

## Un atto di coraggio costituzionale

### La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order

Di Davide De Lungo

#### I. Introduzione

Con una sentenza del 13 maggio scorso (*Wisconsin Legislature v. Secretary-Designee Andrea Palm*, 2020 WI 42), la Corte Suprema del Wisconsin ha dichiarato «unlawful, invalid, and unenforceable» l'Emergency Order 28 adottato dalla Secretary-Designee del Department of Health Services (DHS), Andrea Palm, con cui era stato disposto, in emergenza Covid, l'ordine per tutte le persone che si trovano nello Stato di rimanere a casa, non viaggiare e tenere chiusa ogni attività qualificata come non essenziale. Previsione sanzionata penalmente, in caso di violazione, con 30 giorni di reclusione e 250 dollari di multa. Alla base della declaratoria d'illegittimità, la Corte ha posto un vizio di tipo formale – ma denso d'implicazioni sostanziali – ritenendo che la DHS avrebbe dovuto seguire il procedimento prescritto per le «Rules», a carattere normativo, anziché quello previsto per gli «Orders», di natura provvedimentale. Ciò per due ordini di ragioni: da un lato, l'Emergency Order 28 è strutturato come un «general order of general application», cioè un atto generale e astratto, e dunque rientra nella categoria delle *Rules*, come definite e disciplinate dal Wis. Stat. §§ 227.01 e 227.24; dall'altro lato, la previsione di sanzioni penali impone in ogni caso di seguire il procedimento normativo, ai sensi del Wis. Stat. § 252.25.

Il testo della pronuncia è davvero ponderoso e tocca i cardini del diritto costituzionale. Si tratta di una decisione assunta 4 a 3, con quelle spaccature del collegio che spesso hanno accompagnato i *leading cases* della giurisprudenza statunitense. La motivazione si sviluppa per circa 160 pagine e ogni giudice ha ritenuto di prendere individualmente posizione con la propria *concurring* o *dissenting opinion*.

Fra i numerosi aspetti di suggestione, colpisce in particolare la misura in cui la sentenza della Corte Suprema del Wisconsin riesca a dialogare, con sorprendente pertinenza e puntualità, con molte delle questioni che si sono agitate, e tutt'ora si agitano senza risposte esaurienti, nel dibattito politico e giuridico italiano. Il lettore non tarderà a scorgerle.

Provando a esercitare il ragionamento in questa direzione, mi sembra che ci siano tre aspetti da mettere in luce. Tutti e tre, peraltro, sono particolarmente (e piacevolmente, ad avviso di chi scrive) significativi nel testimoniare l'inesausta capacità della cultura americana di interloquire con i classici del pensiero filosofico e giuridico della tradizione costituzionalistica, attingendo da essi l'orizzonte di principi entro cui inquadrare le vicende odierne, e così in definitiva attualizzandone

Davide De Lungo è Professore di Diritto pubblico presso l'Università San Raffaele.

l'insegnamento. Cristallina, da questa visuale, la recisa *concurring* del giudice Rebecca Grassl Bradley, che a mio avviso contribuisce a squadernare problemi di metodo e di contenuto meritevoli della massima attenzione.

## 2. Il concorso fra Legislativo ed Esecutivo nella produzione normativa (anche) in materia di diritti e libertà fondamentali

Court: Are there any statutory or constitutional limits on the powers of the Secretary?

[...]

State's counsel: DHS's actions are limited by what is necessary to combat the infectious disease that's presented at the time [...] when DHS faces an outbreak of a dangerous, communicable disease, it can do what is necessary to combat that disease.

Court: Whatever DHS and the cabinet secretary solely determine is necessary, right?

State's counsel: [...] this is what the statute says [...] it says that DHS shall implement all emergency measures to control communicable diseases. [...] [T]hat is what the statute says. It gives that power to DHS. This is the statute the legislature chose to enact.

Court: [...] [T]he Secretary can identify behavior that is not otherwise criminal and [...] she can all by herself sit down at her computer keyboard, write up a description of behavior and make it criminal, correct?

[...]

State's counsel: Yes. The scope of available enforcement is determined by the order. Yes [...] That's true.

[Oral argument - Scambio fra la Corte e la difesa del DHS, estratto dal verbale di udienza]

Il primo tema da analizzare, sul quale si è innestato il baricentro della pronuncia, è quello del concorso fra Legislativo ed Esecutivo nella produzione normativa.

Il ricorrente – va detto: la stessa Legislatura del Wisconsin, a maggioranza repubblicana, in una sorta di conflitto di attribuzioni con l'Amministrazione democratica – ha sostenuto che l'Emergency Order 28 dovesse qualificarsi come *Rule*, e non come *Order*; con la conseguenza di fuoriuscire dal perimetro dei poteri conferiti al DHS dalla legislazione emergenziale, che, sebbene formulati in termini ampi con la delega ad adottare ogni misura necessaria, si mantengono comunque a livello provvedimentoale. Tesi accolta dalla Corte Suprema, secondo cui «when the class of people regulated by an order is described in general terms and new members can be added to the class, the order is of general application and is a rule». Non è stata condivisa la difesa della State Health Secretary Andrea Palm, la quale ha invocato, per controbattere all'obiezione del contenuto generale/astratto e difendere la natura provvedimentoale dell'Emergency Order 28, il carattere meramente temporaneo della misura.

Dopo aver riconosciuto la "sostanza normativa", la Corte si pone di fronte la seguente, stringente alternativa: se il potere attribuito all'Amministrazione dalla legge (in particolare:

dal Wis. Stat. § 252.02 che definisce i poteri del DHS) comprende anche atti normativi, la sua formulazione in termini così ampi e generici da consentire l'adozione di ogni misura ritenuta necessaria rende la legge stessa incostituzionale; al contrario, se tale potere si limita ad atti di natura provvedimentoale, la legge è salva, ma è incostituzionale l'Emergency Order 28, che ha assunto illegittimamente una portata normativa non consentita.

La Corte suprema del Wisconsin opta per la seconda tesi, facendo applicazione del principio del c.d. *constitutional doubt* che impone – in assonanza con il nostro obbligo d'interpretazione conforme – di privilegiare la lettura della disposizione che la mantenga compatibile con la Costituzione.

Al riguardo, la sentenza enuclea i criteri che devono accompagnare il conferimento di poteri normativi dal Legislativo all'Esecutivo: «when a grant of legislative power is made, there must be procedural safeguards to prevent the arbitrary, unreasonable or oppressive conduct of the agency». In caso di dubbio, o là dove si tratti di valutare la sussistenza di poteri impliciti, «any reasonable doubt pertaining to an agency's implied powers was resolved against the agency»; le clausole attributive di potere formulate in termini generici devono essere interpretate in modo restrittivo.

I criteri in parola, a ben vedere, costituiscono corollari del principio di separazione dei poteri. Occorre ricordare che «the purpose of the separation and equilibration of powers in general [...] was not merely to assure effective government but to preserve individual freedom»; ciò in quanto è da appellarsi tirannia il governo in cui «the right both of making and of enforcing the laws, is vested in one and the same man, or one and the same body of men [...] wherever these two powers are united together, there can be no public liberty». La separazione fra *Rules* e *Orders*, cioè fra norme e provvedimenti, è necessaria per assicurare la distinzione fra la fase di creazione e quella di applicazione del diritto, conservando la prima al circuito democratico-rappresentativo, e limitando l'apporto della «unelected bureaucracy» al secondo segmento.

Questo quadro è evidentemente incompatibile con la delega all'Amministrazione di un potere normativo *omnibus*, che quindi deve ritenersi non consentita dalla legislazione del Wisconsin. Peraltro, neppure la congiuntura dell'emergenza può giustificare una conclusione diversa, e anzi per la pandemia da Covid la sentenza svolge un passaggio fondamentale: i poteri emergenziali dell'Esecutivo «are premised on the inability to secure legislative approval given the nature of the emergency [...] The Governor could declare an emergency and respond accordingly. But in the case of a pandemic, which lasts month after month, the Governor cannot rely on emergency powers indefinitely». Il prolungarsi degli stati di emergenza non giustifica la stabilizzazione permanente dei poteri straordinari in capo all'Esecutivo, ma impone di ricercare per quanto possibile il canale di decisione politico-normativa ordinario, che passa per il Parlamento.

### 3. La capacità del controllo giurisdizionale di assicurare la tenuta dei limiti costituzionali

«Regrettably, have tangible examples of judicial acquiescence to unconstitutional governmental actions considered—at the time—to inure to the benefit of society, but later acknowledged to be vehicles of oppression. This is particularly true in the context of the police power, the source of authority cited by the DHS secretary-designee in this case. Historically, when courts contaminate constitutional analysis with then-prevailing notions of what is “good” for society,

the rights of the people otherwise guaranteed by the text of the Constitution may be trampled. Departures from constitutional text have oppressed people under all manner of pernicious pretexts».

[Rebecca Grassl Bradley, J. (*concurring*), § 70]

Il secondo argomento d'interesse – oggetto di particolare approfondimento critico nella *concurring* del giudice Rebecca Grassl Bradley – riguarda l'effettiva capacità del *judicial review* di fungere da argine rispetto ai possibili abusi delle istituzioni nei contesti emergenziali in generale, e della pandemia in particolare. In proposito, vengono sollevate vive preoccupazioni circa alcune tentazioni e paralogismi dei giudici: la tendenza a elaborare una personalissima visione del bene comune e a farsi carico della sua implementazione per via giurisdizionale; il rischio, nell'economia della decisione, di far pesare più valutazioni legate alle possibili conseguenze della pronuncia che ai canoni più rigidi d'interpretazione giuridica (non è senza significato che le *dissenting opinions* evocino tutte il pericolo del vuoto regolatorio lasciato dalla declaratoria d'illegittimità); a subire le pressioni dell'opinione pubblica, così smarrendo la funzione contro-maggioritaria che tipicamente il giudiziario incarna. Correttivi contro questo rischio si rinvergono, anzitutto, nel rammentare quale sia il senso della funzione attribuita dalla Costituzione al potere giudiziario: «it is for the political branches, not the judiciary, to respond to the public's wishes, and for this court to declare whether each branch acts within its constitutional grant of power and in accord with statutory law». Occorre, poi, recuperare, specie nei momenti di crisi in cui tutte le garanzie individuali paiono attratte in un processo di affievolimento volto a massimizzare utilitaristicamente il bene comune, o la ragion di Stato, criteri ermeneutici rigorosi, legati ai testi e alla ricostruzione dell'*original intent*, lasciando in secondo piano tecniche non interpretative come il bilanciamento.

Il bilanciamento si sostanzia, infatti, in una relativizzazione del “peso” dei beni, interessi e valori contrapposti, funzionale, nell'ottica del caso singolo, a determinare quali di essi debba recedere, oppure a trovarne un ragionevole temperamento. Ciò implica che pure garanzie costituzionali fraseggiate in termini assoluti possano essere superate o stemperate. Proporzionalità e bilanciamento, così, hanno aperto a mio avviso un “canale ermeneutico” perfettamente bidirezionale: l'interprete potrà allo stesso modo, a seconda delle peculiarità del caso singolo, muoversi tanto nel verso della dilatazione dei diritti e delle libertà, quanto in quello della loro compressione, senza trovare argini insormontabili nelle disposizioni scritte. E non è difficile immaginare in quale direzione si possa esser tentati di far oscillare il pendolo, in contingenze emergenziali.

Tuttavia, i diritti e le libertà costituiscono il fine in vista della cui conservazione la comunità statale, su base pattizia e volontaria, si è associata. Questo è un caposaldo che non può essere smarrito: «there is no pandemic exception [...] to the fundamental liberties the Constitution safeguards. Indeed, 'individual rights secured by the Constitution do not disappear during a public health crisis [...] These individual rights, including the protections in the Bill of Rights made applicable to the states through the Fourteenth Amendment, are always in force and restrain government action».

#### 4. Il rapporto fra emergenza e Costituzione

«Emergency does not create power. Emergency does not increase granted power or remove or diminish the restrictions imposed upon power granted or reserved. The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the federal government and its limitations of the power of

the States were determined in the light of emergency, and they are not altered by emergency».

[Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring), § 77]

Il terzo e ultimo tema è quello del diritto dell'emergenza o, per intendere la questione da altra prospettiva, se l'emergenza sia essa stessa fonte del diritto, al punto, in ipotesi, di ammettere deroghe allo stesso ordine delineato dalla Costituzione.

La risposta che la Corte Suprema del Wisconsin offre, recisa, è negativa: il sopraggiungere di una situazione emergenziale non incide, aumentandoli, sui poteri delle istituzioni, né intacca, autorizzandone la compressione indefinita, i diritti e le libertà fondamentali. E questa funzione di scudo deve essere fatta valere a maggior ragione nei periodi di crisi: è proprio in queste contingenze che la Costituzione, di fronte alle più forti sollecitazioni rispetto alla propria tenuta o davanti a pressioni che mettano in discussione i suoi principi cardine, deve imporsi con maggior rigore, nella esatta estensione delle sue previsioni e garanzie, con riferimento tanto all'impianto istituzionale che alle situazioni giuridiche individuali. Ciò a prescindere dal consenso dell'opinione pubblica: «even if a significant portion of the public supports the Safer at Home Order, the judiciary must protect the structural separation of powers embodied in our state and federal constitutions in order to avoid future monumental mistakes from which our republic may never recover. Experience should teach us to be most on our guard to protect liberty when the Government's purposes are beneficent. Men born to freedom are naturally alert to repel invasion of their liberty by evil-minded rulers. The greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding».

È risaputo che la strada per l'inferno è lastricata di buone intenzioni: quando la via è aperta, occorre da parte di tutti un atto di coraggio costituzionale per evitare di percorrerla.

### Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

### Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.