzionalità e circostanze concrete era evidente: è noto, infatti, che nella sua elaborazione in merito, anche, al principio di proporzionalità, egli afferma che le fasi della idoneità e della necessità si riferiscono all'ottimizzazione relativamente alle «possibilità fattuali»; mentre la proporzionalità in senso stretto attiene all'ottimizzazione relativamente alle «possibilità giuridiche»²⁵. Il punto, poi, è stato costantemente ribadito dalla dottrina, anche comparatistica, che ha studiato la proporzionalità: è stato osservato che essa realizza «a more contextualized attention to the circumstances of the challenged enactment»²⁶ e che «is all about facts and empirical evidence»²⁷; è stata individuata, fra i vantaggi conseguenti all'impiego di tale standard, la sua «versatile “fact sensitivity” to the contexts in which controversies arise»²⁸; ed anche nel panorama statunitense, ove –

²² M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw J.*, 3, 2020, 40-43.

²³ V. Piergigli, *Corti costituzionali e diritti ovvero l'onda lunga della risposta istituzionale all'emergenza sanitaria. Quali prospettive per il post-pandemia?*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 701; P. Iamiceli, F. Cafaggi, *The Courts and Effective Judicial Protection during the Covid-19 Pandemic. A Comparative Analysis*, in *BioLaw J.*, 1, 2023, 392-393.

In generale, sul nesso tra bilanciamento e proporzionalità, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Bologna, 2010, 204-209.

²⁴ M. Cartabia, L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018, 57.

²⁵ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 133-137; eiusdem, *Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation*, in J.R. Sieckmann (Eds.), *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Cham-Switzerland, 2021, 2-5.

²⁶ V.C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on “Proportionality”, Rights and Federalism*, in 1(3) *U. Pa. J. Int'l L.* 583, 610 (2014).

²⁷ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality in the Age of Populism*, cit., 459.

²⁸ V. Perju, *Proportionality and Freedom – An Essay on Method in Constitutional Law*, in 1(2) *GlobCon.* 334, 350 (2012).

come è noto – alla proporzionalità sono state tradizionalmente preferite altre tecniche, è stato posto in risalto, nell’ambito del dibattito in merito all’opportunità di una sua adozione da parte della Corte suprema, che «proportionality frames rights adjudication as predominantly an empirical exercise»²⁹ ed, in quanto tale, «it requires reliable access to social facts»³⁰.

Mediante l’impiego della proporzionalità è così possibile esperire una «forma di scrutinio contestualizzata»³¹, attenta alle specificità del tempo di crisi e sensibile al contesto in divenire³². L’approccio di tipo «contestualizzato», del resto, era già stato anticipato dalla Corte suprema del Canada nel 1986, nel celebre caso *R. v. Oakes*: in quell’occasione, il *Chief Justice* Dickson osservò che «the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances»³³. A ciò si correla un ulteriore profilo: in questo modo, il controllo giurisdizionale diviene elastico, dal momento che «proportionality’s attention to particular facts helps make it a flexible tool»³⁴.

Ferme queste considerazioni, che, comunque, già contribuiscono a spiegare il successo della proporzionalità, nel prosieguo della trattazione saranno esaminati altri due aspetti: innanzitutto, come le conoscenze scientifiche e le valutazioni politiche connotano il percorso argomentativo, all’interno del test di proporzionalità (paragrafo III); in secondo luogo, come il fattore tempo interferisce con il giudizio di proporzionalità (paragrafo IV).

In particolare, l’attenzione si concentrerà sulle componenti della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Viceversa, la prima fase, relativa alla verifica di legittimità dell’obiettivo, non suscita particolare interesse, vuoi perché essa si risolve in una verifica prettamente astratta della finalità perseguita dal decisore politico, vuoi perché, sul piano pratico, si è da sempre rivelata poco determinante nel giudizio di proporzionalità (anche laddove, come nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada, ne sono state adottate formulazioni all’apparenza più incisive)³⁵.

²⁹ J. Greene, *The Supreme Court 2017 Term. Foreword: Rights as Trumps?*, in 132(1) *Harv. L. Rev.* 28, 63 (2018).

³⁰ *Ibid.*

³¹ A. Pin, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 2584.

³² V.C. Jackson, *Proportionality and Equality*, in V.C. Jackson, M. Tushnet (Eds), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, 178-184; P. Iamiceli, M. Abbruzzese, *Pandemia e diritti fondamentali: una banca dati sulla giurisprudenza in Italia e nel mondo*, in *Quest. giust.*, 2022, 12.

Si veda altresì la *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019* della Presidente Marta Cartabia, pubblicata il 28.4.2020, 25-26.

³³ *R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103 (1986), 139.

³⁴ V.C. Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, in 21 *Constitutional Commentary* 803, 830 (2004). Anche J. Mathews, A. Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Review and The Problem Of Balancing*, cit., 806-807.

³⁵ Come è noto, al primo livello, la Corte costituzionale federale tedesca verifica la legittimità dell’obiettivo perseguito dalla disposizione censurata; mentre, la Corte suprema canadese, nel modello elaborato dal *Chief Justice* Dickson, nel caso *R. v. Oakes* del 1986, si riferisce a finalità di particolare importanza. All’atto pratico, tuttavia, nonostante le diverse formulazioni, la prima componente del test di proporzionalità è stata generalmente soddisfatta, tanto in Germania quanto in Canada. Sul punto, D.

3. Il test di proporzionalità quale momento di sintesi tra acquisizioni tecnico-scientifiche e valutazioni politiche

Fra le peculiarità del contesto emergenziale, si è evidenziata la stretta connessione che, nella gestione della pandemia, vi è stata fra conoscenza scientifica, da un lato, e decisione politica, dall'altro lato; entrambe, a loro volta, hanno connotato fortemente il sindacato svolto dalle corti. Per un verso, la complessità del momento ha posto i giudici di fronte all'esigenza di relazionarsi con le questioni tecniche ed extra-giuridiche (si parla, al riguardo, di «relazionalità cognitiva»³⁶) e di tenere in adeguata considerazione i dati scientifici su tematiche altamente specializzate; il risultato è stata una «fisiologica integrazione»³⁷ delle acquisizioni scientifiche nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Per altro verso, si è pure posta – e non poteva essere diversamente – la necessità di garantire uno spazio di discrezionalità, da riservare alla responsabilità politica. Ciò che sembra emergere, dunque, è la ricerca di un punto di equilibrio tra l'ambito da riservare necessariamente al sapere specialistico ed il margine di discrezionalità da garantire, in ogni caso, al decisore politico: una sorta di «bilanciamento nel bilanciamento».

In questo scenario, lo *standard* della proporzionalità sembra rappresentare un modello in grado di intercettare tali esigenze, strutturando il percorso argomentativo così da ricomprendere entrambe le sfere: la scienza e la politica.

Ciò premesso, nel prosieguo del discorso, si ritiene opportuno tenere distinti i due registri.

3.1 La scienza

Sotto un primo profilo, il giudizio di proporzionalità, in quanto forma di sindacato contestualizzata, è aperto e sensibile ai fatti scientificamente connotati: come è stato sottolineato, «entra, in altri termini, il fattore della cd. "proporzionalità scientifica", che mira a valutare quale soluzione tecnica sia maggiormente congruente allo scopo»³⁸.

Grimm, *Proportionality in German and Canadian Constitutional Law*, in 57(2) *U. Toronto L.J.* 383, 388-389 (2007); A. Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, cit., 43-44, 60-61; T. Hickman, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in 12 *Judicial Review* 31, 37-38 (2007); D. Réaume, *Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality*, in 26 *Oxford Legal Stud. Research Paper*, 1, 6-7 (2009); S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes?: Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, in 34 *Sup. Ct. L. Rev.* 501, 509-511 (2006).

³⁶ La «relazionalità cognitiva» può essere definita con «la necessità, per comprendere e giudicare correttamente l'esercizio della discrezionalità legislativa, di mettersi in relazione con le acquisizioni tecnico-scientifiche disponibili ovvero di rispettare lo spazio in cui altri saperi tecnico-scientifici sono chiamati ad esercitare la propria competenza» (C. Di Costanzo, A. Simoncini, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *BioLaw J.*, 2, 2019, 209).

³⁷ S. Penasa, *Il giudice al crocevia tra fattore tecnico-scientifico e complessità assiologica dei casi. Riflessioni a partire dalla giurisprudenza italiana*, in *BioLaw J.*, 3, 2021, 183.

³⁸ A. Pin, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, cit., 2593.

Nello specifico, i dati scientifici assumono particolare rilevanza, sia nella seconda, sia nella terza componente del test, relative, rispettivamente, alle verifiche di idoneità e di necessità della disposizione censurata³⁹.

A questo proposito, è utile richiamare la giurisprudenza costituzionale, italiana e tedesca, in merito agli obblighi vaccinali contro il COVID-19 per il personale sanitario, sia perché in materia di vaccinazione obbligatoria appare particolarmente stringente il legame tra acquisizioni medico-scientifiche e sindacato di costituzionalità⁴⁰, sia perché molto spesso sono proprio le questioni tecniche, relative ad esempio all'efficacia ed alla sicurezza di un vaccino, a porsi all'attenzione del giudice costituzionale.

Come è noto, in Italia, la Corte costituzionale si è espressa sulla tematica in esame con le sentenze n. 14 e n. 15 del 2023⁴¹, ritenendo non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate; ai fini della presente riflessione, si ritiene, tuttavia, di concentrare l'attenzione sulla prima, in quanto è ivi rinvenibile una più esplicita enunciazione dello standard argomentativo della proporzionalità⁴². La Corte, nel condurre un sindacato sull'attendibilità scientifica della scelta legislativa alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, si sofferma, innanzitutto, sull'idoneità dell'obbligo vaccinale allo scopo di ridurre la circolazione del virus e, per l'effetto, proteggere la salute di quanti entrano in contatto con gli esercenti le professioni sanitarie ed evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività. La questione tecnica, su cui è chiamata a pronunciarsi, attiene alla natura non sperimentale, all'efficacia ed alla sicurezza del vaccino ed è risolta positivamente attraverso il riferimento ai contributi elaborati dai soggetti istituzionali competenti in ambito sanitario⁴³. Non a caso, afferma la Corte, «alla luce dei dati sin qui ripercorsi, deve ritenersi che le autorità scientifiche attestino concordemente la sicurezza dei vaccini per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 oggetto di CMA e la loro efficacia nella riduzione della circolazione del

³⁹ Lo stretto legame tra la fase della necessità e le conoscenze scientifiche è stato evidenziato da V.A. da Silva, *Standing in the Shadows of Balancing: Proportionality and the Necessity Test*, in 5 *Int'l J. Const. L.* 1738, 1755-1756 (2022).

In generale, poi, è stato osservato che «the first two steps of proportionality analysis (suitability and necessity) are based on empirical questions and their answers»; in L. Vyhnanek, A. Blechová, M. Bátorla, J. Míšek, T. Novotná, A. Reichman, J. Harašta, *The Dynamics of Proportionality: Constitutional Courts and the Review of COVID-19 Regulations*, in *German L.J.* 1, 5 (2024).

⁴⁰ G. Ragone, *Eine Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 153 ss.

⁴¹ Corte costituzionale, sent. n. 14 del 9-2-2023; Corte costituzionale, sent. n. 15 del 9-2-2023.

⁴² Sebbene le valutazioni che contraddistinguono ciascun passaggio del test di proporzionalità siano, comunque, rintracciabili anche nella motivazione della sentenza n. 15 del 2023; in particolare, si vedano i parr. 11.2 (in merito alla legittimità della finalità attesa ed alla idoneità), 11.3 (sulla necessità) e 11.4 (relativamente alla proporzionalità in senso stretto).

⁴³ In particolare, sono espressamente presi in considerazione i seguenti dati: per quel che attiene alla natura non sperimentale ed all'efficacia, quelli forniti dall'AIFA, dall'ISS e dal Segretariato generale del Ministero della salute; in merito alla sicurezza, quelli provenienti dall'AIFA e dall'ISS (Corte costituzionale, cit., par. 10).

virus»⁴⁴, per poi concludere sul punto che appare evidente la «coerenza con il dato medico-scientifico che attesta la piena efficacia del vaccino e l'idoneità dell'obbligo vaccinale rispetto allo scopo di ridurre la circolazione del virus»⁴⁵.

Dai passaggi della sentenza ora richiamati, emerge come le acquisizioni medico-scientifiche connotino in modo decisivo il percorso argomentativo nel valutare l'idoneità della misura rispetto alla finalità prefissata⁴⁶. A onor del vero, le considerazioni in merito all'idoneità allo scopo si inseriscono espressamente – nel ragionamento svolto dalla Corte – nell'ambito di una verifica inerente alla non irragionevolezza, propedeutica al sindacato di proporzionalità; tuttavia, esaurito questo primo controllo, viene espressamente richiamato il test di proporzionalità (nella formulazione ancora non perfettamente compiuta che caratterizza il lessico della Corte costituzionale), che contempla anche il passaggio della idoneità, sul quale però la Corte non si sofferma ulteriormente (ritenendolo assorbito e soddisfatto dalle osservazioni già svolte).

Ancora più evidente è, nell'esperienza tedesca, il legame tra acquisizioni scientifiche e controlli di idoneità e di necessità nell'ordinanza del primo Senato della Corte costituzionale federale del 27 aprile 2022, con la quale è stato respinto il ricorso individuale diretto avente ad oggetto alcuni emendamenti del *Protection Against Infection Act* che, a partire dal 15 marzo 2022, imponevano, tra le altre cose, per il personale di alcuni enti ed istituzioni del settore sanitario e socio-assistenziale, l'obbligo di dimostrare di aver completato il ciclo vaccinale o, in alternativa, di essere guariti o di non poter effettuare la vaccinazione per una controindicazione medica⁴⁷. Innanzitutto, nel valutare se tali previsioni potessero dirsi *suitable* all'obiettivo di proteggere le categorie fragili dai rischi derivanti dalla contrazione del virus, nell'ambito del sindacato di sostenibilità o plausibilità, la Corte – dopo aver chiarito che la valutazione deve condursi sulla base delle limitate conoscenze scientifiche esistenti al momento dell'adozione delle misure impugnate e che, pertanto, deve risolversi in una verifica in merito alla sostenibilità scientifica della scelta legislativa – ha fatto ampio riferimento ai contributi degli organismi tecnici istituzionali e degli esperti, introdotti nel giudizio attraverso il meccanismo disciplinato al §27a del *Federal Constitutional Court Act*. Fra i molteplici, assumono rilevanza centrale i dati forniti dal Robert Koch Institute, ovvero l'autorità del Governo federale competente in materia sanitaria. In alcuni passaggi centrali della motivazione, nel ritenere soddisfatta la verifica circa la "*suitability*", si legge prima che «at the time the law was adopted, a significant majority of scientists assumed that vaccinated and recovered persons were less likely to

⁴⁴ Corte costituzionale, cit., par. 11.

⁴⁵ Corte costituzionale, cit., par. 11.

⁴⁶ Nella motivazione della sentenza, invece, i profili scientifici non assumono particolare rilevanza nell'ambito della verifica di necessità, facendo piuttosto leva su altri argomenti per sostenere l'insussistenza di misure altrettanto adeguate rispetto allo scopo prefissato dal legislatore.

⁴⁷ BVerfG, Order of the First Senate of 27 April 2022, 1 BvR 2649/21, consultabile in lingua inglese al seguente link: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2022/04/rs20220427_1bvr264921en.html.

get infected with SARS-CoV-2 and were less likely to transmit the virus than persons who are unvaccinated or have not yet had COVID-19»⁴⁸; quindi, che «scientists also assumed that if they do get infected, vaccinated persons are less infectious and only infectious for a shorter period of time than unvaccinated persons»⁴⁹; ed ancora, che «the benefits derived from vaccinating the persons who are in contact with vulnerable groups were therefore considered to be particularly great»⁵⁰.

Diversamente dalla sentenza della Corte costituzionale italiana, nell'ordinanza in esame, le conoscenze tecnico-scientifiche vengono in rilievo anche nella terza componente del test di proporzionalità (necessità), secondo un paradigma argomentativo simile a quello svolto nella fase precedente; in particolare, i dati scientifici sono richiamati per escludere che potesse essere ritenuta una misura egualmente efficace l'effettuazione di test diagnostici, prima di accedere alle strutture sanitarie⁵¹.

Dunque, dalle pronunce sopra analizzate – ma, almeno nell'esperienza tedesca, se ne potrebbero richiamare molte altre, ad iniziare da quelle che, pronunciandosi sul c.d. “Freno d'emergenza”, hanno ritenuto costituzionalmente legittime le disposizioni che imponevano le restrizioni di contatto ed il coprifuoco, nonché la chiusura delle scuole⁵² – si ricava che, tanto nella fase della idoneità (Italia e Germania), quanto in quella della necessità (solo Germania), si ha un esplicito riscontro, all'interno del corpo della motivazione, delle acquisizioni tecnico-scientifiche prese in considerazione.

3.2 La politica

Sotto altro profilo, la struttura articolata della proporzionalità consente di tenere in debito conto la sfera della politica. Anche in questo caso, può farsi riferimento alla già richiamata giurisprudenza in materia di vaccinazione obbligatoria (con la precisazione che, nell'esperienza tedesca, le considerazioni sono estensibili anche alle sentenze sul “Freno d'emergenza”); ed, anche in questo caso, sembrano emergere differenze, sul piano dell'argomentazione, nel raffronto tra le due esperienze.

Da un lato, nella sentenza n. 14/2023, la discrezionalità del decisore politico viene valorizzata, secondo un'impostazione che potrebbe essere

⁴⁸ BVerfG, cit., par. 173.

⁴⁹ BVerfG, cit., par. 173.

⁵⁰ BVerfG, cit., par. 173.

⁵¹ BVerfG, cit., par. 193.

⁵² BVerfG, Order of the First Senate of 19 November 2021, 1 BvR 781/21, consultabile in lingua inglese al seguente link: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bvr078121en.html; BVerfG, Order of the First Senate of 19 November 2021, 1 BvR 971/21, consultabile in lingua inglese al seguente link: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bvr097121en.html.

Per un'analisi di queste decisioni e per un approfondimento sul “Freno d'emergenza”, Y.M. Citino, *La parentesi del 'freno d'emergenza' nel federalismo tedesco in epoca pandemica*, in *Nomos*, 2022, 1, 1-28; Y.M. Citino, *Notarella in tema di “freno d'emergenza federale” tedesco*, in *DPCE Online*, Sp. 2022, 491-503.

definita “tradizionale”, nella quarta fase del test, relativa alla proporzionalità in senso stretto: invero, nel valutare che gli effetti della sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie, in ragione dell’inadempimento dell’obbligo vaccinale, non si traducano in oneri sproporzionati, la Corte rileva che «la scelta - che non riveste natura sanzionatoria - si muove nell’ambito della responsabilità del legislatore di individuare una conseguenza calibrata, in termini di sacrificio dei diritti dell’operatore sanitario, che sia strettamente funzionale rispetto alla finalità perseguita di riduzione della circolazione del virus»⁵³.

Dall’altro lato, nell’ordinanza del 27 aprile 2022, l’argomento in merito al margine di discrezionalità da accordare al legislatore, viene in rilievo, non solo con riferimento alla proporzionalità in senso stretto, ma anche nelle fasi di idoneità e di necessità. Muovendo dalla constatazione che, al momento dell’adozione della disposizione censurata, le conoscenze scientifiche erano limitate e provvisorie e che, conseguentemente, vi era incertezza circa il fenomeno che si andava a disciplinare, la Corte argomenta espressamente che debba essere riconosciuto un più ampio spazio alla discrezionalità del legislatore, anche relativamente alla verifica di idoneità e di necessità⁵⁴. Invero, con riferimento alle verifiche di idoneità, necessità, e proporzionalità in senso stretto, la Corte osserva, rispettivamente, quanto segue: «in the present scenario, the legislator was afforded leeway for assessing whether the obligation to provide proof was suitable to protect vulnerable persons»⁵⁵; «in the present case, the legislator had a wide margin of assessment, given that the pandemic is characterised by its dangerous and unpredictable nature, making for a complex situation»⁵⁶; «it is primarily for the democratically elected legislator to balance the conflicting constitutional interests against one another and to reconcile them using its margin of assessment and appreciation as well as its leeway to design»⁵⁷.

4. La proporzionalità e la variabile tempo

Come è noto, nella gestione del periodo emergenziale, l’elemento temporale ha assunto un’importanza particolare, sia sul versante della produzione normativa, sia con riferimento all’attività delle corti. Si è rilevata, a quest’ultimo proposito, «la centralità del fattore ‘tempo’ nel contezioso sulla pandemia»⁵⁸, vuoi per la necessaria tempestività della risposta giurisprudenziale (affinché le pronunce potessero essere di qualche utilità), vuoi per la conseguente rilevanza dei procedimenti cautelari.

La variabile tempo, tuttavia, connota anche il giudizio di proporzionalità, sotto molteplici punti di vista, tra di loro connessi.

⁵³ Corte costituzionale, sent. n. 14 del 9-2-2023, par. 13.2.

⁵⁴ Così determinando, però – secondo G. Parodi, *Lineamenti della produzione normativa durante la pandemia*, cit., 658 – «una qualche attenuazione del rigore del sindacato di proporzionalità» rispetto ai tempi ordinari.

⁵⁵ BVerfG, Order of the First Senate of 27 April 2022, 1 BvR 2649/21, par. 168.

⁵⁶ BVerfG, cit., par. 188.

⁵⁷ BVerfG, cit., par. 203.

⁵⁸ P. Passaglia, *La pandemia e la centralità del fattore «tempo»*, cit., 265.

In primo luogo, per quanto concerne la durata delle limitazioni inflitte ai diritti fondamentali: è un'indicazione costante della giurisprudenza costituzionale, più volte ribadita anche in precedenti occasioni, che la normativa emergenziale, per essere ritenuta proporzionata, debba avere carattere temporaneo e circoscritto al fenomeno emergenziale⁵⁹. Nel giudizio di proporzionalità, tale profilo è stato preso in esame, innanzitutto, all'interno della quarta componente del test, come elemento rilevante per verificare che la disposizione censurata comportasse oneri non sproporzionati ai diritti da essa sacrificati. Ad esempio, nella sentenza n. 14/2023, la Corte costituzionale italiana, nel ritenere soddisfatta anche la verifica in merito alla proporzionalità degli effetti, pone l'accento, tra gli altri, sulla durata, rilevando che «il legislatore ha introdotto, sin dall'inizio, una durata predeterminata dell'obbligo vaccinale, modificandola, costantemente, in base all'andamento della situazione sanitaria, giungendo ad anticiparla appena la situazione epidemiologica lo ha consentito»⁶⁰. Analoga impostazione si rinviene nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca. Può farsi riferimento all'ordinanza che ha ritenuto costituzionalmente legittime le disposizioni che prevedevano restrizioni di contatto ed il divieto di circolazione e di uscita: nel ritenere soddisfatta anche la quarta condizione del test di proporzionalità, la Corte ha sottolineato la «limited duration of the legislation»⁶¹, pari a circa due mesi.

Anche se di minor interesse ai fini della presente riflessione, in quanto correlata ad un approccio de-strutturato alla proporzionalità, si rileva che l'eccessiva durata di una disposizione ed il mancato adeguamento delle limitazioni da essa predisposte rispetto all'andamento della crisi sanitaria, decorso un primo periodo di tempo, sono stati impiegati per giustificare il giudizio di non proporzionalità della previsione censurata. È il caso, nell'esperienza italiana, della sentenza n. 236/2021⁶², che, tra le altre cose, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 8, del D.L. n. 183/2020, laddove, rispetto all'originaria scadenza del 31 dicembre 2020, ha prorogato di un anno la sospensione delle esecuzioni e l'inefficacia dei pignoramenti nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale. La Corte, dopo aver rilevato che tale previsione ha «prorogato la misura in danno dei creditori per un intero anno senza alcun aggiornamento della valutazione comparativa tra i loro diritti giudizialmente accertati e gli

⁵⁹ Sul punto, G. Cataldo, *Sulla temporaneità nell'emergenza costituzionale. Primi rilievi*, in *Consulta online*, 2023, 1, 78-113; ove, tra l'altro, si rileva che «il bisogno che la norma sia quanto più possibile circoscritta all'entità emergenziale presenta la temporaneità come premessa alla più ampia questione della proporzionalità e della ragionevolezza del sacrificio imposto» (*ivi*, 81). Anche, M. D'Amico, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2020, 27-28; G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Quest. giust.*, 27 marzo 2020. Tra l'altro, la Commissione di Venezia, in un rapporto del 19 giugno 2020, ha osservato che «under the condition of temporariness, emergency measures may only be in place for the time the State experiences the exceptional situation»; in CDL-AD (2020)014, *Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency: Reflections*, 5.

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza 9 febbraio 2023, n. 14, par. 13.2.

⁶¹ BVerfG, Order of the First Senate of 19 November 2021, 1 BvR 781/21, par. 233.

⁶² Corte costituzionale, sent. n. 236 del 7-12-2021.

interessi dell'esecutato pubblico»⁶³, ha, quindi, rilevato che «costituzionalmente tollerabile *ab origine*, la misura è divenuta sproporzionata e irragionevole per effetto di una proroga di lungo corso e non bilanciata da una più specifica ponderazione degli interessi in gioco»⁶⁴. Considerazioni dello stesso tenore possono essere svolte con riferimento alla sentenza n. 128/2021⁶⁵; mentre nella sentenza n. 213/2021⁶⁶, il progressivo aggiustamento delle misure emergenziali in linea con l'evolversi della

⁶³ Corte costituzionale, cit., par. 11.

⁶⁴ Corte costituzionale, cit., par. 11.

⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 128 del 22-6-2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 14, del D.L. n. 183/2020, come convertito, nella parte in cui aveva (ulteriormente) prorogato, dal 1° gennaio 2021 al 30 giugno 2021, la sospensione di ogni attività relativa alle esecuzioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore. Al riguardo, la Corte argomenta, tra l'altro, svolgendo le seguenti considerazioni: «è mancato cioè un aggiustamento dell'iniziale bilanciamento sia quanto alla possibile selezione degli atti della procedura esecutiva da sospendere, sia soprattutto quanto alla perimetrazione dei beneficiari del blocco. L'individuazione di questi ultimi in termini ampi – perché fatta con riferimento alla mera circostanza che il debitore esecutato dimorasse nell'abitazione principale e che questa fosse assoggettata ad esecuzione forzata – poteva giustificarsi inizialmente per rendere più agevole, rapida e immediatamente efficace la misura di protezione. Ma in prosieguo di tempo sono emerse l'irragionevolezza e la sproporzione di un bilanciamento calibrato su tutti, indistintamente, i debitori esecutati. Il protrarsi del sacrificio richiesto ai creditori procedenti *in executivis*, che di per sé non costituiscono una categoria privilegiata e immune dai danni causati dall'emergenza epidemiologica, avrebbe dovuto essere dimensionato rispetto alle reali esigenze di protezione dei debitori esecutati, con l'indicazione di adeguati criteri selettivi quali previsti, tra gli altri, in materia di riscossione esattoriale» (par. 14). Ciò premesso, conclude la Corte rilevando «la sproporzione conseguente al mancato aggiustamento del bilanciamento sotteso alla misura in esame» (par. 14).

⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza 11 novembre 2021, n. 213, con la quale ha, tra le altre cose, ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 13, del D.L. n. 183/2020, come convertito, e dell'art. 40-*quater* del D.L. n. 41/2021, come convertito, aventi ad oggetto la sospensione delle procedure di sfratto per morosità relative ad immobili, anche ad uso non abitativo. Nel rigettare i dubbi di costituzionalità, la Corte ha, dapprima, osservato che «il sacrificio per i locatori non poteva che essere temporaneo», in quanto «l'emergenza può giustificare, solo in presenza di circostanze eccezionali e per periodi di tempo limitati, la prevalenza delle esigenze del conduttore di continuare a disporre dell'immobile, a fini abitativi o per l'esercizio di un'impresa, su quelle del locatore» (par. 11.4); quindi, ha rilevato che «la significativa estensione temporale dell'emergenza rendeva peraltro necessario il progressivo adattamento delle misure apprestate per fronteggiarla, in modo da tenere nel debito conto la concreta evoluzione della situazione epidemiologica e assicurare sempre la proporzionalità delle misure medesime rispetto a tale situazione» (par. 11.4). Proprio il progressivo adattamento della misura emergenziale attuato dalle disposizioni censurate (e diversamente dalla fattispecie, oggetto della sentenza n. 128/2021), ha condotto la Corte a ritenere non fondate le questioni di costituzionalità. Invero, l'art. 13, comma 13, del D.L. n. 183/2020 ha attuato «un primo aggiustamento limitando, dopo il 31 dicembre 2020, la proroga della sospensione dell'esecuzione ai soli provvedimenti di rilascio per morosità con conseguente cessazione di tale sospensione per tutti i provvedimenti di rilascio, in particolare, per finita locazione» (par. 11.5); mentre, l'art. 40-*quater* del D.L. n. 41/2021 «cadenza ulteriormente l'esaurimento della sospensione dell'esecuzione di tale provvedimenti, senza più prevedere – e quindi escludendo – la sospensione di quelli destinati ad essere emessi dopo il 30 giugno 2021» (par. 11.5).

situazione, attuato dalle disposizioni censurate, ha indotto la Corte a ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale, sottoposta al suo esame.

In secondo luogo, connessa al fattore tempo è pure la possibilità per le corti di tenere in considerazione, nel contesto emergenziale, le risultanze scientifiche e le circostanze fattuali intervenute successivamente all'adozione della disposizione della cui legittimità si dubita. Come è noto, il tema – che non sembra assumere particolare rilievo, qualora la decisione del giudice intervenga, decorso un lasso temporale particolarmente breve dall'adozione della previsione censurata o qualora quest'ultima abbia una durata assai limitata – è ampiamente divisivo. Da un lato, parte della dottrina ritiene che la valutazione del giudice debba fondarsi unicamente sulle conoscenze scientifiche e sugli elementi fattuali, che erano a disposizione del decisore politico, non potendosi attribuire rilevanza a sopravvenienze, di cui quest'ultimo non poteva avere cognizione. Dall'altro lato, vi è chi sostiene che trascurare gli sviluppi ed i mutamenti intercorsi vorrebbe dire riconoscere al decisore politico «an immunity against developments that could be extremely beneficial to the protection of human rights»⁶⁷.

Nell'ambito del test di proporzionalità, la questione in oggetto si pone con riferimento alla verifica di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto. Particolarmente interessante, sotto questo profilo, è la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca. Se, da un lato, l'indicazione generale è che il sindacato, in merito a tutte e tre le componenti del test, debba fondarsi sulla situazione di fatto e sulle conoscenze scientifiche raggiunte nel momento storico in cui viene adottata la previsione, oggetto del controllo; dall'altro lato, la Corte sembra comunque prestare una qualche attenzione alle evoluzioni nel frattempo verificatesi. Al riguardo, può nuovamente richiamarsi l'ordinanza in merito agli obblighi vaccinali ed, in particolare, le considerazioni che la Corte svolge nel condurre la verifica circa l'idoneità. Per un verso, essa osserva che «where a legal provision is based on prognostic decisions, its suitability cannot be assessed on the basis of the actual developments that subsequently occurred»⁶⁸; per altro verso, dopo aver ampiamente illustrato le ragioni per le quali ritiene soddisfatto il controllo di idoneità, conclude il ragionamento rilevando che «if the relevant circumstances change after a law has entered into force, the legislator's prerogative of assessment regarding suitability may become narrower over time, and might possibly render the law untenable at some point»⁶⁹. Tuttavia, nel caso all'attenzione della Corte, «the legislative assumptions underlying the challenged provisions continue to be tenable»⁷⁰, dal momento che «according to the scientific organizations heard as expert third parties in the present proceedings, the further development of the pandemic after the law was adopted did not render the legislator's suitability prognosis any less tenable with regard to the assumption that the vaccine

⁶⁷ V.A. da Silva, *Standing in the Shadows of Balancing*, cit., 1752.

⁶⁸ BVerfG, Order of the First Senate of 27 April 2022, 1 BvR 2649/21, par. 167.

⁶⁹ BVerfG, cit., par. 184.

⁷⁰ *Ibid.*

available would also confer relevant protections against the Omicron variant»⁷¹.

Le parole della Corte sembrano rappresentare un chiaro invito – se non un vero e proprio onere – nei confronti del legislatore di costantemente monitorare l'evolversi della situazione fattuale ed il progredire delle conoscenze e, se del caso, di riconsiderare la disciplina adottata qualora mutino le circostanze o si verificano significative evoluzioni tecnico-scientifiche. Del resto, ciò è pure in linea con le caratteristiche del paradigma normativo dell'epoca emergenziale, secondo il modello delle «sunset clauses» o di «experimental legislation»⁷², che, da un lato, necessita di un periodico aggiornamento e che, dall'altro lato, si contraddistingue per essere inevitabilmente flessibile.

In terzo luogo, il fattore tempo connota il giudizio di proporzionalità, in quanto ne fa ulteriormente emergere la dinamicità, che si apprezza anche per quel che attiene all'intensità del sindacato: maggiore è il grado di incertezza, minore è il rigore con cui vengono condotte le valutazioni circa l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. E viceversa. Invero, in linea di principio, è stato rilevato che nella fase iniziale dell'emergenza sanitaria, contraddistinta da una notevole incertezza sotto molteplici profili, è rinvenibile un diffuso grado di deferenza delle corti nei confronti del decisore politico; per altro verso, nelle fasi successive, con il consolidarsi delle acquisizioni scientifiche, le corti hanno abbandonato la precedente posizione, verificando, in ogni caso, che le misure adottate fossero (quanto meno) adeguatamente supportate dai dati rinvenibili al momento della loro adozione⁷³.

In particolare, soprattutto le componenti dell'idoneità e della necessità sembrano comportare un più stringente sindacato, con il progressivo evolversi delle conoscenze⁷⁴. Sul punto, sono da richiamare le osservazioni svolte al paragrafo III.2, laddove si è rilevato che la Corte costituzionale federale tedesca ha espressamente riconosciuto un più ampio margine di apprezzamento al legislatore, non solo nell'ambito della verifica in merito alla proporzionalità in senso stretto, giustificando tale impostazione con le limitate e precarie conoscenze del fenomeno che si andava a disciplinare.

5. Conclusioni: prova superata?

La proporzionalità sembra aver superato le sfide che la situazione emergenziale ha posto.

Innanzitutto, il giudizio è positivo tenendo presente che – mediante l'impiego della proporzionalità – può essere condotto un sindacato di tipo

⁷¹ *Ibid.*

⁷² E. D'Orlando, *Decisore politico e scienza*, cit., 519.

⁷³ P. Iamiceli, F. Cafaggi, *The Courts and Effective Judicial Protection during the Covid-19 Pandemic*, cit., 390; P. Iamiceli, M. Abbruzzese, *Pandemia e diritti fondamentali*, cit., 9 e 14; P. Popelier, B. Kleizen, C. De Clerck, M. Glavina, W. Van Dooren, *The Role of Courts in Times of Crisis: A Matter of Trust, Legitimacy and Expertise*, European Court of Human Rights, 2021, 1-7; P. Dabrowska-Klosinska, *The Protection of Human Rights in Pandemics – Reflections on the Past, Present, and Future*, in 22 *German L.J.* 1028, 1033 (2021).

⁷⁴ F. Cafaggi, P. Iamiceli, *Uncertainty, Administrative Decision-Making and Judicial Review*, cit., 20-24.

contestualizzato, ovvero aperto alla dimensione fattuale, e flessibile, in quanto sensibile alle evoluzioni *medio tempore* intervenute.

Inoltre, tramite la proporzionalità è stato possibile per le corti relazionarsi con i vari decisori, che hanno contraddistinto il periodo emergenziale: su tutti, la scienza e la politica. Al tempo stesso, la struttura quadri-partita ha consentito di ricomprendere, in un unico iter argomentativo, sia le conoscenze scientifiche, sia le valutazioni e lo spazio di discrezionalità da riconoscere al decisore politico, mantenendo, però, distinti i due piani. Per questo motivo, si condivide l'affermazione secondo cui «the proportionality test brings together normativity and facts, and this is precisely what renders it so suitable an arena for negotiation between science, politics and law»⁷⁵.

La risposta è ugualmente soddisfacente con riferimento alla variabile tempo: se quest'ultima ha assunto particolare salienza in epoca emergenziale, la proporzionalità – ed, in particolare, il test – sono sembrati particolarmente attenti al fattore temporale, in tutte le componenti che esso presenta. Addirittura, si è affermato che «a new principle of temporariness could implement the current principle of proportionality in cases of factual uncertainty»⁷⁶: l'idea di prevedere, in situazioni di incertezza, un'autonoma fase del test, nell'ambito della quale tutti i profili del fattore tempo (non solo, quindi, la durata, ma anche l'imminenza delle restrizioni ai diritti fondamentali e la frequenza della loro applicazione) possano essere ricompresi è certamente suggestiva. Per un verso, essa avrebbe il pregio di adattare ulteriormente lo *standard* della proporzionalità alle specificità del contesto emergenziale; per altro verso, essa accrescerebbe ulteriormente l'analiticità del percorso argomentativo. Ciò nonostante, l'operazione non appare del tutto convincente, in quanto alcuni elementi (su tutti, proprio la durata) assumono particolare rilievo, nel momento in cui sono messi a raffronto con gli altri fattori che connotano la fattispecie concreta, come avviene – ad esempio – nell'ambito dell'attuale quarta fase del test.

Sul versante delle questioni rimaste aperte, non sono state considerate le modalità attraverso le quali le acquisizioni scientifiche entrano nel processo costituzionale, per riempire di contenuto il test di proporzionalità: se attraverso il ricorso a poteri istruttori formali o in via informale. Anche per questo profilo, il raffronto tra l'ordinamento italiano e quello tedesco si rivelerebbe particolarmente interessante, per la divergenza delle soluzioni sperimentate in epoca emergenziale, in un contesto, in cui – tra l'altro – la scienza, che per sua natura non è «un'entità monolitica»⁷⁷, si è contraddistinta per la marcata polarizzazione e personalizzazione⁷⁸.

Da ultimo, si rifletta sulla vocazione casistica della proporzionalità e sui timori, evidenziati da autorevole dottrina, che un massiccio impiego di tale *standard* (e di altri, quali – nell'esperienza italiana – la ragionevolezza)

⁷⁵ P. Berger, *Proportionality, Evidence and the COVID-19 Jurisprudence in Germany*, in 7 *Eur. J. Int. Secur.*, 1, 20 (2022).

⁷⁶ B. Sánchez Barroso, *Beyond the Principle of Proportionality: Controlling the Restriction of Rights under Factual Uncertainty*, in 2 *Oslo L. Rev.* 74, 88 (2022).

⁷⁷ G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. cost.*, 1, 202293.

⁷⁸ P. Berger, *Proportionality, Evidence and the COVID-19 Jurisprudence in Germany*, cit., 7 e 21.

possa determinare una giurisprudenza eccessivamente casistica. Si può abbozzare una risposta bipartita a tale obiezione. Se, da un lato, il fatto straordinario, rappresentato dall'irrompere della pandemia, in quanto fatto giuridicamente rilevante, è stato produttore di un diritto "particolare" (il diritto emergenziale)⁷⁹; quella stessa fattualità, con i suoi specifici connotati, non può non entrare all'interno del sindacato di costituzionalità. A ciò si aggiunga che è la stessa complessità del diritto odierno e del fenomeno che si trova a dover disciplinare – complessità, tra l'altro, notevolmente accentuata in periodo di crisi – a richiedere una stretta aderenza ai fatti.

Federico Falorni
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università di Firenze
federico.falorni@unifi.it

⁷⁹ M. Ferrara, *La quarantena obbligatoria come "istituto che limita la libertà di circolazione, anziché restringere la libertà personale" (Corte Cost., sent. n. 127/2022) e il ruolo della Corte costituzionale nella fase di metabolizzazione dell'emergenza*, in *Oss. cost.*, 6, 2022, 337-354, ove si evidenzia la «funzione nomo-genetica» del *virus* (*ivi*, 352).
